

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA - UNIPG

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

**OS ARRANJOS FAMILIARES POLIGÂMICOS: EFEITOS JURÍDICOS
INTERNOS E O RESPEITO AOS DIREITOS PESSOAIS FRENTE À
GLOBALIZAÇÃO**

MAURÍCIO CAVALLAZZI PÓVOAS

Itajaí-SC, dezembro de 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA - UNIPG

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

**OS ARRANJOS FAMILIARES POLIGÂMICOS: EFEITOS JURÍDICOS
INTERNOS E O RESPEITO AOS DIREITOS PESSOAIS FRENTE À
GLOBALIZAÇÃO**

MAURÍCIO CAVALLAZZI PÓVOAS

Tese submetida à Universidade do Vale do Itajaí
– UNIVALI, para o Curso de Doutorado em
Ciência Jurídica e à Università degli Studi di
Perugia - UNIPG.

Orientador: Professor Doutor Maurizio Oliviero

Co-orientador: Professor Doutor Orlando Luiz Zanon Júnior

Itajaí-SC, dezembro de 2019

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos são direcionados primeiramente ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não só por me conceder Bolsa de Estudos de Doutorado Sanduíche no Exterior, mas também por me possibilitar a permanência por 4 meses na Itália para pesquisas e estudos, período sem o qual não seria possível concluir este trabalho.

Agradeço, ainda, à UNIVALI, pela possibilidade de realizar este estudo e especialmente ao Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, coordenador do PPCJ/Univali, figura humana extraordinária.

Além disso, agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Maurizio Oliviero pela orientação neste trabalho e indicação das bibliografias; ao meu co-orientador Prof. Dr. Orlando Zanon pela sua disponibilidade e cordialidade, além da contribuição singular que prestou a este estudo; e à Prof. Dra. Maria Chiara Locchi, da Università degli di Perugia, que muito me auxiliou com suas ponderações e indicações.

Por fim, agradeço aos meus amigos, parentes e colaboradores que, de uma forma ou de outra, estiveram sempre presentes me auxiliando e incentivando para concluir mais este estudo.

DEDICATÓRIA

Este estudo é dedicado inteiramente à minha esposa Bruna e aos queridos filhos Thiago e Manuela, além do meu cunhado Eduardo, que comigo permaneceram no período de pesquisas no exterior. Vocês foram fundamentais.

Dedico, ainda, à minha família, com principal atenção aos meus pais José Zeferino Póvoas e Jurema Cavallazzi Póvoas, meus exemplos e minha inspiração, e às minhas irmãs Joyce e Denise.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

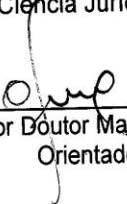
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 20 de novembro de 2019

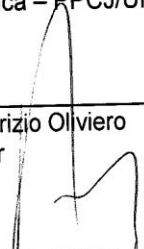
Mauricio Cavallazzi Póvoas

Doutorando

Esta Defesa de Tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em
Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



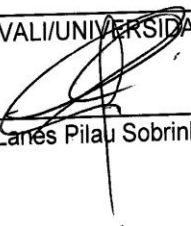
Professor Doutor Maurizio Oliviero
Orientador



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

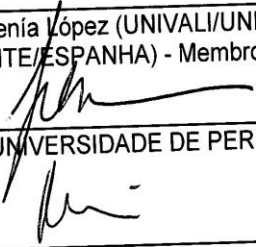
Apresentada perante a Comissão Examinadora composta pelos Professores

Doutor Maurizio Oliviero (UNIVALI/UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Presidente

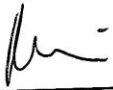


Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI) – Membro

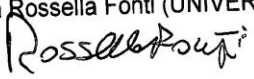
Doutor Pedro José Femenía López (UNIVALI/UNIVERSIDADE DE
ALICANTE/ESPANHA) – Membro



Doutora Maria Chiara Locchi (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutora Silvia Angeletti (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutora Rossella Fonti (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro

Itajaí(SC), 20 de novembro de 2019.

ROL DE CATEGORIAS

Adultério: é a infidelidade conjugal que caracteriza uma forma de poligamia não consentida.

Alcorão: “Livro sagrado dos seguidores do Islã. Seu nome pode ser traduzido como ‘recitação’ e os muçulmanos acreditam que este livro é composto pelas mensagens de Alá, que foram recitadas ao profeta Muhammad ao longo de 23 anos, palavra por palavra, em mensagens de tamanhos variáveis”.¹

Asilo: “Asilo Político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum”.²

Bigamia: é o relacionamento onde uma pessoa tem dois parceiros ou parceiras fixos simultaneamente

Budismo: Crença surgida há 2.500 anos quando Shakyamuni Buda, que há época era conhecido como príncipe Sidarta, renunciou ao trono que certamente herdaria de seu pai em uma região do Nepal, e dedicou-se a encontrar a erradição do sofrimento humano.

Cristianismo: são as igrejas que seguem, a seu modo e segundo a sua interpretação, as lições deixadas por Jesus Cristo, tendo a Bíblia como seu livro sagrado.

¹ COSTA, Jéssica Pereira da. **O Islã, os muçulmanos e seus conceitos**. Vocabulário de conceitos para o estudo do Islã e dos muçulmanos. Caxias do Sul:UCS, 2016. P. 48

² REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo:Saraiva. 5ª ed, 1995. Pág. 219

Deslocamento ambiental: são os movimentos migratórios forçados decorrentes de desastres ambientais como furação, terremoto ou enchentes.

Direito dos estrangeiros: O direito dos estrangeiros consiste no conjunto de regras aplicáveis às pessoas que se deslocam de um Estado para outro. Ele pode ser analisado sob duas vertentes. A primeira é o Direito Internacional Público que é representada pelas regras estampadas em tratados internacionais e aplicáveis aos países aderentes. A segunda vertente é o Direito Internacional Privado, que regula como deve ser aplicado aos estrangeiros o direito interno de cada país.

Direitos Humanos: “são os direitos primários das pessoas, pertencentes indistintamente a todos os Seres Humanos [...], o direito à vida e à integridade da pessoa, a liberdade pessoal, a liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, o direito à saúde e à instrução” ³

Globalização: “é um fenômeno multifacetado enaltecido a partir da disseminação dos ideais capitalistas neoliberais com sua base calcada em razões econômicas, por meio do qual a economia internacional e as economias nacionais tendem a integrar-se cada vez mais no sentido de um hostil e invasivo mercado global. Neste estudo apresenta-se como gênero deste fenômeno a Globalização econômica, a qual possui como espécie as três dimensões: política, social e cultural” ⁴

Judaísmo: O Judaísmo é a primeira religião monoteísta do mundo. Sua doutrina está centrada nos ensinamentos do velho testamento, mais especificamente no pentateuco, que na Bíblia cristã corresponde aos cinco primeiros livros (Gênesis, Êxodo, Números, Levítico e Deuteronômio).

³ FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali:** un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3.ed. Roma: Editori Laterza, 2008. p. 08.

⁴ “Categoria formulada a partir de: SANTOS, Boaventura de Souza. Linha de horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 26”. (in PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO:** a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 10)

Migração: “...movimento ou a circulação de pessoas, que pode ocorrer tanto dentro do território nacional, quanto em direção a outro país”.⁵

Monogamia: é a relação onde a pessoa tem apenas um parceiro fixo por toda a sua vida ou por apenas um período. O que caracteriza a monogamia é a ausência de simultaneidade de mais de uma relação.

Mórmons: são os membros da “Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias”, uma religião surgida nos Estados Unidos em 1830 com apenas seis pessoas em uma cabana de madeira ao norte de Nova York e que hoje conta com milhões de seguidores em todo mundo.⁶

Movimentos migratórios forçados: são aqueles decorrentes de guerras, ameaças, perseguições ou tragédias ambientais que obrigam o deslocamento dos migrantes sob pena de morrerem ou correrem riscos à sua vida se permanecer nos países de origem.

Movimentos migratórios voluntários: são aqueles motivados, em regra, pela busca de uma vida melhor do que aquela do país de origem, mas sem que neste local haja, pelo menos de forma aparente, qualquer cause que force a migração.

Movimentos migratórios voluntários por necessidade: são os movimentos migratórios das pessoas migram porque, na origem, sua condição não permite uma vida digna.

Movimentos migratórios voluntários por opção: são os movimentos migratórios das pessoas migram em busca de uma vida diferente (estudo, trabalho, etc.) mas que, em seu local de origem, não se encontram em condição de miserabilidade.

⁵ CARVAZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana:** a circulação internacional de pessoas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 10

⁶ IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Quem são os Mórmons?**. Disponível em <http://www.saladeimprensaormon.org.br/artigo/quem-sao-os-mormons>. Acesso em 19/01/2018

Muçulmano: é o “nome dado aos seguidores do Islã, isso é, aquele que se submete de forma espontânea a Alá (Allah) e reconhece Maomé (Muhammad) como seu profeta”⁷

Multiculturalismo: O termo multiculturalismo muda de significado dependendo do contexto: no Canadá e na Austrália é usado quase exclusivamente para se referir a imigrantes e não a comunidades indígenas. Na América Latina, é usado quase exclusivamente para se referir às comunidades indígenas e não às dos imigrantes. Em outros países, é mais amplamente usado para se referir a todas as formas de diversidade étnico-cultural, e é nesse sentido que eu o uso aqui.⁸

Poliandria: é a situação em que uma mulher possui dois ou mais homens.

Poliamor: é uma forma de poligamia consentida onde os membros do arranjo familiar formam todos uma só família, interagindo entre si com a concordância de todos.

Poligamia: é a união onde haja simultaneidade de relacionamento entre mais de duas pessoas. Pode ou não haver interação entre todos os envolvidos.

Poligamia consentida: é o arranjo familiar onde os membros da relação consentem com a forma poligâmica, ou seja, sabem da relação múltipla e com ela concordam. Pode ser com interação de todos os membros da relação ou sem interação.

Poligamia de direito: é aquela decorrente do casamento civil entre mais de duas pessoas.

Poligamia de fato: é aquela decorrente de uniões estáveis entre mais de duas pessoas.

⁷ COSTA, Jéssica Pereira da. **O Islã, os muçulmanos e seus conceitos**. Vocabulário de conceitos para o estudo do Islã e dos muçulmanos. Caxias do Sul:UCS, 2016. P. 38

⁸ KYMLICKA, Will. **Il Multiculturalismo e le accuse di essenzialismo**: teorie, politiche, ethos. In PALUMBO, Antonino. SEGRETO, Viviana. Globalizzazione e Governance Delle Società Multiculturali. Mimesis:Milano, 2011. p.11

Poligamia não consentida: é um arranjo familiar em regra clandestino, dotado de má-fé porquanto decorre de traição, de infidelidade, onde um ou mais parceiros são enganados.

Poliginia: ocorre quando um homem possui duas ou mais mulheres.

Refúgio: É “o ato pelo qual o Estado concede proteção ao indivíduo que corre risco em outro país por motivo de guerra ou por perseguições de caráter racial, religioso, nacionalidade ou pertinência a um grupo social.”⁹

Sharia: A Sharia são as regras que regulam um conjunto de crenças, práticas e valores seguidos pelos Muçulmanos. Essas regras são extraídas sobretudo do Alcorão e também da Sunnah, mas também podem ser baseadas, por exemplo, no Ijtihad, que são as resoluções dos sábios e jurisprudentes.

Soberania: “(...) o conceito de Soberania pode ser concebido de maneira ampla ou de maneira estrita. Em sentido lato, indica o Poder de mando de última instância, numa Sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais organizações humanas, nas quais não se encontra este Poder supremo. Este conceito está, assim, intimamente ligado ao Poder político. Já em sentido estrito, na sua significação moderna, o termo Soberania aparece, no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o Poder estatal, sujeito único e exclusivo da política”.¹⁰

Sunna: “É aquilo que o profeta fez ou disse. Considera-se o profeta Muhammad como um exemplo a ser seguido, por isso seus ensinamentos foram guardados”.¹¹

⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. Salvador: Juspodivn. 8ª ed. 2016. P. 361.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise.** Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 8

¹¹ COSTA, Jéssica Pereira da. **O Islã, os muçulmanos e seus conceitos.** Vocabulário de conceitos para o estudo do Islã e dos muçulmanos. Caxias do Sul: UCS, 2016. P. 48

Torá: São os cinco primeiros livros da Bíblia, ou seja, Gênesis, Êxodo, Números, Levítico e Deuteronômio.

Talmud: Livro da religião judaica que contém a lei oral, a doutrina, a moral e as tradições dos judeus.

SUMÁRIO

RESUMO.....	17
RIASSUNTO.....	18
ABSTRACT.....	19
 INTRODUÇÃO.....	 20
 CAPÍTULO 1.....	 25
MONOGAMIA E POLIGAMIA.....	25
1.1 MONOGAMIA E POLIGAMIA – CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E DIFERENÇAS.....	25
1.1.1 Relações afetivas múltiplas com ou sem consentimento.....	30
1.1.1.1 Poligamia não consentida – adultério.....	31
1.1.1.2 Poligamia consentida sem interação.....	31
1.1.1.3 Poliafetividade ou Poliamor.....	31
1.1.1.4 Diferença entre poligamia consentida e não consentida.....	35
1.1.2 Classificação das famílias pelo número de membros.....	39
1.2 MONOGAMIA E POLIGAMIA ANALISADAS SOB O PONTO DE VISTA DA BIOLOGIA, DA ANTROPOLOGIA E DA RELIGIÃO.....	39
1.2.1 A poligamia no mundo animal.....	40
1.2.2 A teoria histórico-antropológica de Friedrich Engel.....	43
1.2.3 A poligamia e as religiões.....	48
1.2.3.1 Cristianismo.....	49
1.2.3.1.1 Católicos e protestantes.....	50
1.2.3.1.2 Mórmons.....	54
1.2.3.2 Lei Islâmica x Lei dos Países Islâmicos.....	63
1.2.3.2.1 Islamismo.....	69
1.2.3.3 Judaísmo.....	75
1.2.3.4 Budismo.....	80
1.3 PAÍSES QUE RECONHECEM LEGALMENTE A POLIGAMIA.....	83
1.3.1 Argélia.....	87

1.3.2 Arábia Saudita.....	88
1.3.3 Quênia.....	90
1.3.4 Tanzânia.....	94
1.3.5 Marrocos.....	97
1.3.6 Síria.....	101
1.3.7 África do Sul.....	103
1.3.8 Os raros casos de Poliandria.....	105
 CAPÍTULO 2.....	109
MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS.....	109
2.1 MOVIMENTOS MIGRATÓRIO – ASPECTOS GERAIS.....	109
2.1.1 Breve histórico dos movimentos migratórios.....	109
2.1.2 Movimentos migratórios forçados e voluntários.....	115
2.1.3 Os movimentos migratórios em números.....	119
2.1.4 Alguns dos principais problemas migratórios da atualidade.....	125
2.1.4.1 O caso da Síria.....	125
2.1.4.1 O caso da Sudão do Sul.....	129
2.2 FORMAS DE MIGRAÇÕES FORÇADAS.....	130
2.2.1 Deslocamentos Ambientais.....	131
2.2.1.1 Considerações Gerais.....	131
2.2.1.2 Terminologia.....	133
2.2.1.3 Conceito e Classificações.....	136
2.2.1.4 Inexistência de proteção aos deslocados ambientais.....	139
2.2.2 Refúgio.....	142
2.2.2.1 Conceito.....	142
2.2.2.2 Regulamentação.....	143
2.2.3 Asilo.....	148
2.2.3.1 Conceito e tipos.....	148
2.2.3.2 Diferença entre Refúgio e Asilo.....	149
2.2.3.3 Regulamentação.....	151
 CAPÍTULO 3.....	154
O RESPEITO AOS DIREITOS DOS MIGRANTES PROVENIENTES DE PAÍSES POLIGÂMICOS.....	154

3.1 DA GLOBALIZAÇÃO AO MULTICULTURALISMO.....	154
3.1.1 Globalização.....	155
3.1.2 Conceito e extensão de Multiculturalismo.....	163
3.2 A PRÁTICA DA POLOGAMIA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	168
3.3 DIREITO DOS ESTRANGEIROS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	179
3.3.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).....	182
3.3.2 Convenção Americana dos Direitos do Homem.....	187
3.3.3 Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.....	195
3.3.4 Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos.....	204
3.3.5 Direitos humanos no mundo muçulmano.....	211
3.3.6 Sistema de proteção aos direitos humanos no Mundo Asiático.....	216
3.3.7 Convenção de Genebra – Convenção das Nações Unidas relativa aos Refugiados.....	217
3.4 O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EM RELAÇÃO AO RECONHECIMENTO DA POLIGAMIA.....	219
3.5 LIMITAÇÃO DA SOBERANIA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....	226
3.5.1 Conceito clássico de Soberania.....	226
3.5.2 A relativização da Soberania – Blocos de integração e Tratados internacionais.....	229
3.5.3 A limitação da Soberania com foco nos Direitos Humanos.....	234
3.6 DECISÕES SOBRE OS DIREITOS E EFEITOS DAS RELAÇÕES POLIGAMICAS.....	237
3.6.1 Justiça dos Estados Unidos da América.....	238
3.6.2 Justiça da Alemanha.....	242
3.6.3 Justiça da Espanha.....	243
3.6.4 Justiça da Itália.....	245
3.6.5 Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	250
3.6.6 Corte Europeia dos Direitos do Homem.....	253
CAPÍTULO 4.....	259

A POLIGAMIA NO BRASIL.....	259
4.1 A ORIGEM DA TRADIÇÃO MONOGÂMICA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A RESISTÊNCIA SOCIAL ÀS FAMÍLIAS PLURAIS.....	259
4.2 APLICAÇÃO DAS REGRAS DOS DIREITOS DOS ESTRANGEIROS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO.....	268
4.3 FAMÍLIAS PLURAIS NA CONSTITUIÇÃO – A LIBERDADE NA FORMAÇÃO DOS ARRANJOS FAMILIARES.....	273
4.3.1 – Inconstitucionalidade do crime de bigamia e do impedimento matrimonial do artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil.....	280
4.4 TIPOS DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	284
4.4.1 Família Matrimonial.....	284
4.4.2 Família Informal.....	285
4.4.3 Família homoafetiva.....	286
4.4.4 Família paralela ou simultânea.....	288
4.4.5 Família monoparental.....	291
4.4.6 Família Anaparental.....	292
4.4.7 Família Pluriparental.....	294
4.4.8 Família Eudemonista.....	295
4.5 OBSTÁCULOS ÀS POSSÍVEIS MUDANÇAS NA CONSTITUIÇÃO OU LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA PROIBIR OUTROS TIPOS DE FAMÍLIA – A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA.....	297
4.5.1 A eventual mudança da legislação Constitucional ou infraconstitucional, a autonomia privada na formação da família e a vedação do retrocesso social.....	299
4.6 EFEITOS JURÍDICOS DA FAMÍLIA POLIGÂMICA.....	308
 CONCLUSÕES.....	 314
 RIASSUNTO.....	 324
 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	 375

RESUMO

O objetivo investigatório da Tese de Doutorado consiste na verificação da obrigatoriedade, ou não, de aceitação por parte dos Estados aderentes aos mecanismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, da condição de poligâmicos dos migrantes que aportam legalmente a estes Estados. Ainda se pretende investigar se o arranjo familiar poligâmico é ou não acolhido pela Constituição da República do Brasil. Para alcançar tal enfoque, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. O capítulo inaugural faz uma análise das variações dos termos monogamia e poligamia, além de fazer uma abordagem biológica, histórica, antropológica, religiosa e geográfica sobre o tema. O segundo capítulo cuida da análise dos movimentos migratórios, suas formas e seus números. O terceiro capítulo aborda o respeito aos direitos de reagrupamento familiar dos migrantes provenientes de países poligâmicos quando adentram em países legalmente monogâmicos. Por derradeiro, o capítulo quatro trata da poligamia no direito interno do Brasil, analisando este tipo de família plural à luz da Constituição da República. O trabalho científico é resultado das pesquisas desenvolvidas no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em dupla titulação com o Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche, da Universidade de Perugia – UNIPG. Concernente à metodologia, foi utilizado o método indutivo e utilizadas as técnicas da pesquisa bibliográfica, da categoria e do conceito operacional, levando em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Palavras-chave: Poligamia. Monogamia. Migração. Multiculturalismo.

RIASSUNTO

Lo scopo investigativo della presente Tesi di Dottorato consiste nella verifica dell'obbligatorietà, o meno, dell'accettazione da parte degli Stati aderenti ai meccanismi internazionali di protezione dei Diritti Umani della condizione di poligamici dei migranti che si trasferiscono legalmente in questi Stati. Inoltre, si vuole investigare se il modello familiare poligamico viene o meno accolto dalla Costituzione della Repubblica del Brasile. A tal fine, il lavoro è stato diviso in quattro capitoli. Il capitolo di apertura analizza le variazioni dei termini monogamia e poligamia e stabilisce un approccio biologico, storico, antropologico, religioso e geografico sul tema. Il secondo capitolo si occupa dell'analisi dei movimenti migratori in base alle loro rispettive forme e numeri. Il terzo capitolo affronta il rispetto ai diritti di ricongiungimento familiare dei migranti provenienti da Paesi poligamici trasferitisi in Paesi legalmente monogamici. In conclusione, il quarto capitolo tratta della poligamia nel diritto interno del Brasile, analizzando questo tipo di famiglia plurale alla luce della Costituzione della Repubblica. Il lavoro scientifico risulta dalle ricerche condotte parallelamente nel Corso di Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università del Vale do Itajaí, UNIVALI, in Brasile, e nel Corso di Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche dell'Università di Perugia, UNIPG. Riguardo alla metodologia, sono stati utilizzati sia il metodo induttivo che le tecniche della ricerca bibliografica, della categoria e del concetto operativo, considerando i parametri adottati dal Programma di Post-Laurea Stricto Sensu in Scienza Giuridica – PPCJ/UNIVALI.

.

Parole-chiave: Poligamia. Monogamia. Migrazione. Multiculturalismo.

ABSTRACT

The aim of this Doctoral Thesis is to investigate whether states adhering to international mechanisms of human rights protection must accept polygamist family arrangements of persons migrating to those states. This study also investigates whether polygamist family arrangements are addressed by the Constitution of the Republic of Brazil. To achieve this aim, this study was divided into four chapters. The opening chapter analyzes concepts of terms related to monogamy and polygamy. A biological, historical, anthropological, religious and geographical approach to the issue is also carried out. The second chapter includes an analysis of types and figures of migratory movements. The third chapter discusses the right to family groupings of those migrants originating from polygamist states, as they enter states monogamous by law. The closing chapter discusses polygamy according to the Brazilian law, analyzing this plural family arrangement under the light of the Constitution of the Republic. This work is the result of research study carried out in the Doctoral Program in Legal Science at the University of Vale do Itajaí – UNIVALI, a dual degree with the Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche, at the University of Perugia – UNIPG. The research method used was the inductive one, through bibliographic, category and operational concept research techniques, taking into account parameters set by the *Stricto Sensu* Post Graduate Program in Legal Science – PPCJ/UNIVALI.

Key words: Polygamy. Monogamy. Migration. Multiculturalism.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, no Brasil, em regime de dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia – Itália.

O tema que será tratado é a poligamia e seus efeitos em caso de imigração de pessoas que adotam essa modalidade de arranjo familiar legalmente em seus países de origem e adentram em outros que não admitem a família plural em seu ordenamento jurídico. Além disso, se pretende tratar da poligamia como arranjo familiar constitucionalmente aceito no direito interno Brasileiro.

O objetivo geral é analisar a existência ou não de países que admitem em sua legislação a forma poligâmica de matrimônio e, em caso positivo, verificar a situação dos direitos pessoais daqueles provenientes destes países quando ingressarem legalmente em Estados que não admitem este tipo de arranjo familiar.

Os objetivos específicos desta pesquisa são: a) Abordar o que é poligamia, sua diferença para a monogamia, seu conceito e suas modalidades; b) Analisar a existência ou não de países que admitem em sua legislação a forma poligâmica de matrimônio; c) Discorrer sobre questões relativas à migração e as formas de deslocamentos humanitários; d) Analisar a relativização da Soberania dos Estados aderentes a Tratados e Convenções internacionais que autorizam o ingresso e a permanência de migrantes em seus territórios; e) Estudar a (in)constitucionalidade da poligamia com base na Constituição Federal do Brasil e eventuais efeitos jurídicos.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Há países que aceitam em seu sistema jurídico-legal a família poligâmica?

b) A autorização de ingresso de migrantes provenientes de países poligâmicos em países monogâmicos, obriga estes últimos a respeitarem os direitos pessoais dos deslocados?

c) E com relação ao Direito interno Brasileiro, a poligamia é ou não acolhida em nossa Constituição Federal?

Para responder as hipóteses e alcançar os objetivos desta tese, serão elaborados quatro capítulos, resumidos a seguir.

No Capítulo I serão analisados, inicialmente, o conceito, classificação e diferenças entre os tipos de família com relação ao número dos seus membros. Assim, serão tratadas as categorias monogamia e poligamia, com todos os seus desdobramentos.

Ainda no capítulo de ingresso a monogamia e a poligamia serão abordadas levando-se em conta a biologia, a antropologia e a religião. No tocante à biologia, será apreciado se homem é um animal instintivamente monogâmico ou poligâmico. No que concerne a antropologia, será analisado o ser humano desde a pré-história até os tempos modernos, observando sua transformação no que diz respeito à conjugalidade. Já quanto à religião, serão abordadas as principais confissões do planeta e sua orientação no tocante à aceitação ou não de arranjo familiar plural.

Finalizando o capítulo inicial, será mostrado que existem diversos países que aceitam legalmente a poligamia.

O capítulo II tratará dos movimentos migratórios, trazendo um breve histórico destes deslocamentos populacionais, hoje um dos mais complexos problemas da humanidade. Serão mostrados números referentes às migrações e ainda estudadas as classificações destes deslocamentos, que podem ser forçados ou voluntários. Este capítulo conclui com a abordagem teórica das formas de deslocamentos humanitários forçados, quais sejam, o refúgio, o asilo e os deslocamentos ambientais.

Adentrando no capítulo III, estudar-se-á no respeito dos direitos dos migrantes provenientes dos países poligâmicos, iniciando com uma abordagem acerca da globalização e do multiculturalismo.

Posteriormente, serão analisadas a prática da poligamia como um direito fundamental, seguindo-se para a apreciação dos direitos dos estrangeiros sob a ótica do Direito Internacional, com exame dos principais instrumentos internacionais de defesa dos Direitos Humanos, mais especificamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Convenção Americana dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, as Cartas de proteção aos Direitos Humanos no mundo muçulmano e, finalmente, os sistemas de proteção aos direitos humanos no Mundo Asiático e a Convenção de Genebra – Convenção das Nações Unidas relativa aos Refugiados.

Dando continuidade ao capítulo III, será tratada a questão da soberania dos Estados nos tempos de globalização, abordando-se a relativização dessa soberania sobretudo quando se cuidar de temas relativos a violação de Direitos Humanos.

Por derradeiro, esse penúltimo capítulo encerrar-se-á com análise de decisões sobre os direitos e efeitos das relações poligâmicas em Cortes Internacionais e na Justiça dos Estados Unidos da América, da Alemanha, da Espanha e da Itália.

O capítulo final (IV) terá como foco o direito interno Brasileiro. Nele serão apreciadas - após um breve esboço histórico sobre a tradição monogâmica do País - a família poligâmica à luz da Constituição da República, a aplicação das regras dos direitos dos estrangeiros no direito interno brasileiro, a (in)constitucionalidade do crime de bigamia e do impedimento matrimonial do artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil, os tipos de família reconhecidos no sistema jurídico pátrio e os obstáculos às possíveis mudanças na Constituição ou na Legislação Infraconstitucionais que possam proibir os casamentos plurais. Ainda, como, fechamento, ver-se-á alguns efeitos jurídicos da família poligâmica.

Quanto a metodologia, serão considerados os parâmetros¹² adotados pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência jurídica – PPCJ/UNIVALI.

O Método¹³ a ser utilizado na fase de Investigação¹⁴ será o indutivo; na fase de Tratamento dos Dados¹⁵ será o Cartesiano, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa¹⁶ poderá ser empregado outro método que for mais indicado.

Nas diversas fases da Pesquisa¹⁷, poderão ser acionadas as Técnicas do Referente¹⁸, da Categoria¹⁹, do Conceito Operacional²⁰ e da Pesquisa Bibliográfica²¹ bem como outras que poderão ser definidas pelo doutorando e por seu Orientador desde que atendendo aos parâmetros do

¹² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

¹³ Sobre método, veja especialmente: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 90-93/97-111.

¹⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87/109.

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 87/109.

¹⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 87/109.

¹⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 85-90.

¹⁸ “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 58.

¹⁹ “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia. ” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 27.

²⁰ “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 39.

²¹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 215.

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica –
PPCJ/UNIVALI.

As traduções existentes no texto foram feitas livremente pelo autor, de modo a facilitar a leitura. Optou-se, porém, por manter no original as citações em outros idiomas pela facilidade de leitura e compreensão.

CAPÍTULO 1

MONOGAMIA E POLIGAMIA

1.1 Monogamia e poligamia – conceito, classificação e diferenças

Antes de mais nada, por ser o tema central deste trabalho, é imprescindível que se estabeleçam os conceitos e classificações das categorias Monogamia e Poligamia.

Primeiramente se estabelece como parâmetro, desde já, que sempre que se falar em amor e afeto entre pessoas, daqui para frente, estar-se-á tratando do amor *eros*, ou seja, aquele que aproxima pessoas pelo interesse carnal, pela atração física, pela paixão. Seria o “amor romântico” que, Ana Souza²² bem define

(...) como a ligação afectiva entre duas pessoas, envolvendo cuidado recíproco e uma importante componente sexual, expresso através de paixão e desejo (Shaver, Morgan & Wu, 1996). Um toque ou olhar do/a parceiro/a desencadeia a libertação de uma grande quantidade de endorfinas (hormonas que funcionam como opiáceos naturais, reduzindo a dor e aumentando sensações de prazer). Cada parceiro/a influencia o batimento cardíaco, respiração, transpiração e bem-estar físico do/a outro/a (Greenberg, 2002). Este amor tem em si mesmo determinados picos de prazer ligados ao desejo, sensualidade e excitação, andando a par e passo com algumas sensações de surpresa, insegurança ou medo. Estas últimas estão muitas vezes associadas a ameaças de ruptura na relação, o que faz com que o amor seja experienciado de forma muito profunda (Vasco, 1987).

Há, como se sabe, outras formas de amor/afeto, como por exemplo o amor entre amigos, o amor entre pais e filhos, o amor por figuras religiosas. Mas destes não se tratará neste trabalho e se o fizer eventualmente será registrado de forma expressa.

²² SOUZA, Ana. **As diferentes formas de amor**. Disponível em <<https://www.oficinadepsicologia.com/as-diferentes-formas-de-amor/>>. Acesso em 18/03/19

Estabelecido esse primeiro parâmetro, passa-se a análise do objeto deste subcapítulo.

É cediço que as relações amorosas entre homem(s) e mulher(s) podem ser formadas por apenas duas ou por mais de duas pessoas. Justamente essa é a diferença básica entre a relação monogâmica e a poligâmica. Naquela o arranjo é formado por apenas duas pessoas, ao passo que nesta o relacionamento se compõe de mais de duas pessoas.

A Monogamia, pois, pode ser conceituada como a relação onde a pessoa tem apenas um parceiro fixo por toda a sua vida ou por apenas um período. O que caracteriza a monogamia é a ausência de simultaneidade de mais de uma relação.

Mas existem algumas variações da palavra Monogamia. Assim, se a mulher se relaciona com um homem por vez, ela pratica a Monoandria. Ao revés, se o homem é quem se relaciona com uma mulher por vez, ele pratica a Monogimnia.

Por seu turno, poligâmicas são as uniões onde haja simultaneidade de relacionamento entre mais de duas pessoas. Pode ou não haver interação entre todos os envolvidos, como se explicará mais adiante, quando se tratar da relação poligâmica consentinda.

Karin Golaski²³ diferencia

In generale, con il termine “poligamia” si indica il matrimonio plurimo, in cui un soggetto è sposato con più coniugi contestualmente; tale pratica si contrappone alla monogamia, che prevede il matrimonio soltanto con un coniuge per volta. Quest’ampia definizione deriva dall’etimologia del termine “poligamia”, composto dalla parola polys (molti) e gamos (matrimoni), in greco antico poligamia significa letteralmente “sempre sposato”.²⁴

²³ GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi de Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 83

²⁴ Tradução livre do autor: “Em geral, o termo “poligamia” refere-se ao casamento múltiplo, em que um sujeito é casado com vários cônjuges simultaneamente; esta prática se opõe à monogamia, que envolve casamento somente com um cônjuge por vez. Essa definição ampla é derivada da

Com relação à Poligamia, diversos termos podem ser utilizados conforme o número das pessoas envolvidas na relação. Assim, o termo Bigamia é usado para o relacionamento onde uma pessoa tem dois parceiros ou parceiras fixos simultaneamente. Já a Poliginia ocorre quando um homem possui duas ou mais mulheres, ao passo que a Poliandria é a situação em que uma mulher possui dois ou mais homens.

Neste norte esclarece Jens Urban²⁵ que “la polygynie représente donc le cas particulier de la polygamie, dans lequel un homme se marie à plusieurs femmes” e a “polyandrie, ce qui est la forme de polygamie avec une pluralité de maris, donc quand une femme se marie à plusieurs hommes”.²⁶

Tanto a Bigamia quanto a Poliginia e a Poliandria são, portanto, formas de Poligamia.

Neste sentido, a antropóloga Helen Fisher²⁷ ensina

“Sin embargo, el camino más directo a la posteridad es el apareamiento. En realidad, todos nuestros rituales humanos relacionados con el galanteo y el apareamiento, el casamiento y el divorcio, pueden ser considerados como guías a través de las cuales hombres y mujeres se seducen entre sí a fin de reproducirse, lo que los biólogos denominan estrategias reproductivas. ¿En qué consisten estos juegos de apareamiento?

Los hombres, del mismo modo que las mujeres, tienen dos alternativas que se reconocen fácilmente con sólo contar cabezas. El hombre puede formar pareja con una sola mujer por vez: monoginia (del griego mono, «uno», y ginia, «hembra»), o puede tener varias parejas simultáneas: poliginia (varias mujeres). Las mujeres tienen dos posibilidades semejantes: la monandria (un hombre) o la poliandria (varios hombres). Son los términos que suelen utilizarse para describir los diferentes tipos

etimologia do termo "poligamia", composto pela palavra polys (muitos) e gamos (casamentos), na antiga poligamia grega significa literalmente "sempre casado".

²⁵ URBAN, Jens. **La réception de la polygamie au regard du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets**. Droit. Université de Perpignan, 2017. Français. p. 38/39

²⁶ Tradução livre do autor: “...a poliginia é, portanto, o caso particular da poligamia, em que um homem se casa com várias mulheres (...) a poliandria é a forma de poligamia com uma pluralidade de maridos, ou seja, quando uma mulher se casa com vários homens”.

²⁷ FISHER, Helen E. **Anatomía del amor: historia natural de la monogamia, el adulterio y el divorcio**. Tradução de Alicia Plante. Barcelona. Disponível em <[http://assets.esppdf.com/b/Helen%20E.%20Fisher/Anatomia%20del%20amor%20\(10125\)/Anatomia%20del%20amor%20-%20Helen%20E.%20Fisher.pdf](http://assets.esppdf.com/b/Helen%20E.%20Fisher/Anatomia%20del%20amor%20(10125)/Anatomia%20del%20amor%20-%20Helen%20E.%20Fisher.pdf)> Acesso em 04/01/2018

de matrimonios humanos. De este modo, el diccionario define monoginia como «la situación o costumbre de tener una sola esposa por vez», monandria como «un marido», poliginia como «varias esposas», y poliandria como «varios maridos». Monogamia significa «un cónyuge»; poligamia connota «varios cónyuges», sin definición de sexo. » ²⁸

Assim, desde já se estabelece como mais um parâmetro para esse trabalho que doravante se utilizará os termos genéricos Poligamia ou Monogamia, sendo que tudo que se falar daqui para frente aplica-se tanto a Bigamia quanto à Poliandria, Poliginia, Monogimia e Monoandria.

Um terceiro e importante parâmetro que deve logo ser estabelecido diz respeito à desvinculação dos arranjos familiares ao casamento Civil. Isto porque, como se verá adiante, os arranjos familiares não dependem necessariamente do casamento civil para gerarem efeitos. Assim, polígamos serão, para este trabalho, todos que tem relações com mais de duas pessoas, simultaneamente, ainda que não sejam casados civilmente de acordo com as leis do seu país de origem.

Conceitualmente poder-se-ia diferenciar a poligamia decorrente de vínculos matrimoniais denominando-a como “poligamia de direito”, ao passo que aquela decorrente de uniões estáveis pode ser chamada de “poligamia de fato”.

Nesta direção Karin Golaski²⁹ afirma que “Nelle scienze sociali, il termine “poligamia” è utilizzato spesso per riferirsi alla poligamia de facto, che si configura quando l’unione tra più persone non è riconosciuta legalmente. Questa è

²⁸ Tradução livre do autor: "No entanto, o caminho mais direto para a posteridade é o acasalamento. Na verdade, todos os nossos rituais humanos relacionados ao namoro e ao acasalamento, casamento e divórcio, podem ser considerados guias através dos quais homens e mulheres se seduzem para se reproduzir, o que os biólogos chamam de estratégias reprodutivas. Quais são esses jogos de acasalamento? Os homens, como as mulheres, têm duas alternativas facilmente reconhecidas pela contagem de cabeças. O homem pode formar um casal com apenas uma mulher por vez: monoginia (do grego mono, "uno" e ginia, "feminino"), ou pode ter vários parceiros simultâneos: poliginia (várias mulheres). As mulheres têm duas possibilidades semelhantes: monoandria (um homem) ou poliandria (vários homens). Estes são os termos que geralmente são usados para descrever os diferentes tipos de casamentos humanos. Desta forma, o dicionário define a monoginia como "a situação ou o costume de ter apenas uma esposa por vez", a monoandria como "um marido", a poliginia como "várias esposas" e a poliandria como "vários maridos". Monogamia significa "um cônjuge"; A poligamia corresponde "vários cônjuges", sem definição de sexo".

²⁹ GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi de Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 83

maggiormente diffusa nelle società occidentali, in cui la poligamia è vietata dalla legge, ma di fatto praticata”.³⁰

E, mais adiante, ratifica³¹ que “La poligamia è, invece, *de iure* quando è riconosciuta dall’ordinamento giuridico, tipico esempio è la poliginia praticata dai musulmani negli Stati che la riconoscono e la disciplinano”.³²

Assim, se alguém mantém união estável com duas ou mais pessoas ao mesmo tempo é polígamo de fato, independentemente da existência de casamento civil. O que interessa, para o reconhecimento da poligamia, não é o casamento civil com mais de uma pessoa, mas sim o relacionamento afetivo (a princípio público, contínuo e duradouro) com mais de uma pessoa.

Interessante observar que a análise da relação, se poligâmica ou monogâmica, deve ser feita para cada um dos indivíduos envolvidos separadamente, e não em conjunto.

Explica-se melhor com um exemplo: um homem pode ser casar com duas mulheres diferentes, que moram em cidades distantes. Ele é bígamo. Cada uma delas, no entanto, pode não saber da existência da outra e acreditar na honestidade e fidelidade do parceiro. Elas, nesse caso, são monogâmicas.

Helen Fischer³³ também exemplifica essa situação, trazendo a realidade vivida em uma comunidade da Nigéria pelos Igbos, um dos maiores grupos étnicos da África

³⁰ Tradução livre do autor: “Nas ciências sociais, o termo “poligamia” é frequentemente usado para se referir à poligamia de facto, que ocorre quando a união entre várias pessoas não é legalmente reconhecida. Isso é mais generalizada nas sociedades ocidentais, onde a poligamia é proibida por lei, mas praticada na prática”.

³¹ GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi de Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 83

³² Tradução livre do autor: “A poligamia é, em vez disso, de direito quando é reconhecida do sistema legal, um exemplo típico é a poliginia praticada pelo Muçulmanos nos Estados que o reconhecem e governam”.

³³ FISHER, Helen E. **Anatomía del amor: historia natural de la monogamia, el adulterio y el divorcio**. Tradução de Alicia Plante. Barcelona. Disponível em <[http://assets.esppdf.com/b/Helen%20E.%20Fisher/Anatomia%20del%20amor%20\(10125\)/Anatomia%20del%20amor%20-%20Helen%20E.%20Fisher.pdf](http://assets.esppdf.com/b/Helen%20E.%20Fisher/Anatomia%20del%20amor%20(10125)/Anatomia%20del%20amor%20-%20Helen%20E.%20Fisher.pdf)> Acesso em 08/01/2018

ESTRATEGIAS REPRODUCTORAS: esta adaptación de los términos ha sido incompleta. Las dos variantes de monogamia — monoginia y monandria— no se emplean para describir los sistemas humanos de matrimonio. Como resultado de esto, las tácticas reproductoras diferentes de hombres y mujeres son en general dejadas de lado. Por ejemplo, se nos informa que los afikpo ibo de Nigeria oriental son «poliginios». Algunos hombres afikpo ibo tienen varias esposas. Pero las mujeres afikpo ibo se casan con un solo hombre a la vez: monandria. De modo que, en realidad, corresponde diferenciar dos esquemas matrimoniales simultáneos: poliginia y monandria, según si se habla de hombres o de mujeres. Cuando los científicos sociales describen una sociedad como poliginia, pasan por alto las tácticas reproductoras femeninas.³⁴

Portanto, a monogamia ou poligamia é, a princípio, uma característica individual, apesar de paradoxalmente envolver sempre mais de um indivíduo.

1.1.1 Relações afetivas múltiplas com ou sem consentimento

Viu-se acima que a Poligamia, genericamente falando, ocorre quando há multiplicidade de relações afetivas entre homem(s) e/ou mulher(es).

Mas para este trabalho esta compreensão genérica não basta.

É que, ao vislumbrar a possibilidade de reconhecimento de juridicidade ao relacionamento poligâmico, não se pode perder de vista que tal relacionamento não pode se furtar de seguir a lealdade e boa-fé que devem pautar todas as relações humanas.

Ocorre que não é toda relação poligâmica que obedece esses princípios. Assim, imprescindível antes de mais nada, diferenciar os tipos de arranjos familiares poligâmicos consentidos e não consentidos, traçando muito bem a diferença entre eles.

³⁴ Tradução livre do autor: “ESTRATÉGIAS REPRODUTIVAS: esta adaptação dos termos está incompleta. As duas variantes da monogamia - monoginia e monandria - não são usadas para descrever os sistemas de casamento humano. Como resultado, as diferentes táticas reprodutivas de homens e mulheres geralmente são deixadas de lado. Por exemplo, informamos que o Afikpo ibo do leste da Nigéria é “poligênico”. Alguns homens afikpo ibo têm várias esposas. Mas as mulheres de Afikpo ibo se casam com apenas um homem de cada vez: monandria. Então, na realidade, é apropriado diferenciar dois esquemas matrimoniais simultâneos: poliginia e monoadria, dependendo se falamos de homens ou mulheres. Quando os cientistas sociais descrevem uma sociedade como poliginia, ignoram as táticas reprodutivas femininas”.

1.1.1.1 Poligamia não consentida – adultério

Uma primeira possibilidade de relação poligâmica é aquela unilateral, ou seja, que é mantida por um dos membros da relação sem o conhecimento ou ao menos a concordância dos demais.

Assim ocorre quando se tem uma relação paralela à outra pré-existente.

A união paralela, forma de Poligamia não Consentida, é um arranjo em regra clandestino, dotado de má-fé porquanto decorre de traição, de infidelidade, causando em geral angústia e sofrimento naquele que foi enganado. Por isso mesmo, essa forma de poligamia não encontra amparo na proteção que se pretende dar às famílias Poligâmicas em modelos consentidos, que serão vistas adiante.

O polígamo na relação não consentida é, na realidade, um adúltero, figura que não se coaduna com a proteção jurídica que se quer dar neste trabalho à outras formas de poligamia.

1.1.1.2 Poligamia consentida sem interação

Outra forma de poligamia possível é aquela consentida, sem que, no entanto, haja interação entre todos os membros da(s) entidade(s) familiar(es) que com ela, no entanto, concordam.

Seria o caso, por exemplo, de um homem que se case com quatro mulheres, todas cientes e concordando totalmente com essa situação.

Note-se que, no exemplo acima, não há interação entre as mulheres.

Importante destacar que essa entidade familiar poligâmica deve se pautar pelas deveres básicos das uniões afetivas pautadas pela boa-fé, ou seja, os seus membros, entre si, obedecem aos deveres de fidelidade.

1.1.1.3 Poliafetividade ou Poliamor (união estável poliafetiva)

A poliafetividade, ou poliamor, é uma forma de poligamia consentida diversa da explicada no item anterior.

Neste modelo de família poligâmica, os membros do arranjo familiar formam todos uma só família, interagindo entre si com a concordância de todos.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁵ definem o poliamorismo ou poliamor, como

(...) teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.

Antônio Pilão e Mirian Goldemberg³⁶, por seu turno, destacam que o Poliamor é “...um relacionamento que afirma ser possível não somente se relacionar, mas também amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo de maneira fixa, responsável e consensual entre todos os membros”.

Percebe-se claramente, portanto, que no Poliamor todos os membros da relação vivem uma relação poligâmica, que deve ser pautada por princípios éticos necessariamente respeitados pelos membros do arranjo, como aduz Jens Urban³⁷

Le polyamour est “la volonté, la pratique ou l'acceptation de vivre une relation amoureuse impliquant plus de deux personnes avec la pleine connaissance et le consentement de chaque personne concerne”, Dans le cas idéal, il s'agit d'un comportement qui se veut honnête, transparent, respectueux et responsable, et le polyamour est donc nécessairement consensuel et répond à une certaine éthique.³⁸

³⁵ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 463-464.

³⁶ PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. **Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias**. Revista Ártemis, vol. 13, jan./jun.2012.

³⁷ URBAN, Jens. **La réception de la polygamie au regard du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets**. Droit. Université de Perpignan, 2017. Français. P. 38/39

³⁸ Tradução livre do autor: “O poliamor é ‘a disposição, prática ou aceitação de viver em um relacionamento envolvendo mais de duas pessoas com o pleno conhecimento e consentimento de cada pessoa em questão.’ No caso ideal, é uma questão de um comportamento que seja honesto, transparente, respeitoso e responsável, e o poliamor é necessariamente consensual e responde a uma certa ética”.

Neste mesmo sentido, Maria Rosaria Marella e Giovani Marini³⁹, falando sobre o Poliamor, ressaltam

Com questo termine si indica uma grande varietà di relazioni intime tra più de due persone que prescinde da qualsiasi impronta gerarchica. La polyamory o 'non-monogamia etica', risponde, por nella molteplicità dele suaforme, ad uma serie di principi: la conoscenza di sé, lássolua onestà, il consenso, láuto-appartenenza, la prevalenza accordata al sesso e allámore rispetto alla gelosia.⁴⁰

O Poliamor, portanto, é um relacionamento absolutamente ético, posto que honesto e transparente. Reforçando este entendimento e dando ênfase à honestidade do relacionamento, Elisabeth Sheff⁴¹ define Poliamor como sendo

(...) a form of relationship in which people openly court multiple romantic, sexual, and/or affective partners. With an emphasis on long-term, emotionally intimate relationships, practitioners see polyamory as different from swinging—and from adultery—with the poly focus on honesty and (ideally) full disclosure of the network of relationships to all who participate in or are affected by them. Both men and women have access to multiple partners in polyamorous relationships, distinguishing them from polygynous ones in which only men are allowed multiple (female) partners.⁴²

³⁹ MARELLA, Maria Rosaria. MARINI, Giovanni. **Di cosa Parliamo quando parliamo di famiglia**. 5ª edição. Editora Laterza:Roma-Bari. 2018. p. 120

⁴⁰ Tradução livre do autor: "Este termo refere-se a uma grande variedade de relações íntimas entre mais de duas pessoas, independentemente de qualquer impressão hierárquica. A ética de poliamor ou "não-monogamia" responde, na multiplicidade de sua forma, a uma série de princípios: o conhecimento de si mesmo, a honestidade, o consenso, a autonomia, a prevalência do sexo e o respeito ao ciúme. "

⁴¹ SHEFF, Elisabeth. **Polyamorous, families, same-sex, marriage, and the slippery slope**. Journal of Contemporary Ethnography: Londres. out. 2011. v. 40. n. 5. p. 487.

⁴² Tradução livre do autor: " ... uma forma de relacionamento em que as pessoas possuem abertamente vários parceiros românticos, sexuais e / ou afetivos. Com ênfase em relacionamentos emocionais e duradouros a longo prazo, os praticantes veem o poliamor diferente do swing - e do adultério - já que no poliamor há honestidade e (...) divulgação completa da rede de relacionamentos a todos os que participam ou são afetados por eles. Tanto os homens como as mulheres têm acesso a múltiplos parceiros em relacionamentos poliamorosos, distinguindo-os de poligênicos em que apenas os homens têm permissão de múltiplos parceiros (femininos). "

Para que fique caracterizado o Poliamor é necessário que se avalie se estão presentes alguns requisitos, que também são verificados na união estável monogâmica.

É cediço que a união estável monogâmica ocorre quando o relacionamento é público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituir família. Assim também o é na relação poliamorosa.

Importantíssimo destacar que o único modelo de poliamor que alberga a integral proteção jurídica é o que pode ser chamado de “polifidelidade”, que é aquele em que seus membros se fecham em uma unidade familiar, sem aventuras com parceiros fora da relação principal.

Pois bem. Voltando aos requisitos do reconhecimento do poliamor, vê-se então que a relação, ainda que com multiplicidade de parceiros, deve ser pública, ou seja, não pode ser clandestina. Deve ser ainda contínua e duradoura, que demonstra a sua estabilidade. E, por fim, com o objetivo de constituir família, que representa a própria comunhão entre os seus integrantes.

Marcos Alves da Silva⁴³ explica cada uma dessas condições

Desta descrição legal da união estável a doutrina deduziu o entendimento de que, para sua caracterização, quatro requisitos apenas se colocam: a continuidade, a durabilidade, a notoriedade e o objetivo de constituir família, sendo este último, de natureza subjetiva. O primeiro, refere-se ao lapso temporal, para que um relacionamento efêmero e circunstancial não seja caracterizado como união estável. Não há prefixado na lei, das circunstâncias do caso concreto é que o juiz verificará a presença do requisito da continuidade. De qualquer sorte, ela está vinculada ao lapso temporal. Já a durabilidade diz respeito à permanência ou constância da união. Uma série de meros encontros, ao longo de muitos anos, não faz presente a durabilidade, requisito indispensável à caracterização da união estável. Por sua vez, a notoriedade ou ostentabilidade indica a não clandestinidade do relacionamento. Assim, os companheiros devem ser reconhecidos como um núcleo familiar no meio social por eles frequentado.

⁴³ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia. A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família.** Curitiba:Juruá. 2013. p. 136

E arremata o mesmo autor, falando sobre a intenção de constituir família, que “um último requisito, de natureza subjetiva, soma-se aos três objetivos, isto é, a intenção de constituir família. Este elemento volitivo, todavia, independe de uma declaração e de sua formalização por meio contratual, como anteriormente referido. Este requisito subjetivo, teleológico, é captado objetivamente do conjunto de fatos que conformam a união estável”.⁴⁴

Bem claro, portanto, que a união poliamorosa prescinde da formalização via matrimônio e de suas formalidades. “Presentes os requisitos de continuidade, durabilidade, notoriedade e o elemento teleológico, isto é, o objetivo de constituir família – todos claramente de matiz sociológico – existe uma família no mundo dos fatos. Esta não pode ser juridicamente invisível”.⁴⁵

Bom ressaltar que não descaracteriza a união estável a presença de mais de dois parceiros. Neste norte, Anderson Schreiber, comentando o Código Civil Brasileiro, ressalta que “o art. 1.723 estampa, às claras, os requisitos para a configuração da união estável: convivência pública, contínua, duradoura, voltada à constituição de família. Nada mais exige. Sobre exclusividade não há palavra. E, em que pese o eventual moralismo do intérprete, não resta qualquer dúvida de que convivências públicas, contínuas e duradouras podem ser – e, na prática, são – estabelecidas simultaneamente com diferentes pessoas em distintas ou até em uma mesma comunidade”.⁴⁶

Para ficar mais claro ainda, será explicitado no item seguinte as diferenças entre a poligamia consentida e a não consentida.

1.1.1.4 Diferença entre poligamia consentida e não consentida

Por ser fundamental para a perfeita compreensão deste trabalho, deve ser reforçada a diferença entre a poligamia consentida e a não consentida.

⁴⁴ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia. A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba:Juruá. 2013. p. 136

⁴⁵ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia. A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba:Juruá. 2013. p. 137

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico

A poligamia consentida, já se viu, é aquela em que os membros da relação poligâmica sabem da condição em que vivem e a aceitam sem qualquer problema. Esse tipo de poligamia pode ocorrer com a formação de relacionamentos paralelos admitidos pelos envolvidos ou ser formada por uma única família composta de vários membros interagindo entre si, caso em que é chamada de União (ou família) Poliafetiva ou de Poliamor.

De outra banda, a poligamia não consentida é a que ocorre sem a ciência ou concordância de algum ou alguns membros da relação. Esta configura, em regra, o adultério e é chamada de Família Paralela, como já se frisou anteriormente.

É muito importante ficar claro que o objeto deste trabalho sempre terá como alvo a Poligamia Consentida, cujo conceito e características restaram explicitadas acima e serão reeditadas com mais detalhes agora.

Por isso mesmo vale reforçar que a família Poligâmica não se confunde com família paralela ou simultânea adúlterina.

A Família Paralela adúlterina, cuja clandestinidade é uma de suas características, é a formada por aquele(s) que já possui(em) outro relacionamento, seja através de união estável ou casamento, e iniciam outro relacionamento simultâneo clandestino.

A família Poligâmica consentida, ao revés, é a família formada por mais de um homem e/ou mais de uma mulher e cujos membros formam várias famílias ou mesmo uma única família (como ocorre com o Poliamor) com o conhecimento e a concordância de todos.

O adultério é violação, transgressão da regra de fidelidade conjugal imposta aos cônjuges ao assumirem um relacionamento, seja informal ou matrimonial, cujo princípio consiste em não se manterem relações carnavais com outrem fora do casamento.

A diferença entre a relação adúlterina e poligâmica, vê-se, é clara.

No adultério, além da multiplicidade de parceiros, há uma afronta ao dever de fidelidade com o cônjuge ou companheiro. Este se sente enganado, vilipendiado, traído. Sob o aspecto ético, portanto, o adultério é danoso à família.

Diversa é a situação da união poligâmica consentida. Nesta há uma relação entre mais de duas pessoas, mas de forma consensual e seguindo os deveres básicos para o casamento e a união estável.

O fato de o arranjo familiar ser composto por mais de um parceiro não caracteriza adultério ou quebra dos deveres.

Ao se dizer que a relação poligâmica consentida gera efeitos jurídicos e deve ser respeitada, não se está defendendo, portanto, valor jurídico à uma relação calcada na má-fé, na clandestinidade, na mentira, na deslealdade, no fazer sofrer entes queridos. Não é disso que se trata.

A hipótese objeto deste trabalho é uma relação poligâmica que tem as mesmas características e tem os mesmos deveres que o legislador Brasileiro, por exemplo, relaciona como sendo decorrentes do casamento e que se encontram destacados no artigo 1.566, do Código Civil pátrio, a saber:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

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

Será que uma relação constituída por mais de duas pessoas que se amam, não pode ser formada observando *ipsis literis* os deveres do já citado artigo 1.566? Claro que sim.

E não se diga que não há fidelidade em famílias poligâmicas. Ora, a fidelidade não ocorre somente entre casais.

O conceito de fidelidade é muito mais amplo.

A origem do termo remonta ao latim *fidelis*. Seu significado abrange a lealdade e a confiabilidade. Pode-se ser cliente fiel de mais de um

estabelecimento. Pode-se ser um funcionário fiel a todos os chefes. Pode-se ser, também, fiel a dois ou mais parceiros.

Ao tratar de fidelidade, vista sob o olhar da antropologia jurídica, Rodolfo Sacco⁴⁷ anota que ela pode ser relativizada conforme a cultura dos envolvidos

Tra i coniugi è presente, di norma, un obbligo di fedeltà reciproca. Ma si rinvencono eccezioni di vario tipo: ecco il prestito del coniuge, come completamento dell'ospitalità o come fonte di un legame sociale; ecco i momenti di promiscuità all'interno di tutta la comunità, in occasione di eventi eccezionali (disgrazie, malattie, ali festeggiamenti). La fedeltà non si intende violata là dove la deflorazione della sposa è affidata a terze persone (di alto rango: capi, sacerdoti), o là dove i membri della famiglia del marito hanno a vario titolo diritto di accesso alla sposa. La violazione dell'obbligo di fedeltà può essere guardata con severità maggiore o minore, a seconda delle culture. Spesso è giudicata molto più grave se la colpevole è la donna.⁴⁸

Na realidade, a família formada por mais de duas pessoas, assim como a família tradicional, passa a ter reprovabilidade jurídica quando decorre de traição, como ocorre com o concubinato formado por uniões paralelas. O dever de fidelidade, nesse caso, é violado.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk⁴⁹ sustenta a mesma posição:

...“a multiplicidade de conjugalidades - ou mesmo a infidelidade em sentido estrito - somente se situa sob a égide de um juízo de reprovabilidade jurídica quando se materializa de modo a implicar, para ao menos um dos cônjuges/companheiros, a construção de uma vida afetiva baseada no engano, na mentira, na ofensa à dignidade, na aniquilação clandestina de expectativas afetivas monogâmicas.

⁴⁷ SACCO, Rodolfo. **Antropologia Giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto**. Bologna: Società editrice Il Mulino. 2007. P. 259

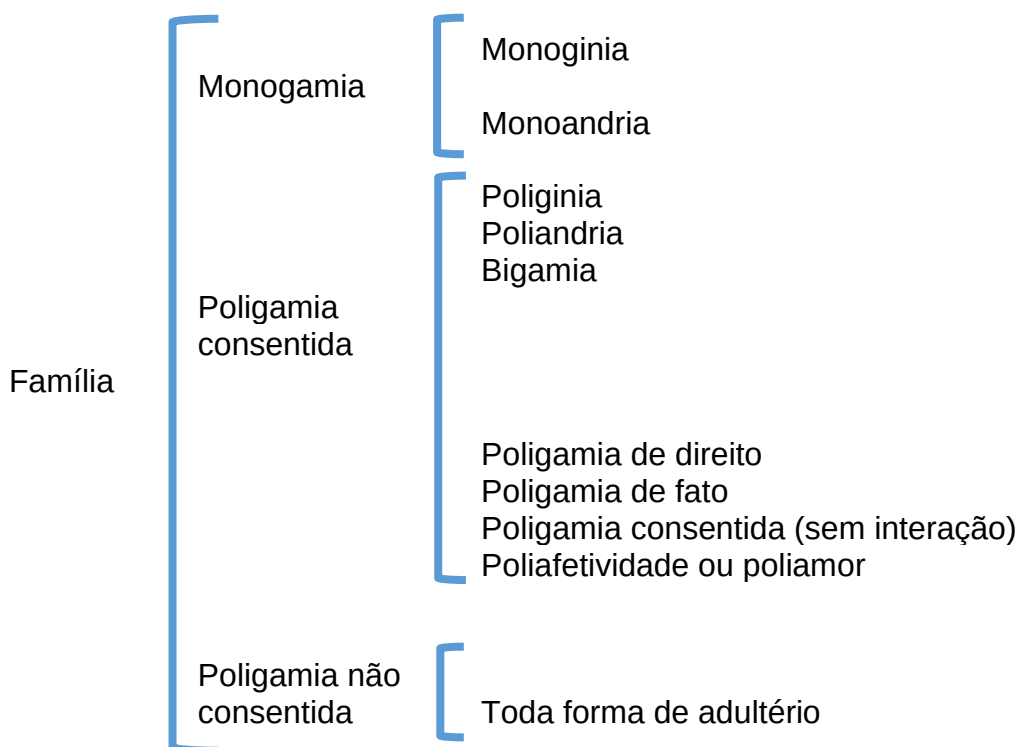
⁴⁸ Tradução livre do autor: “Entre os cônjuges, normalmente está presente uma obrigação de fidelidade recíproca. Mas há vários tipos de exceções: eis o empréstimo do cônjuge, como complemento da hospitalidade ou como fonte de um laço social; eis os momentos de promiscuidade no interior de toda a comunidade, por ocasião de acontecimentos excepcionais (desgrças, doenças, festas especiais). A fidelidade não se entende violada quando a defloração da esposa é confiada a outras pessoas (de alta classe: chefes, sacerdotes), ou quando os membros da família do marido têm, por várias razões, direito de acesso à esposa. A violação da obrigação de fidelidade pode ser vista com maior ou menor severidade, de acordo com as culturas. Frequentemente, é julgada muito mais grave se a culpada é a mulher”.

⁴⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas e Monogamia**. Disponível em < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/210.htm> >. Acesso em 25/05/2016

Desse modo, não há como não há como confundir a Poligamia Consentida da Não consentida, ficando claro, desde agora, que sempre que se tratar de Poligamia daqui para frente se estará falando da Poligamia consentida que é aquela que entre seus membros existe transparência e fidelidade, sabendo e concordando todos com o arranjo escolhido.

1.1.2 Classificação das famílias pelo número de membros

De tudo que se disse acima, poderia assim ser feita a classificação dos arranjos familiares considerando-se o número de membros que o formam:



1.2 Monogamia e Poligamia vistas sob o ponto de vista da Biologia, da antropologia e da religião

Uma questão sempre vem à tona quando se estuda os modelos de arranjos familiares monogâmicos e poligâmicos. Qual seria o modelo original, se é que ele existe? O ser humano é por tradição (ou instinto) poligâmico ou monogâmico?

Sob três aspectos pode-se estudar esta questão.

O primeiro é sob o aspecto biológico, fazendo um apanhado do reino animal como um todo. O segundo é sob o prisma histórico/antropológico, deixando de lado questões dogmáticas. O terceiro é do ponto de vista religioso.

É essa análise que se fará daqui em diante.

1.2.1 A poligamia no mundo animal

Uma das vertentes que pode ser analisada, a título ilustrativo, para chegar-se a alguma resposta para as perguntas feitas acima, se o homem é um animal poligâmico ou monogâmico, é averiguação puramente biológica. Digo ilustrativa porque obviamente o ser humano não age somente por instinto, como parece ocorrer com os animais ditos irracionais.

A formação da família do ser humano envolve outros elementos, que influenciam, direta ou indiretamente, na escolha do seu modelo familiar, como bem disse Marcos Alves da Silva⁵⁰, para quem “as experiências da conjugalidade humana e suas múltiplas configurações têm ingredientes culturais e sociológicos muito mais fortes do que os supostos determinismos de natureza biológica”.

Uma referência na análise da questão puramente biológica da conjugalidade no mundo animal é a obra “O Mito da Monogamia”⁵¹, de David Barash e Judith Lipton. O primeiro é um Zoólogo e a segunda uma psiquiatra especializada em questões femininas, ambos americanos, e foram casados entre si por muitos anos, conforme declinado na própria obra.

O que defendem Barash e Lipton, após muitos estudos baseados na biologia, é que “há provas muito fortes de que os seres humanos não são naturalmente monogâmicos”.⁵²

⁵⁰ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia. A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba:Juruá. 2013. p. 34

⁵¹ BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro:Record, 2007

⁵² BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro:Record, 2007. p. 13.

Eles partem da premissa que a Poliginia já era uma realidade conhecida na biologia. Assim, os machos sempre tiveram a tendência a ter muitas parceiras. O que garantem Barash e Lipton é que a comunidade científica percebeu que também as fêmeas são naturalmente poligâmicas.

Barash e Lipton deduzem haver dois tipos de monogamia. A primeira é a social, onde dois indivíduos vivem juntos, copulam juntos (mas não com exclusividade) e assim também criam sua prole, inclusive recolhendo alimentos. A segunda forma de monogamia é a sexual, cuja diferença do modelo meramente social reside no fato de que, além das outras características, neste (monogamia sexual) há exclusividade também na cópula. Marcos Alves da Silva⁵³ resume

Estes autores fazem a diferença entre a monogamia social e a monogamia sexual ou genética. A primeira, não aparece em quase nenhum dos mamíferos, inclusive na maioria dos primatas, mas, por outro lado, a monogamia social é encontrada em diversas espécie de aves e tem forte correlação com o envolvimento dos pais e das mães na criação dos filhos. Era lugar comum até pouco tempo a afirmação de que muitas espécies de aves observavam, além da monogamia social, a sexual ou genética. Todavia, pesquisas recentes com utilização de exames de DNA apontam para certa poligamia sexual entre as aves. Aves criam filhos alheios em significativa quantidade.

Quanto aos mamíferos, os biólogos sustentam que entre eles a monogamia é fenômeno raro. Os machos mamíferos, em regra, não tomam a si o encargo do cuidado, proteção e alimentação de suas crias. Contribuem com o material genérico e não fazem mais qualquer outro investimento em sua progênie.

Muito mais do que entrar a fundo nesta pesquisa da poligamia/monogamia no mundo dos animais irracionais – o que não se fara aqui por refugir ao âmbito de pesquisa deste trabalho - o que se pode supor é que, se tirássemos todas as variáveis sociais e culturais que fazem com que o ser humano escolha seu modelo de arranjo familiar, o homo sapiens, assim como as demais espécies animais, teria uma forte tendência instintiva a ser poligâmico.

⁵³ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia. A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família.** Curitiba:Juruá. 2013. p. 35

Para Barash e Lipton, o ser humano somente escolhe modelos monogâmicos como forma de sobrevivência, na medida em que esse modelo de conjugalidade torna mais fácil a criação a prole. Mas, advertem

(...) não há evidências, nem da biologia, nem da primatologia ou da antropologia, de que a monogamia é ‘natural’ ou ‘normal’ para os seres humanos. Há, em vez disso, muitas evidências de que as pessoas há muito tempo tendem a ter vários parceiros sexuais.⁵⁴

Pelos números apresentados pelos autores fácil concluir que o ser humano, ainda que escolha modelo monogâmico social, não tende a ter um modelo monogâmico sexual. De fato, sustentam Barash e Lipton⁵⁵ que

Uma análise de 56 sociedades humanas diferentes revelou que em 14% quase todas as mulheres envolviam-se em CEP's (cópula extra par), enquanto em 44% uma proporção moderada o fazia e em 42% relativamente poucas – mas ainda assim alguma – o faziam. É revelador comparar esses números com o de suas contrapartes masculinas: quase todos os homens se envolviam em CEP's em 13% das sociedades, uma proporção moderada de homens em 65% e poucos – mas ainda assim, alguns – em 31% dos casos. Em resumo, uma análise intercultural do índice de infidelidade mostra que mulheres e homens são extraordinariamente semelhantes.

Assim, por tudo que se viu, de modo absolutamente simplista, pode-se dizer, como bem ressalta a psicóloga Noely Montes Moraes, coautora da obra “É possível amar duas pessoas ao mesmo tempo?”⁵⁶, em reportagem publicada na Revista Galileu⁵⁷, que

(...) a etimologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

⁵⁴ BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro:Record, 2007. p. 231

⁵⁵ BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro:Record, 2007. p. 238

⁵⁶ MORAES, Noely Montes et al. **É possível amar duas pessoas ao mesmo tempo?** São Paulo: Musa, 2005.

⁵⁷ REVISTA GALILEU. **O fim da monogamia?**. Rio de Janeiro: Globo, outubro de 2007. Disponível em < <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0,,EDG79268-7855-195,00-O+FIM+DA+MONOGAMIA.html>>. Acesso em 01/02/2018

Passa-se, agora, a analisar a questão da poligamia/monogamia sob o ponto de vista histórico-antropológico.

1.2.2 A teoria histórico-antropológica de Friedrich Engel

Se disse mais de uma vez, anteriormente, que o ser humano não é instintivo por excelência. Não age como os animais irracionais. Ao contrário, seu comportamento é influenciado por questões outras, devendo-se levar em conta, na escolha de seu modelo de conjugalidade, vários outros fatores, tais como sua crença religiosa, a época em que vive, seu meio cultural e os costumes.

Além da análise meramente biológica, feita no capítulo anterior, com sua frieza de números e conclusões despidas de outras variáveis, uma outra abordagem que pode ser feita para responder à pergunta se o ser humano é ou não um animal monogâmico ou poligâmico é a histórico-antropológica.

Sem dúvida, o estudo mais interessante, confiável **e que não leva em conta dogmas religiosos**, sobre a origem e evolução da família, pode ser encontrado na obra “A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”⁵⁸, de Friedrich Engels, que será usada como base para tentar responder as questões aventadas anteriormente.

Friedrich Engels escreveu “A Origem da Família e da Propriedade Privada” a partir do que ele mesmo chama de a “Concepção Materialista da História”, iniciada por Lewis Henry Morgan⁵⁹.

⁵⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984.

⁵⁹ “Antropólogo, etnólogo e escritor estadunidense nascido em uma fazenda, cinco milhas ao sul de Aurora, New York, United States, um dos fundadores da moderna antropologia científica. Foi educado na Cayuga Academy, formado em direito no Union College (1840) e inicialmente exerceu a advocacia na cidade de Aurora. Mudando-se para Rochester (1844), cidade onde ficou até morrer, fez sucesso como advogado e envolveu-se com política, filiando-se ao Partido Republicano, e foi deputado e depois senador. Foi quando se interessou por antropologia e pelas questões ligadas aos iroqueses e começou seu trabalho em defesa dos direitos dos índios, ao mesmo tempo em que se dedicava a estudar a cultura do povo iroquês. Nos anos seguintes, fez pesquisa de campo entre os iroqueses, de onde retirou material para sua reflexão sobre cultura e sociedade. Desenvolveu pesquisas de campo entre numerosas tribos norte-americanas e pesquisou material de outras regiões do mundo, o que o levou a elaborar uma classificação universal dos sistemas de parentesco, no qual tentou estabelecer conexões de sistemas de parentesco em escala global. Foi o primeiro a estudar os sistemas de parentesco e elaborar uma ambiciosa teoria sobre a evolução cultural do homem, segundo a qual a evolução cultural de

Já no prefácio da 1ª edição de seu livro, em 1884, Engels explica que

De acordo com a concepção materialista, o fator decisivo na história é, em última instância, a produção e a reprodução da vida imediata. Mas essa produção e essa reprodução são de dois tipos: de um lado, a produção de meios de existência, de produtos alimentícios, habitação, e instrumentos necessários para tudo isso; de outro lado, a produção do homem mesmo, a continuação da espécie.⁶⁰

Para deixar claro de onde parte Engels (estudo de Morgan) e a profundidade do seu estudo, ele diz que

O grande mérito de Morgan é o de ter descoberto e restabelecido em seus traços essenciais esse fundamento pré-histórico da nossa história escrita e o de ter encontrado, nas uniões gentílicas dos índios norte-americanos, a chave para decifrar importantíssimos enigmas, ainda não resolvidos, da história antiga da Grécia, Roma e Alemanha.⁶¹

E arremata Engels, falando de Morgan, que “sua obra não foi trabalho de um dia. Levou cerca de quarenta anos elaborando seus dados, até conseguir dominar inteiramente o assunto”.⁶²

Morgan – e, portanto, também Engels, pois acata e parte dessa divisão – dividiu a pré história em três estágios evolutivos, quais sejam, a Selvageria, a Barbárie e a Civilização. Ele detalha, conforme Engels explicita entre as páginas 22 e 28 de seu livro, as duas primeiras fases, as subdividindo em fases inferior, média e superior. O estágio da Civilização não é detalhado por Morgan e é tido

uma sociedade se desenvolveria em três etapas: selvageria, barbárie e civilização. Foi eleito membro da American Association for the Advancement of Science, a AAAS (1856), da National Academy of Sciences, a NAS (1875) e presidente da AAAS (1879). Morreu em Rochester, New York, e seus principais livros foram *The League of the Ho-dé-no-saunee, or Iroquois* (1851), *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (1871), sobre os sistemas de parentesco em escala global, *Houses and House-lives of the American Aborigines* (1881) e *Ancient Society* (1877), no expôs sua teoria sobre os três estados de evolução da humanidade.” (UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE. Disponível em <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/LewiHMor.html>>. Acesso em 15/01/2018)

⁶⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 02.

⁶¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. P. 03

⁶² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. P. 03

como o “período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte”.⁶³

Feita a necessária contextualização, mister destacar que aqui a análise será centrada, obviamente, na questão da monogamia ou poligamia dos nossos antepassados, que é o objeto central deste trabalho.

De início deixa claro Engels que não há evidências históricas de que tenha havido uma sociedade primitiva promíscua, mas pode-se concluir que ela existiu, se considerarmos que as primeiras formações familiares comprovadamente conhecidas são compostas de matrimônios por grupos que tendem a ser a evolução da era promíscua.

De fato, diz o autor que

A tolerância recíproca entre os machos adultos e a ausência de ciúmes constituíram a primeira condição para que se pudessem formar esses grupos numerosos e estáveis, em cujo seio, unicamente, podia operar-se a transformação do animal em homem. E, com efeito, que encontramos como forma mais antiga e primitiva de família, cuja existência indubitável nos demonstra a história, e que ainda hoje podemos estudar em certos lugares? O matrimônio por grupos, a forma de casamento em que grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres pertencem-se mutuamente, deixando bem pouca margem para ciúmes.⁶⁴

Engels deixa claro, portanto, que promiscuidade e matrimônio por grupos (poligâmico, portanto) são coisas diversas, explicando que “o matrimônio por grupos é a forma de casamento em que grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres pertencem-se mutuamente”.⁶⁵

Morgan, partindo do suposto e deduzido (pois não provado) estado primitivo de promiscuidade, conclui que as famílias se formaram nessa ordem:

⁶³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. P. 28

⁶⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 35/36

⁶⁵ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 36

1) família consanguínea; 2) família punaluana; 3) família sindiásmica; 4) família monogâmica.

A família consanguínea é aquela em que “os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo”.⁶⁶

E continua

Nessa forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e *por isso mesmo* maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua.⁶⁷

Como se vê, o incesto era normal nessa fase da família consanguínea. A propósito, Engels afirma que o incesto é uma valiosa “invenção” social que somente surgiu mais tarde na história. Na época primitiva irmãos e irmãs eram marido e mulher.⁶⁸

A segunda fase da família, após a consanguínea, é a família punaluana. Esta foi uma evolução daquela, na medida em que consistiu na proibição de relações sexuais recíprocas entre irmãos.

Engels⁶⁹ explica a origem do nome

De acordo com o costume havaiano, certo número de irmãs carnavais ou mais afastadas (isto é, primas em primeiro, segundo e outros graus) eram mulheres comuns de seus maridos comuns, dos quais ficavam excluídos,

⁶⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 38

⁶⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 38

⁶⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 36

⁶⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 40

entretanto, seus próprios irmãos. Esses maridos, por sua parte, não se chamavam entre si irmãos, pois já não tinham necessidade de sê-lo, mas “punalua”, quer dizer, companheiro íntimo, como quem diz “associe”. De igual modo, uma série de irmãos uterinos ou mais afastados tinham em casamento comum certo número de mulheres, com exclusão de suas próprias irmãs, e essas mulheres chamavam-se entre si de “punalua”.

A terceira forma de família, na ordem evolutiva, é a família sindiásmica.

Explica Engels que a família sindiásmica é o estágio em que

Um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe.⁷⁰

Percebe-se, com clareza, que a monogamia começa a surgir como forma de matrimônio, mas unicamente para as mulheres. Aos homens ainda era dado o consentimento social de ser poligâmico ou de ter relações somente eventuais com outras mulheres.

Por fim, a quarta forma de família é a monogâmica. Na realidade, é muito sutil a diferença entre a família sindiásmica e a monogâmica. Tanto numa quanto noutra o homem predomina, mas diferenciam-se porquanto na família monogâmica há uma maior solidez “dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes”.⁷¹

A origem da monogamia, explica Engels, de “modo algum foi fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinham em comum, já que os casamentos, antes como agora, permanecem casamentos por conveniência.”⁷²

⁷⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 49

⁷¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 66

⁷² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 70

E conclui

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história.⁷³

Obviamente que o estudo de Engels, iniciado por Morgan, é aprofundado e relaciona essa evolução das formas de família com aspectos culturais, sociais e sobretudo econômicos. Faz o autor e comprova sua tese com análises profundas de vários povos.

Mas para este trabalho, o que importa é verificar que na origem o homem vivia em situação de poligamia. A monogamia

(...) foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente. Os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para herdar dele.⁷⁴

Assim, pelo que se viu, a resposta à pergunta, também sob o aspecto histórico-antropológico (já o vimos sob o aspecto biológico) é: o homem não é um ser naturalmente monogâmico.

1.2.3 A poligamia e as religiões

Como se disse antes, vários aspectos podem influenciar na escolha do modelo de família. Sem dúvida, um dos aspectos mais relevantes é o religioso.

Adiante, então, se fará uma análise sobre a questão da monogamia/poligamia em relação a quatro das mais conhecidas vertentes religiosas, quais sejam, o Cristianismo, o islamismo, o Judaísmo e o Budismo.

⁷³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 70

⁷⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 70

Desde já que fique explicitado que não se adentrará no mérito das questões dogmáticas de cada uma das religiões. Não se analisará, também, por ser impertinente ao presente trabalho, se há ou não paridade de tratamento entre homens e mulheres nas práticas religiosas e se a poligamia é boa ou má para as mulheres, tema este que é polêmico desde sempre, como se vê pelo prefácio do livro de Walter M. Gallichan, chamado “Women Under Polygamy”⁷⁵, escrito em 1914, onde o autor já apregoava que

Polygamy, like monogamy, must be judged by its fruits. In the East, cultured advocates and apologists have explained the biological and racial causes of the practice, and contrasted it with the single marriage custom of the West. Among European and other Western writers, solicitous for the truth, there are those who avow frankly that, from observation and investigation, they are disposed to regard polygamy as na institution with certain distinct advantages for women. Equally sincere critics have condemned this form of marriage, sometimes judicially, and often with passion. One writer, approaching the question with conclusions already formed, denounces zenana life for women as "abominable"; while another of a more dispassionate cast, viewing the subject from various aspects, discovers that a practice of the sex-relationship, sanctioned by many devout and humane teachers, cannot be compounded entirely of evil. ⁷⁶

O que se estudará é objetivamente a doutrina em relação a Poligamia, na teoria, em relação a cada uma das vertentes religiosas abaixo.

1.2.3.1 Cristianismo

Obviamente que são cristãs as igrejas que seguem, a seu modo e segundo a sua interpretação, as lições deixadas por Jesus Cristo, tendo a Bíblia como seu livro sagrado. Milhares são as denominações Cristãs.

⁷⁵ GALLICHAN, Walter M. **Women Under Polygamy**. London:Holden & Hardingham. 1914. p. 5

⁷⁶ Tradução livre do autor: “A poligamia, como a monogamia, deve ser julgada por seus frutos. No Oriente, defensores cultos e apologistas explicaram as causas biológicas e raciais da prática em contraste com o costume de casamento único do Ocidente. Entre os escritores europeus e outros escritores ocidentais, solícitos para a verdade, existem aqueles que confessam francamente que, a partir da observação e investigação, eles estão dispostos a considerar a poligamia como uma instituição com certas vantagens distintas para as mulheres. Igualmente sinceras críticas condenaram essa forma de casamento, às vezes juridicamente, e muitas vezes com paixão. Um escritor, abordando a questão com conclusões já formadas, denuncia a vida zenana para as mulheres como "abomináveis"; enquanto outro de um elenco mais desapaixonado, vendo o assunto de vários aspectos, descobre que uma prática do relacionamento sexual, sancionado por muitos professores devotos e humanos, não pode ser composto completamente do mal”.

Segundo dados do último censo divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), no Brasil 86,8% da população é cristã.⁷⁷

Como não há como fazer uma avaliação de cada uma das denominações Cristãs, será a análise aqui dividida em três vertentes, quais sejam, o Catolicismo, o Protestantismo e os Mórmons. As duas primeiras serão analisadas em conjunto e levam em conta a abrangência numérica dos seus seguidores (o protestantismo abrangerá os tradicionais e demais denominações evangélicas) e a terceira será analisada por ser conhecida popularmente como uma “igreja poligâmica”.

1.2.3.1.1 Católicos e protestantes

Juntou-se em um subcapítulo só a análise da poligamia na visão do Cristianismo Católico e Protestante porque, não obstante as diferenças doutrinárias entre essas duas religiões, em relação à vedação do casamento poligâmico essas denominações se alinham.

De fato, tanto a doutrina Católica como a protestante vedam, de maneira absolutamente taxativa, a união poligâmica, deixando claro que a interpretação da Bíblia, para eles, mostra que Deus não transige em relação a isso.

Para aqueles que defendem a poligamia – sobretudo para os Muçulmanos – a interpretação dos católicos e protestantes é incoerente.

Dizem eles, de início, que em nenhuma passagem da Bíblia há expressa vedação ao casamento do homem com mais de uma mulher. Em sentido contrário – apontam – muitos dos maiores expoentes bíblicos do velho testamento viveram uniões poligâmicas, o que mostra que a Bíblia admite tal arranjo familiar.

⁷⁷ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em 19/01/2018.

Realmente a existência de Poligamia no Antigo Testamento é fato incontroverso, como afirma por Paolo Poli⁷⁸

La poligamia nell'AT la troviamo praticata anche da figure pie e sante come quella di Abramo, di Giacobbe e di Davide, fin dai tempi dei Patriarchi. Nella Legge mosaica non viene esplicitamente né approvata né disapprovata. Così nell'età dei Giudici e dei Re la vediamo praticata e diffusa soprattutto tra i capi.⁷⁹

Colhe-se realmente das escrituras que grandes “Homens de Deus” descritos no velho testamento eram poligâmicos.

O Rei Salomão, autor dos livros bíblicos Provérbios e Cânticos, conforme 1 Reis 11:1-3⁸⁰, teve setecentas mulheres e outras trezentas concubinas.

Davi, talvez o mais importante personagem bíblico do velho testamento (lembre-se que Jesus é chamado de “filho de Davi”), teve várias mulheres e concubinas, conforme colhe-se de 2 Samuel 5:13.⁸¹

Abrão, também um dos mais destacados homens bíblicos, para quem Deus apareceu e com quem Deus fez uma aliança, viveu relação poligâmica, conforme texto de Gênesis 16:1-4⁸²

⁷⁸ POLI, Paolo. **Chiesa e Poligamia in Africa**. Fra tradizione e cambiamento. Bologna:Editrice Missionaria Italiana. 1966. P. 199

⁷⁹ Tradução livre do autor: “ A poligamia no AT também é praticada por figuras piedosas e sagradas, como a de Abraão, Jacó e Davi, desde os tempos dos Patriarcas. Na Lei mosaica não é nem explicitamente aprovado nem desaprovado. Assim, na era dos Juízes e dos Reis, vemos que é praticado e difundido especialmente entre os líderes”.

⁸⁰ “1 Salomão amou muitas mulheres estrangeiras. Além da filha do rei do Egito, ele casou com mulheres heteias e com mulheres dos países de Moabe, Amom, Edom e Sidom.

2 Casou com elas, mesmo sabendo que o Senhor Deus havia ordenado aos israelitas que não casassem com mulheres estrangeiras porque elas fariam com que os corações deles se voltassem para outros deuses.

3 Salomão casou com setecentas princesas e também teve trezentas concubinas. Elas fizeram com que ele se afastasse de Deus”. (BÍBLIA SAGRADA NA LINGUAGEM DE HOJE. Disponível em <https://www.bible.com/pt/bible>. Acesso em 01/02/2018)

⁸¹ “13 Depois que saiu da cidade de Hebrom, Davi arranhou mais concubinas e esposas em Jerusalém e com elas teve mais filhos e filhas”. (BÍBLIA SAGRADA NA LINGUAGEM DE HOJE. Disponível em <https://www.bible.com/pt/bible>. Acesso em 01/02/2018)

⁸² BÍBLIA SAGRADA NA LINGUAGEM DE HOJE. Disponível em <https://www.bible.com/pt/bible>. Acesso em 01/02/2018

1 Sarai, a mulher de Abrão, não lhe tinha dado filhos. Ela possuía uma escrava egípcia, que se chamava Agar.

2 Um dia Sarai disse a Abrão:

— Já que o Senhor Deus não me deixa ter filhos, tenha relações com a minha escrava; talvez assim, por meio dela, eu possa ter filhos.

Abrão concordou com o plano de Sarai,

3 e assim ela lhe deu Agar para ser sua concubina. Isso aconteceu quando já fazia dez anos que Abrão estava morando em Canaã.

4 Abrão teve relações com Agar, e ela ficou grávida. Quando descobriu que estava grávida, Agar começou a olhar com desprezo para Sarai, a sua dona.

Também Jacó, neto de Abrão, teve duas mulheres, irmãs entre si, consoante relatado em Gênesis 29: 23-30⁸³

23 Mas naquela noite Labão pegou Leia e a entregou a Jacó, e ele teve relações com ela

....

25 Só na manhã seguinte Jacó descobriu que havia dormido com Leia. Por isso foi reclamar com Labão. Ele disse:

— Por que o senhor me fez uma coisa dessas? Eu trabalhei para ficar com Raquel. Por que foi que o senhor me enganou?

26 Labão respondeu:

— Aqui na nossa terra não é costume a filha mais moça casar antes da mais velha.

27 Espere até que termine a semana de festas do casamento. Aí, se você prometer que vai trabalhar para mim outros sete anos, eu lhe darei Raquel.

28 Jacó concordou, e, quando terminou a semana de festas do casamento de Leia, Labão lhe deu a sua filha Raquel como esposa

...

30 Jacó também teve relações com Raquel; e ele amava Raquel muito mais do que amava Leia. E ficou trabalhando para Labão mais sete anos.

Todos estes casos de relações poligâmicas trazidos na Bíblia e o destaque dos protagonistas justificam o entendimento de alguns de que a poligamia é albergada na “Palavra de Deus”. Tal fato, no entanto, é veementemente contestado tanto por Católicos quanto por protestantes.

O que dizem estes Cristãos é que os casos poligâmicos não eram da vontade de Deus. Os homens que os protagonizaram eram, como todos os

⁸³ BÍBLIA SAGRADA NA LINGUAGEM DE HOJE. Disponível em <https://www.bible.com/pt/bible>. Acesso em 01/02/2018

outros, falíveis e pecadores. Dizem, assim, que eles estavam em pecado ao viver a poligamia.

Para sustentar a proibição doutrinária da poligamia, os Católicos e Protestantes usam também a Bíblia, mais especificamente o Novo Testamento. Dizem que em vários trechos da “Palavra de Deus” fica claro que somente a relação monogâmica é admitida por Deus.

Como fonte deste entendimento monogâmico, trazem os Católicos e Protestantes, por exemplo, o disposto em I Timóteo 3:2⁸⁴, I Timóteo 3:12⁸⁵ e Tito 1:5-6⁸⁶, que apregoam que aqueles que pretendem ser Ministros da Palavra, líderes da igreja, devem ser homens de uma mulher só.

No Concílio de Trento, em 1563, a Igreja Católica já se opunha fortemente à poligamia, declarando no Canon II da Doutrina sobre o Sacramento do Matrimônio que “se alguém disser que é lícito aos cristãos ter ao mesmo tempo muitas mulheres, e que isto não está proibido por nenhuma lei divina, seja excomungado.” ⁸⁷

O Catecismo da Igreja Católica, em seu parágrafo 2.387⁸⁸, clara e textualmente diz que

⁸⁴ “2 O bispo deve ser um homem que ninguém possa culpar de nada. Deve ter somente uma esposa, ser moderado, prudente e simples. Deve estar disposto a hospedar esposas na sua casa e ter capacidade para ensinar”. (BÍBLIA SAGRADA NA LINGUAGEM DE HOJE. Disponível em <https://www.bible.com/pt/bible>. Acesso em 01/02/2018)

⁸⁵ “12 O diácono deve ter somente uma esposa e ser capaz de governar bem os seus filhos e toda a sua família”. (BÍBLIA SAGRADA NA LINGUAGEM DE HOJE. Disponível em <https://www.bible.com/pt/bible>. Acesso em 01/02/2018)

⁸⁶ “5 Eu o deixei na ilha de Creta para que você pusesse em ordem o que ainda faltava fazer e para nomear em cada cidade os presbíteros das igrejas. Lembre das minhas ordens: 6 O presbítero deve ser um homem que ninguém possa culpar de nada; deve ter somente uma esposa; os seus filhos devem ser cristãos e não ter fama de maus ou desobedientes”. (BÍBLIA SAGRADA NA LINGUAGEM DE HOJE. Disponível em <https://www.bible.com/pt/bible>. Acesso em 01/02/2018)

⁸⁷ AGNUS DEI. **Concílio Ecumênico de Trento.** Disponível em < <http://agnusdei.50webs.com/trento29.htm>>. Acesso em 30/01/2018

⁸⁸ LA SANTA SEDE. **Catecismo da Igreja Católica.** Disponível em < http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p3s2cap2_2196-2557_po.html>. Acesso em 24/01/2018

2387. É compreensível o drama daquele que, desejoso de se converter ao Evangelho, se vê obrigado a repudiar uma ou mais mulheres com quem partilhou anos de vida conjugal. Contudo, a poligamia não está de acordo com a lei moral. “Opõe-se radicalmente à comunhão conjugal: porque nega, de modo directo, o desígnio de Deus, tal como nos foi revelado no princípio e é contrária à igual dignidade pessoal da mulher e do homem, os quais, no matrimónio, se dão um ao outro num amor total que, por isso mesmo, é único e exclusivo” (140). O cristão que anteriormente foi polígamo é gravemente obrigado, por justiça, a honrar as obrigações contraídas para com as suas antigas mulheres e respectivos filhos.

Bem se vê, pois, que os Cristãos Católicos e Protestantes são contrários à prática da Poligamia.

1.2.3.1.2 Mórmons

Os Mórmons são os membros da “Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias”, uma religião surgida nos Estados Unidos em 1830 com apenas seis pessoas em uma cabana de madeira ao norte de Nova York e que hoje conta com milhões de seguidores em todo mundo.⁸⁹

A Igreja dos Mórmons foi criada por Joseph Smith Jr. cuja história foi resumida em reportagem publicada em na Revista NewsWeek, em 2016, denominada “The Mormon Odyssey”⁹⁰

Joseph Smith Jr. was struggling. It was a spring day in 1820, in upstate New York--an era of fiery Protestant revivals and a region so seared by evangelical fervor that it was known as the "burned-over district." Smith was 14, from a family of small means but grandiose expectations. His grandfather prophesied that a family member would revolutionize the world of religion; his father had a series of prophetic dreams about his family's salvation; his aunt became a local celebrity by claiming that she had been healed by Jesus himself. And so it was natural that Smith would wonder about his own faith. His mother had just joined the Presbyterians; should he? Or should he stay outside the mainline churches the way his father had?

Turning to the family Bible, Smith came to a verse in James that struck him powerfully: "If any of you lack wisdom, let him ask of God... and it shall be

⁸⁹ IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Quem são os Mórmons?**. Disponível em <http://www.saladeimprensaormon.org.br/artigo/quem-sao-os-mormons>. Acesso em 19/01/2018

⁹⁰ NEWSWEEK. US Edition. **The Mormon Odyssey**. Disponível em <http://www.newsweek.com/mormon-odyssey-121109> . Acesso em 19/01/2018

given him." Inspired, Smith went into a grove of trees to pray. As he began, a dark force seized him--until, Smith said, God himself intervened. "At this moment of great alarm," Smith recalled, "I saw a pillar of light exactly over my head, above the brightness of the sun, which descended gradually until it fell upon me." God and Jesus appeared and delivered a startling message: he shouldn't join any of the churches of the world, for they had long ago fallen away from Christ's true Gospel.

This experience, known as the First Vision by Smith's followers, ultimately gave the world a new faith: Mormonism, or the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints, which now has more than 12 million members and, thanks to the vigorous missionary tradition started by Smith himself, is one of the fastest-growing Christian denominations in the United States.⁹¹

Os valores dos Mórmons são a moralidade, civilidade e família, semelhantes aos da maioria das religiões cristãs. Eles acreditam em Jesus Cristo com filho enviado de Deus e “creem na Bíblia Sagrada, tanto no Velho quanto no Novo Testamento. Além dela, usam outras escrituras, inclusive o Livro de Mórmon, que serve como outra testemunha do ministério de Cristo e Sua divindade”.⁹²

⁹¹ Tradução livre do autor: “Joseph Smith Jr. estava lutando. Foi um dia de primavera em 1820, no norte de Nova York - uma era de reminiscências protestantes e uma região tão atrapalhada pelo fervor evangélico que era conhecido como o “distrito queimado”. Smith tinha 14 anos, de uma família de meios pequenos, mas expectativas grandiosas. Seu avô profetizou que um membro da família revolucionaria o mundo da religião; seu pai teve uma série de sonhos proféticos sobre a salvação de sua família; sua tia tornou-se uma celebridade local alegando que ela havia sido curada pelo próprio Jesus. E então era natural que Smith se perguntasse sobre sua própria fé. Sua mãe acabou de se juntar aos presbiterianos; ele deveria? Ou ele deveria ficar fora das igrejas principais do jeito que seu pai tinha? Voltando-se à Bíblia familiar, Smith chegou a um versículo em Tiago que o atingiu poderosamente: “Se algum de vós tem falta de sabedoria, pergunte a Deus ... e lhe será dado”. Inspirado, Smith entrou em um bosque de árvores para orar. Quando ele começou, uma força negra o agarrou - até que, disse Smith, Deus interveio. “Neste momento de grande alarme”, lembrou Smith, “vi uma coluna de luz exatamente sobre minha cabeça, acima do brilho do sol, que desceu gradualmente até cair sobre mim”. Deus e Jesus apareceram e entregaram uma mensagem surpreendente: ele não deveria se juntar a nenhuma das igrejas do mundo, pois há muito tempo se afastaram do verdadeiro Evangelho de Cristo. Esta experiência, conhecida como a Primeira Visão pelos seguidores de Smith, finalmente deu ao mundo uma nova fé: o Mormonismo, ou a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, que agora tem mais de 12 milhões de membros e, graças à vigorosa tradição missionária iniciado pelo próprio Smith, é uma das denominações cristãs de mais rápido crescimento nos Estados Unidos.”

⁹² IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Quem são os Mórmons?**. Disponível em <http://www.saladeimprensaormon.org.br/artigo/quem-sao-os-mormons>. Acesso em 19/01/2018

O apelido “Mórmons” deriva do nome do anjo que teria revelado a Joseph Smith Jr. os escritos que constam no Livro dos Mórmons, conforme explica a reportagem do NewsWeek

Three years after his first vision, Smith reported that an angel named Moroni, an ancient prophet from the Americas, told him God wanted him to bring forth new scripture--a set of gold plates containing an account of Jesus during a post-resurrection visit to America as well as a history of an ancient Israelite people there. The plates were buried in a hill near Smith's house and were accompanied by a Urim and Thummim--stones attached to a breastplate that were supposed to help him translate the text from "reformed Egyptian," an unknown tongue, into English.

His translation, known as the Book of Mormon, gave the sect its nickname and brought him national attention...⁹³

Feito este breve apanhado de quem são os Mórmons, cabe analisar qual o seu entendimento acerca da Poligamia.

A questão é altamente polêmica nesta religião.

Já se disse acima que os livros Sagrados dos Mórmons são a Bíblia e o Livro dos Mórmons. Existem ainda duas outras fontes de doutrina desta religião.

Uma delas é a obra denominada “Pérola de Grande Valor”, que “é uma coletânea de escritos seletos que tratam de muitos aspectos significativos da fé e da doutrina de A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. Esses materiais foram traduzidos e produzidos pelo Profeta Joseph Smith e a maior parte foi publicada nos periódicos da Igreja da época”.⁹⁴

⁹³ Tradução livre do autor: “Três anos depois de sua primeira visão, Smith informou que um anjo chamado Moroni, um antigo profeta das Américas, disse-lhe que Deus queria que ele criasse novas escrituras - um conjunto de placas de ouro contendo um relato de Jesus durante uma visita pós-ressurreição para a América, bem como uma história de um antigo povo israelita lá. Os pratos foram enterrados em uma colina perto da casa de Smith e foram acompanhados por Urim e Thummim - pedras anexadas a um peitoral que deveriam ajudá-lo a traduzir o texto do "egípcio reformado", uma língua desconhecida, para o inglês. Sua tradução, conhecida como o Livro de Mórmon, deu à seita seu apelido e lhe trouxe atenção nacional...”

⁹⁴ IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Pérola de Grande Valor**. Disponível em < <https://www.lds.org/scriptures/pgp/introduction.html?lang=por>>. Acesso em 19/01/2018

Além dessas escrituras já citadas, o padrão de comportamento dos Mórmons é regulado também pelo que a igreja denomina Doutrinas e Convênios, que assim são conceituados

Doutrina e Convênios é uma coletânea de revelações divinas e declarações inspiradas, dadas para o estabelecimento e regulamentação do reino de Deus na Terra nos últimos dias. Embora a maioria das seções seja dirigida aos membros de A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, as mensagens, advertências e exortações são para benefício de toda a humanidade e convidam todas as pessoas de todos os lugares para ouvirem a voz do Senhor Jesus Cristo, falando-lhes para o seu bem-estar terreno e sua salvação eterna.

A maior parte das revelações desta coletânea foi recebida por intermédio de Joseph Smith Júnior, o primeiro profeta e presidente de A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. Outras foram dadas por meio de alguns de seus sucessores na Presidência. (Ver cabeçalhos de D&C135, 136 e 138, bem como Declarações Oficiais 1 e 2.)

O livro de Doutrina e Convênios é uma das obras-padrão da Igreja, ao lado da Bíblia Sagrada, do Livro de Mórmon e da Pérola de Grande Valor.⁹⁵

Pois bem. São nessas Doutrinas e Convênios que se encontram a regulação do que a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos últimos Dias chama de “Casamento Plural”.

De plano já se deixa claro que para os líderes da Igreja Mórmon tradicional a poligamia não é admitida já desde 1890.

De fato, neste ano o então Presidente da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos últimos Dias, Wilford Woodruff, emitiu o seguinte Manifesto⁹⁶, que foi aceito pela Igreja como oficial e obrigatório em 6 de outubro de 1890 e pôs fim à prática do casamento plural na Igreja

Notícias da imprensa, provenientes de Salt Lake City foram amplamente divulgadas com propósitos políticos, declarando que a Comissão de Utah, em seu recente relatório ao Ministro do Interior, alega que ainda se realizam casamentos plurais e que quarenta ou mais casamentos dessa ordem foram celebrados em Utah desde junho passado ou durante o

⁹⁵ IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Pérola de Grande Valor**. Disponível no site < <https://www.lds.org/scriptures/dc-testament/introduction.html?lang=por>>. Acesso em 19/01/2018

⁹⁶ IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **The Scriptures internet edicion**. Disponível em < <http://classic.scriptures.lds.org/pt/od/1>> Acesso em 29/01/2018

último ano; e também que em discursos públicos os líderes da Igreja ensinaram, incentivaram e estimularam a continuação da prática da poligamia —

Eu, portanto, como presidente de A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, pela presente e da maneira mais solene declaro serem falsas tais acusações. Nós não estamos ensinando poligamia, ou seja, casamento plural, nem permitindo que qualquer pessoa adote tal prática; e nego que quarenta ou qualquer outro número de casamentos plurais tenham sido celebrados durante esse período em nossos templos ou em qualquer outro lugar do Território.

Relatou-se um caso em que as partes declaram ter sido o casamento realizado na Casa de Investiduras, em Salt Lake City na primavera de 1889, mas não consegui descobrir quem realizou a cerimônia; o que quer que tenha sido feito nesta questão, foi sem meu conhecimento. Em consequência dessa alegada ocorrência, a Casa de Investiduras foi, por ordem minha, demolida sem demora.

Sendo que o Congresso promulgou leis proibindo o casamento plural, leis essas que foram pronunciadas constitucionais pelo tribunal de última instância, eu aqui declaro minha intenção de submeter-me a essas leis e de usar minha influência junto aos membros da Igreja que presido, para que eles façam o mesmo.

Nada há em meus ensinamentos à Igreja nem nos de meus companheiros, durante o tempo especificado, que se possa razoavelmente interpretar como imposição da poligamia ou estímulo a ela; e quando algum élder da Igreja usou palavras que pareciam transmitir tal ensinamento, foi prontamente repreendido. E agora declaro publicamente que meu conselho aos santos dos últimos dias é que se abstenham de celebrar casamentos proibidos pelas leis do país.

Wilford Woodruff

Presidente de A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos
Últimos Dias

Portanto, oficialmente, a Igreja Mórmon não admite o casamento plural. Mas nem sempre foi assim.

Como já se viu acima, as Doutrinas e Convênios são fontes de padrão de comportamento da Igreja Mórmon.

Pois bem.

A Seção 132, das Doutrinas e Convênios, que é uma “Revelação dada intermédio de Joseph Smith, o Profeta, em Nauvoo, Illinois, registrada em 12 de julho de 1843, com relação ao novo e eterno convênio, incluindo a eternidade do

convênio do casamento e também o princípio do casamento plural”⁹⁷ autorizou Joseph Smith Jr., fundador da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias a ser Polígamo, conforme colhe-se do teor dos itens 58-66 da referida Seção

58 Ora, no tocante à lei do sacerdócio, há muitas coisas referentes a ela.

59 Em verdade, se um homem for chamado por meu Pai, como o foi Aarão, pela minha própria voz e pela voz daquele que me enviou; e eu o tiver investido das chaves do poder desse sacerdócio, se ele fizer qualquer coisa em meu nome e de acordo com minha lei e por minha palavra, não cometerá pecado e justificá-lo-ei.

60 Que ninguém, portanto, censure meu servo Joseph, porque eu o justificarei; pois ele fará o sacrifício que exijo de suas mãos por suas transgressões, diz o Senhor teu Deus.

61 E também, no tocante à lei do sacerdócio: Se um homem desposar uma virgem e desejar desposar outra e a primeira der seu consentimento; e se ele desposar a segunda e elas forem virgens e não estiverem comprometidas com qualquer outro homem, então ele estará justificado; ele não pode cometer adultério, porque elas lhe foram dadas; pois ele não pode cometer adultério com o que lhe pertence e a ninguém mais.

62 E se dez virgens lhe forem dadas por essa lei, ele não estará cometendo adultério, porque elas lhe pertencem e lhe foram dadas; portanto, ele está justificado.

63 Mas se uma ou qualquer das dez virgens, depois de desposada, estiver com outro homem, terá cometido adultério e será destruída; porque elas lhe são dadas para multiplicar e encher a Terra, de acordo com meu mandamento, e para cumprir a promessa feita por meu Pai antes da fundação do mundo e para sua exaltação nos mundos eternos, a fim de gerar as almas dos homens; pois nisso se perpetua a obra de meu Pai, para que ele seja glorificado.

64 E também, em verdade, em verdade vos digo: Se um homem que possui as chaves desse poder tiver uma esposa e ensinar-lhe a lei do meu sacerdócio, no que concerne a essas coisas, ela deverá acreditar nele e apoiá-lo e ajudá-lo; caso contrário será destruída, diz o Senhor vosso Deus; pois eu a destruirei; pois magnificarei meu nome em todos os que recebem e guardam minha lei.

65 Portanto, ser-me-á lícito, se ela não aceitar esta lei, que ele receba todas as coisas que eu, o Senhor seu Deus, lhe der, porque ela não acreditou e não o apoiou de acordo com minha palavra; e ela então se torna a transgressora; e ele será isento da lei de Sara, que apoiou Abraão

⁹⁷ IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Doutrinas e Convênios.** Disponível em < <https://www.lds.org/scriptures/dc-testament/dc/132?lang=por>>. Acesso em 19/01/2018.

de acordo com a lei, quando ordenei que Abraão tomasse Agar como esposa.

66 E agora, no tocante a esta lei, em verdade, em verdade vos digo: Revelar-te-ei mais no futuro; portanto, que isto seja suficiente por agora. Eis que eu sou o Alfa e o Ômega. Amém.

A história de como foram escritas essas revelações encontra-se minuciosamente descrita na obra “The True Origin of Mormon Polygamy”, de Charles A. Shook, onde ele reproduz a narrativa de Élder William Clayton, que era o Secretário confidencial do Profeta Joseph Smith, e foi quem escreveu a revelação do casamento plural conforme ditado por ele em Salt Lake City, no dia 16 de fevereiro de 1874.⁹⁸

Élder William Clayton conta que Joseph Smith ditou-lhe a revelação que depois foi levada para que a primeira esposa do Profeta tivesse conhecimento, inclusive da condição do líder da Igreja dos Mórmons de Poligâmico, conforme colhe-se da obra citada no parágrafo anterior⁹⁹

Joseph and Hyrum then sat down and Joseph commenced to dictate the revelation on Celestial Marriage, and I wrote it, sentence by sentence, as he dictated. After the whole was written, Joseph asked me to read it through slowly and carefully, which I did, and he pronounced it correct. He then remarked that there was much more that he could write, on the same subject, but what was written was sufficient for the present.¹⁰⁰

Assim, dúvida alguma resta que o líder máximo e fundador da Igreja Mórmon praticou a poligamia com “autorização Divina”, revelada por ele próprio. Tal fato foi negado por muito tempo pelos Mórmons. Só há alguns anos atrás houve o reconhecimento oficial da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos

⁹⁸ SHOOK, Charles A. **The True Origin of Mormon Polygamy**. Cincinnati: The Standard Publishing Company. 1914. p. 82/85

⁹⁹ SHOOK, Charles A. **The True Origin of Mormon Polygamy**. Cincinnati: The Standard Publishing Company. 1914. p. 85

¹⁰⁰ Tradução livre do autor: “Joseph e Hyrum sentaram-se e Joseph começou a ditar a revelação no Casamento Celestial, e escrevi, sentença por sentença, como ele ditou. Depois que o todo foi escrito, Joseph pediu-me para lê-lo devagar e com cuidado, o que Eu fiz, e ele declarou isso correto. Ele então observou que havia muito mais que ele poderia escrever, sobre o mesmo assunto, mas o que foi escrito foi suficiente para o presente”.

dias de que alguns de seus líderes máximos – incluindo o fundador – eram poligâmicos, conforme reportagem da agência Reuters.¹⁰¹

Aliás, estes casamentos plurais e a Seção 132 citada anteriormente são a base para que os fundamentalistas Mórmons, ainda hoje, admitam o casamento plural na doutrina da igreja, contrariamente ao que líderes legalmente instituídos dos Mórmons tradicionais pregam.

O fundamentalismo Mórmon¹⁰²

...denotes the beliefs and practices of contemporary schismatic groups that claim to follow all the teachings of the Prophet Joseph Smith. They often style themselves believers in the "fulness of the gospel," which they assert must include plural marriage and sometimes the United Order.

The Fundamentalist movement began after the issuance of the Manifesto of 1890, which publicly declared an official end to plural marriage in The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints. The period from 1890 to 1904 was one of confusion for some over the application and extent of the ban on new plural marriages in the Church. For example, since the Manifesto referred to "marriages violative of the law of the land," some felt the prohibition did not apply outside the United States. In 1904 the Manifesto was therefore officially and publicly proclaimed to be worldwide in jurisdiction and overall scope.

Following this second pronouncement, unyielding Fundamentalists continued to hold that God requires all "true" believers to abide by the principle of polygamy, irrespective of Church mandate. This insistence has separated Fundamentalists from mainstream Mormonism. In the 1920s, Lorin C. Woolley of Centerville, Utah, claimed God had authorized him to perpetuate plural marriage, saying he received this commission while a young man in 1886 through the ministration of Jesus Christ, John Taylor, and Joseph Smith. His assertion further polarized the Fundamentalists and the Church.¹⁰³

¹⁰¹ UNIVERSO ON LINE. **Igreja Mórmon recua e confirma de seu fundador teve cerca de 40 esposas.** Disponível em <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2014/11/11/igreja-mormon-admite-que-fundador-joseph-smith-teve-cerca-de-40-esposas.htm>. Acesso em 19/01/2018.

¹⁰² ENCYCLOPEDIA OF MORMONISM. **Fundamentalists.** Disponível em < <http://eom.byu.edu/index.php/%22Fundamentalists%22> >. Acesso em 19/01/2018

¹⁰³ Tradução livre do autor: "...denota as crenças e práticas de grupos cismáticos contemporâneos que afirmam seguir todos os ensinamentos do Profeta Joseph Smith. Muitas vezes eles se autodenominam crentes na "plenitude do evangelho", que afirmam que devem incluir o casamento plural e às vezes a Ordem Unida. O movimento fundamentalista começou após a emissão do Manifesto de 1890, que declarou publicamente um fim oficial do casamento plural na Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. O período de 1890 a 1904 foi de confusão para alguns sobre a aplicação e extensão da proibição de novos casamentos plurais na Igreja. Por exemplo, como o Manifesto se referia a "casamentos violatórios da lei da terra", alguns

Portanto, vê-se, com clareza, que há forte dissensão entre os Mórmons tradicionais e fundamentalistas. Para os primeiros a poligamia é proibida e só ocorreu para alguns líderes, inclusive o fundador, porque autorizados por Deus através de revelações. Para os últimos (fundamentalistas) a prática ainda é permitida pois estes desconsideram as modificações na doutrina original de Joseph Smith Jr.

Interessante observar que essa discussão, apesar de iniciada em 1890, é absolutamente atual.

Em 2014 um Juiz americano do Estado de Utha considerou inconstitucional a proibição da Poligamia dos Mórmons daquela localidade, conforme se colhe de reportagem publicada no Jornal El País

Os mórmons que praticam a poligamia em Utah conquistaram uma importante vitória legal na quarta-feira, quando um juiz federal deu razão para uma conhecida família em seu litígio contra o Estado. As leis de Utah proíbem o matrimônio múltiplo e também a coabitação. Esta segunda parte é inconstitucional, segundo o juiz Clark Waddoups. A decisão legaliza de fato a poligamia no Estado, desde que não exista matrimônio legal. Os mórmons podem viver com quantas mulheres quiserem, mas não casarem-se formalmente.¹⁰⁴

Os Mórmons Fundamentalistas reclamam perseguição religiosa quando são confrontados em relação à sua Poligamia. Mas a verdade é que há fortes resistências em relação às comunidades poligâmicas Mórmons, sobretudo pelas acusações de estupro contra seus membros. A propósito, um dos líderes máximo

sentiram que a proibição não se aplicava fora dos Estados Unidos. Em 1904, o Manifesto foi oficialmente e publicamente proclamado mundialmente em jurisdição e alcance geral. Na sequência deste segundo pronunciamento, os fundamentalistas inflexíveis continuaram a sustentar que Deus exige que todos os crentes "verdadeiros" respeitem o princípio da poligamia, independentemente do mandato da Igreja. Essa insistência separou os fundamentalistas do Mormonismo dominante. Na década de 1920, Lorin C. Woolley, de Centerville, Utah, afirmou que Deus o autorizou a perpetuar o casamento plural, dizendo que recebeu esta comissão enquanto jovem em 1886 através do ministério de Jesus Cristo, John Taylor e Joseph Smith. Sua afirmação polarizou ainda mais os fundamentalistas e a Igreja".

¹⁰⁴ EL PAIS. **Um juiz legaliza parcialmente a poligamia no Estado de Utah**. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/28/sociedad/1409249720_122802.html> Acesso em 19/01/2018

dessa igreja Mórmon Fundamentalista encontra-se cumprindo pena de prisão perpétua por tais crimes.¹⁰⁵

Concluindo: a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias tradicional não aceita mais a prática Poligâmica, não obstante seu fundador e profeta maior, Joseph Smith Jr., ter tido casamentos plurais com mais de 40 mulheres, incluindo adolescentes de 14 anos. De outro lado, os Mórmons Fundamentalistas aceitam e praticam até hoje a Poligamia, estimando-se que sejam mais de 38.000 os membros com casamentos plurais somente em Utah, nos Estados Unidos.¹⁰⁶

1.2.3.2 Lei Islâmica x Lei dos Países Islâmicos

Muito se falará, até o fim deste trabalho, acerca dos Muçulmanos, visto que a maioria dos povos poligâmicos mora em regiões de maioria Muçulmana.

Assim, para que se tenha a perfeita compreensão do que se tratará doravante, imprescindível traçar alguns parágrafos sobre as diferenças e semelhanças entre o Direito Islâmico (ou Direito Muçulmano) e o Direito dos países Islâmicos, que são categorias que se aproximam, mas não se confundem.

Adverte-se, no entanto, que o Islã é uma religião por demais complexa no que toca à interpretação das regras que regem os seus seguidores. Elas podem variar, por exemplo, se os adeptos seguirem linhas diversas (como ocorre com os Sunitas e os Xiitas). Assim, o que se fara é uma breve e superficial análise desse sistema, já que o aprofundamento não se mostra necessário para o estrito âmbito de análise deste trabalho, que se limita a questão da poligamia.

¹⁰⁵ REVISTA ROLLING STONES. **Maior comunidade poligâmica dos EUA é comandada da cadeia por homem que, aos poucos, institui uma guerra civil.** Disponível em <http://m.rollingstone.uol.com.br/noticia/maior-comunidade-poligamica-dos-eua-e-comandada-da-cadeia-por-homem-que-aos-poucos-institui-uma-guerra-civil/#imagem0>. Acesso em 19/01/2018.

¹⁰⁶ EL PAIS. **Um juiz legaliza parcialmente a poligamia no Estado de Utah.** Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/28/sociedad/1409249720_122802.html> Acesso em 19/01/2018

Desde já é bom deixar claro que muçulmano é o “nome dado aos seguidores do Islã, isso é, aquele que se submete de forma espontânea a Alá (Allah) e reconhece Maomé (Muhammad) como seu profeta”¹⁰⁷. O livro sagrado dos Muçulmanos é o Alcorão. Conforme Samir El Hayek¹⁰⁸

O Alcorão é a palavra de Deus, revelada a Mohammad, desde a Surata¹⁰⁹ da Abertura até a Surata dos Humanos, constituindo o derradeiro dos livros revelados à humanidade. Ele encerra, em sua totalidade, diversificadas nuances, tais como: a felicidade, a reforma entre os homens, a concórdia no presente e no futuro; ele foi revelado, versículo por versículo, surata por surata, de acordo com as situações e os acontecimentos, no decorrer dos vinte e três últimos anos da vida do Profeta Mohammad. Uma parte foi revelada antes da Hégira, em Makka, e outra depois, em Madina. Os versículos e as suratas revelados em Makka abrangem as normas da crença em Deus, em Seus Anjos, em Seus Livros, em Seus mensageiros e no Dia do Juízo Final. Os versículos e as suratas revelados em Madina dizem respeito aos rituais e à jurisprudência.

O conjunto de regras que compõem o Direito Islâmico é denominado de Sharia, que textualmente significa o “caminho a seguir”.

Artigo publicado no site Iqaraislam.com¹¹⁰ explica

O significado linguístico da palavra Shariah é uma fonte inesgotável de água, na qual as pessoas satisfazem sua sede. O significado então de Shariah é que as leis islâmicas são efetivamente um guia para a vida correta. Como a água é um fundamento básico da vida, e as leis islâmicas são um código essencial para a vida humana.

A Shariah é composta pelas leis derivadas das fontes legisladoras do Islã. Estas leis não são limitadas somente para áreas sobre o divórcio e casamento, como é comum pensar. As leis islâmicas cobrem todas as ações efetuadas por um indivíduo ou sociedade.

A Sharia, portanto, são as regras que regulam um conjunto de crenças, práticas e valores seguidos pelos Muçulmanos. Essas regras são extraídas

¹⁰⁷ COSTA, Jéssica Pereira da. **O Islã, os muçulmanos e seus conceitos**. Vocabulário de conceitos para o estudo do Islã e dos muçulmanos. Caxias do Sul:UCS, 2016. P. 38

¹⁰⁸ HAYEK, Samir El. **O Alcorão Sagrado**. Ebook. Disponível em < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>> . Acesso em 28/08/2019

¹⁰⁹ Surata é o nome dado a cada capítulo do alcorão.

¹¹⁰ IQARAISLAM.COM. **Introdução Básica ao Usul Al Fiqh** - Termos Básicos em Jurisprudência Islâmica. Disponível em < <https://iqaraislam.com/introducao-basica-ao-usul-al-fiqh-termos-basicos-em-jurisprudencia-islamica/>> . Acesso em 28/08/2019

sobretudo do Alcorão e também da Sunnah, mas também podem ser baseadas, por exemplo, no Ijtihad, que são as resoluções dos sábios e juristas.

A Sunnah é assim conceituada¹¹¹

The traditional actions and sayings of the prophet Muhammad are called Sunnah (Arabic). Literally, it means “trodden path”, and therefore, the sunnah of the prophet means “the way of the prophet”. ‘Sunnah’ in Sunni Islam means those religious actions, customs and sayings that were instituted or done by Muhammad during his lifetime, according to the consensus of companions of Muhammad (Sahaba, meaning “friends”), and further through generation-to-generation transmission. According to some opinions, sunnah consists of those religious actions that were initiated by Abraham and were only revived by Muhammad.¹¹²

O Direito Islâmico, portanto, é baseado na Sharia e, como se frisou anteriormente, tem a complexidade como uma de suas características, como adverte Maurizio Oliviero¹¹³

L'Islam contiene in sé da una parte una teologia, che fissa i dogmi e stabilisce ciò che il musulmano deve credere e, d'altra parte, un settore, la shari'a, che prescrive ai credenti ciò che devono o non devono fare. La shari'a, cioè “la strada da seguire”, costituisce ciò che si suole chiamare diritto musulmano. La concezione che regna nell'Islam tradizionale è quella di una società essenzialmente teocratica, in cui lo Stato ha valore soltanto in quanto servitore della religione rivelata. Invece di proclamare semplicemente una serie di principi morali e di dogmi, lasciando alla comunità musulmana (umma) di conformarvi il loro diritto, i giuristi ed i teologi musulmani hanno elaborato, sulla base della rivelazione divina, un diritto completo, dettagliato, quello della società ideale che “un giorno si costituirà in un mondo totalmente soggetto alla religione islâmica”.

¹¹¹ Encyclopedia of the Middle East. **Sunnah**. Disponível em < <http://www.mideastweb.org/Middle-East-Encyclopedia/sunnah.htm> > Acesso em 28/08/2019

¹¹² Tradução livre do autor: “As ações tradicionais e ditos do profeta **Maomé** são chamados Sunnah (árabe). Literalmente, significa “caminho trilhado” e, portanto, a sunnah do profeta significa “o caminho do profeta”. ‘Sunnah’ no Islã sunita significa aquelas ações religiosas, costumes e ditos que foram instituídos ou feitos por Maomé durante sua vida, de acordo com o consenso de companheiros de Muhammad (Sahaba, significando “amigos”), e transmitidas de geração a geração. Segundo algumas opiniões, sunnah consiste naquelas ações religiosas que foram iniciadas por Abraham e foram revividas somente por Maomé”.

¹¹³ OLIVIERO, Maurizio. **Il Costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Magherb. Com traduzione dei testi vigente. Milano:Giuffrè, 2003, p. 44.

Come è stato correttamente sostenuto, il diritto musulmano rappresenta "l'epitome del vero spirito musulmano, l'espressione più decisiva del pensiero islamico, il nucleo essenziale del- l'Islam".¹¹⁴

O Direito Islâmico, de fato, tem base eminentemente teológica. As regras a serem seguidas pelos muçulmanos – já se disse – são as preconizadas na Sharia. Como ressalta Jéssica Pereira da Costa, “ser muçulmano consiste em estar coeso a uma série de práticas, obrigações e regras morais estabelecidas pelos ensinamentos do profeta, que é visto como modelo a ser seguido”¹¹⁵.

Marcelo Rodrigues¹¹⁶ lembra, neste sentido, que no Direito Muçulmano “há uma íntima relação entre o direito e a religião. Pode-se ousar dizer que o Islã é o direito dos muçulmanos já que, de um lado, define no que se deve crer e, do outro, define o que o muçulmano deve fazer ou não fazer”.

E, mais adiante, ressalta¹¹⁷

O direito muçulmano não engloba apenas os deveres e direitos da vida civil, mas também os da vida religiosa. Trata-se de um regramento que rege o comportamento do homem, não como cidadão, mas como um ser de Deus. Para o muçulmano, a verdadeira sanção por infringir uma regra é o pecado e suas consequências.

¹¹⁴ Tradução livre do autor: “O Islã, por um lado, contém uma teologia que fixa dogmas e estabelece o que o muçulmano deve acreditar e, por outro lado, um setor, a sharia, que prescreve aos crentes o que eles devem ou não devem fazer. O shari’a, que é ‘o caminho a seguir’, constitui o que é usualmente chamado de lei muçulmana. A concepção que reina no Islã tradicional é a de uma sociedade essencialmente teocrática, na qual o Estado tem valor apenas como um servo da religião revelada. Ao invés de simplesmente proclamar uma série de princípios morais e dogmas, deixando a comunidade muçulmana (umma) conformar seu direito a eles, juristas e teólogos muçulmanos elaboraram, com base na revelação divina, um direito completo e detalhado, o da sociedade ideal que “um dia se estabeleça em um mundo totalmente sujeito à religião islâmica”. Como foi corretamente argumentado, a lei muçulmana representa ‘o epítome do verdadeiro espírito muçulmano, a expressão mais decisiva do pensamento islâmico, o núcleo essencial do Islã’ “.

¹¹⁵ COSTA, Jéssica Pereira da. **O Islã, os muçulmanos e seus conceitos**. Vocabulário de conceitos para o estudo do Islã e dos muçulmanos. Caxias do Sul:UCS, 2016. P. 38

¹¹⁶ RODRIGUES, Marcelo. **Considerações a respeito do Direito Muçulmano**. Disponível em <https://marcelorodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/188321480/consideracoes-a-respeito-do-direito-muculmano?ref=topic_feed>. Acesso em 30/08/2019

¹¹⁷ RODRIGUES, Marcelo. **Considerações a respeito do Direito Muçulmano**. Disponível em <https://marcelorodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/188321480/consideracoes-a-respeito-do-direito-muculmano?ref=topic_feed>. Acesso em 30/08/2019

O Direito Muçulmano não se confunde com Direito Canônico, não obstante ambos terem origem religiosa. É que

O regramento muçulmano é imutável e advém dos preceitos de Deus (Alá) o que o difere do direito canônico. Ambos são originários de teologias, mas não devem ser confundidos já que o direito canônico foi criado por homens, pode ser mudado pelos mesmos, não impõe sanções religiosas e advindas do outro mundo e constitui um complemento ao direito romano-germânico onde este é omissos com relação à Igreja.¹¹⁸

O Direito Islâmico, fácil concluir pelo que se viu acima, que tem sob suas rigorosas normas os Muçulmanos, onde quer que se encontrem, como explica Salem Hikmat Nasser¹¹⁹ ao dizer que “a sharia é dirigida a todos os muçulmanos significa essencialmente que, a partir da perspectiva do direito islâmico, Deus não conhece as fronteiras criadas pelos homens, mesmo que essas fronteiras possam afetar a forma como a espécie humana vai interpretar a vontade divina”.

Mas como ficam então as leis dos países de maioria Islâmica? Será que também, em relação ao Estado, prevalece o Direito puramente islâmico, baseado na Sharia? A resposta, curiosamente, é sim e não.

Se, por um lado, é certo que as leis dos países de maioria Muçulmana (como são os países Árabes¹²⁰, por exemplo), tem forte influência no próprio Direito Islâmico, representado pela Sharia, não menos certo é que a necessidade de regulação de um direito também para as minorias e a leve tendência à “ocidentalização” dos Estados levou muitos países de maioria islâmica a flexibilizar, de certa forma, as severas normas previstas na Sharia.

Como preconiza Salem Nasser¹²¹

¹¹⁸ RODRIGUES, Marcelo. **Considerações a respeito do Direito Muçulmano**. Disponível em <https://marcelorodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/188321480/consideracoes-a-respeito-do-direito-muculmano?ref=topic_feed>. Acesso em 30/08/2019

¹¹⁹ NASSER, Salem Hikmat. **Direito Islâmico e direito internacional: os termos de uma relação**. In Revista de Direito GV, Volume 8, São Paulo, p. 725-744 | JUL-DEZ 2012

¹²⁰ Remete-se o leitor, para o aprofundamento do tema, à obra: OLIVIERO, Maurizio. **II Costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Magherb. Com traduzione dei testi vigente. Milano:Giuffrè, 2003

¹²¹ NASSER, Salem Hikmat. **Direito Islâmico e direito internacional: os termos de uma relação**. In Revista de Direito GV, Volume 8, São Paulo, p. 725-744 | JUL-DEZ 2012

Inquirir sobre a extensão em que o direito islâmico é, na realidade, chamado a regular a vida dos indivíduos e das comunidades é uma investigação sobre o lugar que os vários Estados e seus sistemas jurídicos reservam para a sharia. Em outras palavras, potencialmente, a não ser que o Estado considere ser o direito islâmico todo o seu direito ou, ao contrário, negue qualquer lugar ao direito islâmico, será necessário pensar as possíveis relações entre dois sistemas jurídicos de naturezas diversas.

O que se observa é que, quando a Sharia é usada como fonte do Direito Estatal, sempre haverá espaço para perdas das imutáveis regras do Direito Islâmico propriamente dito (que é o aplicado além das fronteiras, como se viu acima), visto que ela fica sujeita à interpretação dos homens ou, em sentido técnico, dos legisladores.

Essa realidade foi bem retratada por Nasser¹²² quando afirma que

O que não pode ser ignorado, no entanto, é que, não importando quão relevante o lugar dado por sistemas jurídicos ao direito islâmico como uma fonte, a sharia perde a primazia que, na sua própria perspectiva, deveria ter. Ela é então dependente do poder do Estado e do seu direito, que escolhe entre as regras do direito islâmico aquelas consideradas adequadas para regular as relações sociais no território do Estado, e interpreta as normas da sharia de acordo com os princípios, técnicas e instituições que não são os do próprio direito islâmico. O direito islâmico, depois de sofrer uma primeira “descida à terra”, quando a vontade divina é interpretada pelo elemento humano, sofre uma segunda queda uma vez que é reduzido aos espaços reservados a ele pela vontade legisladora do Estado. Quando fonte de direito estatal, a sharia é mais marcadamente o produto da ação humana, já que é fragmentada e instrumentalizada.

Como se disse anteriormente, não se pretende adentrar com minúcias neste trabalho acerca da questão da aplicação das regras de Direito Islâmico nos Estados. O que se pretendeu, neste ponto, foi apenas mostrar que Direito Islâmico (de fonte unicamente divina) e Direito dos Países Islâmicos são coisas que não se confundem. Isto ficará ainda mais claro quando se apreciar a legislação de alguns países de maioria muçulmana no tocante especificamente aos casamentos poligâmicos.

¹²² NASSER, Salem Hikmat. **Direito Islâmico e direito internacional: os termos de uma relação.** In Revista de Direito GV, Volume 8, São Paulo, p. 725-744 | JUL-DEZ 2012

1.2.3.2.1 Islamismo

O islamismo aceita textualmente a poliginia, ou seja, a relação poligâmica do homem. Para o Islã, tal prática é legitimada e por isso não pode ser taxada de indecente.

Abu Ameenah Bilal Philips e Jameelah Jones¹²³ alertam que

Allah is has already instructed Muslims in no uncertain terms not to make unlawful that which He has made lawful. Thus it is not fitting that those who choose to follow the Prophet's Sunnah be condemned for availing themselves of an option given to them by Allah. Polygyny is not a decadent or indecent relationship but a valid part of the marriage system of Islam.¹²⁴

De fato, o Alcorão, livro sagrado do Islã, preceitua que

“... podereis desposar duas, três ou quatro das que vos aprouver, entre as mulheres. Mas, se temerdes não poder ser equitativos para com elas, casai, então, com uma só.” (Alcorão 4:3)

Fácil perceber, portanto, que a Poliginia permitida no Alcorão é condicional.

Primeiro porque o número de esposas é limitado a quatro. Segundo porque somente pode ter quatro esposas aquele que tiver condições de trata-las com absoluta equidade. Se esta condição não tiver como ser cumprida, o Alcorão determina que se case o homem com uma só esposa.

Neste sentido

O Alcorão limitou em quatro o número máximo de esposas. No início do Islã aqueles que tinham mais de quatro esposas na época de abraçar a religião tiveram que divorciar as esposas extras. O Islã também reformou a instituição da poligamia ao exigir tratamento igual para todas as esposas. Não é permitido ao muçulmano diferenciar entre suas esposas em relação ao sustento e despesas, tempo dedicado e outras obrigações dos maridos. O Islã não permite que um homem se case com outra

¹²³ PHILIPS, Abu Ameenah Bilal. JONES, Jameelah. **Polygamy in Islam**. Riyadh:IIIPH, 2005. p. 44

¹²⁴ Tradução livre do autor: “Allah já instruiu os muçulmanos em termos inequívocos a não fazer ilegal o que Ele legitima. Assim, não é apropriado que aqueles que escolhem seguir a Sunnah do Profeta sejam condenados por aproveitar-se de uma opção dada a eles por Deus. Poliginia não é um relacionamento decadente ou indecente, mas uma parte válida do sistema de casamento do Islã.”

mulher se não for justo em seu tratamento. O Profeta Muhammad proibiu a discriminação entre as esposas ou entre os filhos tidos com elas.¹²⁵

Além de ter limitação quantitativa e exigir paridade de tratamento, o poliginia na religião islâmica exige, na teoria, a concordância da mulher em casar com o homem poligâmico.

De fato, “o casamento e a poligamia, no Islã são uma questão de consentimento mútuo. Ninguém pode forçar uma mulher a casar com um homem casado. O Islã simplesmente permite a poligamia, não a força e nem a exige. Uma mulher também pode estipular que o seu marido não se case com outra mulher em seu contrato pré-nupcial”.¹²⁶

Como se viu, o consentimento da mulher é relevante ao ponto de se poder inserir no pacto antenupcial uma cláusula de proibição de poligamia. Neste sentido colhe-se do site islanitalia.com¹²⁷

L'Islam, nella sua interpretazione più coerente ai giorni d'oggi, ha concesso alla moglie (o al suo tutore matrimoniale – *walī*) il diritto di stipulare nel contratto di matrimonio (*‘aqd*) la clausola di non avere alcuna co-sposa. Se la moglie fa inserire nel contratto (in accordo con il marito) la clausola di non avere altre mogli, tale condizione sarà valida e dovrà essere rispettata.

La moglie avrà, così, il diritto di annullare il matrimonio nel caso in cui il marito non rispetti la parola data. Su questo concordano studiosi dell'Islam originario come *Imam Ahmad ibn Hanbal* (m.855), così come di *Ibn Taymiyya* (m.1328) e di *Ibn Qayyim al-Jawziyya* (m.1350).¹²⁸

¹²⁵ THE RELIGION OF ISLAM. **Introdução à Poligamia no Islã.** Disponível em < <https://www.islamreligion.com/pt/articles/325/introducao-a-poligamia-no-islã/>>. Acesso em 18/01/2018

¹²⁶ THE RELIGION OF ISLAM. **Introdução à Poligamia no Islã.** Disponível em < <https://www.islamreligion.com/pt/articles/325/introducao-a-poligamia-no-islã/>>. Acesso em 18/01/2018

¹²⁷ ISLAM ITALIA. **La questione della poligamia/poliginia nell'Islam - Poligamia e ordinamento italiano e marocchino.** Disponível em < <http://www.islamitalia.it/religione/poligamia.html> > . Acesso em 18/01/2018

¹²⁸ Tradução livre do autor: “O islamismo, em sua interpretação mais coerente até hoje, concedeu à esposa (ou a seu guardião matrimonial - *walī*) o direito de estipular no contrato de casamento (*aqd*) a cláusula de não ter co-esposo. Se a esposa entrar no contrato (de acordo com o marido), a cláusula de não ter outras esposas, esta condição será válida e deve ser respeitada. Assim, a esposa terá o direito de cancelar o casamento no caso de o marido não respeitar a

Claro que esta possibilidade de vetar outro casamento do marido pode, na prática, não ser a solução do problema da mulher islâmica, como adverte Asifa Quraishi-Landes¹²⁹, em artigo publicado na obra “Feminis, Law ad Religion”¹³⁰, onde ressalta que

In other words, it may be dangerous to emphasize only the woman-empowering aspects of established islamic law without adequately warning that many of these rules come with not-so-empowering side effects and caveats. By not telling the whole story, this approach runs the risk of leaving muslim women vulnerable to unexpected consequences when the rest of the law comes into play. For example, many of the stipulations that a Muslin woman might include in her marriage contract are enforceable only in the hanbali school of law. And even when a stipulation is recognized as valid, many schools offer very limited relief for its breach - and very rarely is it specific performance. thus, in most schools of islamic law, a marriage contract stipulation that a husband will remain monogamous does not entitle a wife to end her husband's marriage to a co-wife, but rather, it only gives her grounds for divorce in the event that this happens. Having a freedom to choose between divorce and polygamy is, of course, not a meaningful choice for most women, and is especially shocking to those who believe they have protected themselves against such a predicament in their marriage contract.¹³¹

palavra dada. Isto é o que os estudiosos do Islam original como *Imam Ahmad ibn Hanbal* (m.855) concordam, bem como *Ibn Taymiyya* (m.1328) e *Ibn Qayyim al-Jawziyya* (m.1350). ”

¹²⁹ Asifa Quraishi-Landes é Professora Associada de Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin em Madison, Wisconsin. Ela é especialista em leis comparativas islâmicas e constitucionais dos Estados Unidos, com foco em pesquisa sobre a moderna teoria constitucional islâmica e Sharia na América.

¹³⁰ Quraishi-Landes, Asifa. **A Meditation on *Mahr*, Modernity, and Muslim Marriage Contract Law**. In *Feminism, Law ad Religion*/ by Marie A. Failing, Elizabeth R. Schilz, and Susan J. Stabile. England: Ashgate. P. 177

¹³¹ Tradução livre do autor: “Em outras palavras, pode ser perigoso enfatizar apenas os aspectos empoderando-se da mulher da lei islâmica estabelecida, sem aviso prévio de que muitas dessas regras vêm com efeitos colaterais e ressalvas não tão importantes. Ao não contar toda a história, essa abordagem corre o risco de deixar as mulheres muçulmanas vulneráveis a consequências inesperadas quando o resto da lei entra em jogo. Por exemplo, muitas das estipulações que uma mulher de Muslin pode incluir em seu contrato de casamento são executórias apenas na escola de lei hanbali. E mesmo quando uma estipulação é reconhecida como válida, muitas escolas oferecem alívio muito limitado por sua violação - e muito raramente é desempenho específico. assim, na maioria das escolas de direito islâmico, uma estipulação do contrato de casamento que um marido permanecerá monogâmico não dá direito a enfrentar o casamento de seu marido com uma co-esposa, mas sim apenas justifica o divórcio se este acontece. Ter uma liberdade para escolher entre o divórcio e a poligamia é, naturalmente, não é uma escolha significativa para a maioria das mulheres, e é especialmente chocante para aqueles que conseguiram se proteger contra uma situação tão difícil em seu contrato de casamento”.

Importante destacar que o casamento, para os islâmicos, diferente do que ocorre, por exemplo, para a igreja católica, não é um sacramento. Na verdade, o casamento islâmico tem mais feições contratuais, o que permite inserir a cláusula de não poligamia exposta no parágrafo anterior.

Neste sentido, Agostino Cilardo e Francesco Mennillo¹³², explicam o processo de início e conclusão do contrato de casamento Islamico

Quando un uomo vuole sposare una donna, la chiede in matrimonio ai suoi genitori o tutori oppure a lei direttamente. Dal momento della proposta di matrimonio (hitta), nessun altro uomo può avanzare analoga richiesta, se la donna è disponibile ad accettare la prima proposta, i promessi sposi hanno concordato il dono nuziale e la donna ha eventualmente stipulato delle condizioni; viceversa, è possibile avanzare una nuova proposta di matrimonio se la prima proposta è stata rigettata. Generalmente è l'uomo che fa la richiesta. Tuttavia, anche una donna può avanzare una proposta di matrimonio ad un uomo o anche un uomo può proporre a un altro uomo il matrimonio della propria figlia sorella. Una volta che la proposta sia stata accettata, le parti si impegnano a concludere il contratto di matrimonio. Tuttavia, se il patto viene rotto nasce alcuna obbligazione della parte responsabile. infatti solo con il contratto di matrimonio che reciproci diritti e doveri.

Il promesso sposo può vedere la donna prima della conclusione del contratto. In particolare può vederne la faccia e le mani. Il matrimonio è un mero contratto civile teso a regolare i rapporti tra i sessi. La sua validità dipende dagli elementi necessari alla essenza di un qualsiasi negozio consensuale (soggetti, formazione del consenso, espressione del consenso, oggetto). A questi quattro elementi se ne aggiungono due peculiari del contratto di matrimonio l'intervento di un curatore matrimoniale (wali) e la fissazione nel contratto di un dono nuziale (mahr).¹³³

¹³² CILARDO, Agostino. MENNILLO, Francesco. **Due Sistemi a Confronto La Famiglia Nell'islam e Nel Diritto Canonico**. Milan:CEDAM. 2009. p. 19/20

¹³³ Tradução livre do autor: “Quando um homem quer se casar com uma mulher, ele pede em casamento com seus pais ou responsáveis ou com ela diretamente. A partir do momento da proposta de casamento (hitta), nenhum outro homem pode fazer um pedido semelhante, se a mulher estiver disposta a aceitar a primeira proposta, os cônjuges prometidos concordaram com o presente de casamento e a mulher possivelmente estipulava condições; Por outro lado, uma nova proposta de casamento pode ser feita se a primeira proposta for rejeitada. Geralmente é o homem que faz o pedido. No entanto, mesmo uma mulher pode fazer uma proposta de casamento para um homem ou mesmo um homem pode propor a outro homem o casamento de sua filha irmã. Uma vez aceita a proposta, as partes comprometem-se a concluir o contrato de casamento. No entanto, se o contrato estiver quebrado, nenhuma responsabilidade da parte responsável surge, na verdade, apenas com o contrato de casamento que os direitos e deveres mútuos. O cônjuge prometido pode ver a mulher antes da conclusão do contrato. Em particular, ele pode ver o rosto e as mãos dele. O casamento é um mero contrato civil destinado a regular

Não há, portanto, em tese, uma obrigação do casamento poligâmico no islamismo. Há uma autorização para que ele ocorra, nas condições já expostas. Neste sentido Miguel Pinto de Almeida¹³⁴ esclarece que “a poligamia é permitida na religião islâmica. Todavia trata-se de uma permissão, entenda-se como uma opção, e não de uma norma injuntiva. Na realidade, por questões económicas e financeiras, tal como de modo a dar as condições necessárias ao cônjuge, a maioria apenas casa com uma mulher”.

E continua dizendo que “reveste a particularidade que o tratamento é de igualdade entre as mesmas. De notar que nenhuma mulher é obrigada a casar com um homem que já tem outra mulher, prevalência e reforçando a ideia do contrato livre e aceitação de ambas as partes”.¹³⁵

Diferente do que se pode imaginar, a maioria absoluta dos casamentos islâmicos são monogâmicos. De fato

Alguns pesquisadores estimam que não mais de 2% dos homens casados praticam a poligamia. A maioria dos homens muçulmanos sentem que não podem arcar com as despesas de manter mais de uma família. Mesmo os que são financeiramente capazes de cuidar de famílias adicionais geralmente relutam devido ao peso psicológico de lidar com mais de uma esposa.¹³⁶

as relações entre os sexos. Sua validade depende dos elementos necessários para a existência de qualquer negócio consensual (assuntos, formação de consentimento, expressão de consentimento, objeto). A esses quatro elementos são acrescentados dois peculiares do contrato de casamento a intervenção de um curador de casamento (wali) e a configuração no contrato de um presente de casamento (mahr). ”

¹³⁴ ALMEIDA, Miguel Pinto de. **O Instituto do Casamento no Ordenamento Jurídico Português e nos Países Islâmicos**. Disponível em < <http://miguelpimentadealmeida.pt/wp-content/uploads/2015/06/O-INSTITUTO-DO-CASAMENTO-NO-ORDENAMENTO-JUR%C3%8DDICO-PORTUGU%C3%8AS-E-NOS-PA%C3%8DSES-ISL%C3%82MICOS.pdf>>. Acesso em 18/01/2018

¹³⁵ ALMEIDA, Miguel Pinto de. **O Instituto do Casamento no Ordenamento Jurídico Português e nos Países Islâmicos**. Disponível em < <http://miguelpimentadealmeida.pt/wp-content/uploads/2015/06/O-INSTITUTO-DO-CASAMENTO-NO-ORDENAMENTO-JUR%C3%8DDICO-PORTUGU%C3%8AS-E-NOS-PA%C3%8DSES-ISL%C3%82MICOS.pdf>>. Acesso em 18/01/2018

¹³⁶ THE RELIGION OF ISLAM. **Introdução à Poligamia no Islã**. Disponível em < <https://www.islamreligion.com/pt/articles/325/introducao-a-poligamia-no-islã/>>. Acesso em 18/01/2018

A justificativa de aceitação da poligamia pelo islã é a de que, historicamente, ela seria praticada nas áreas onde a população masculina é inferior à feminina. Dessa forma, um homem poderia proteger mais de uma mulher, que não ficaria solteira, concordando ela em ser uma entre as quatro possíveis. Assim, em teoria (repito), a poligamia no Islã tem a finalidade de garantir a igualdade de direitos para todas as mulheres, como explicado a seguir

Como o Alcorão indica (4:3), a questão da poligamia no Islã é entendida à luz das obrigações da comunidade em relação aos órfãos e viúvas. O Islã, como uma religião universal que é adequada para todos os tempos e lugares, não pode ignorar essas obrigações.

A poligamia islâmica trata dos problemas sociais da prostituição e relações extra-conjugais comuns no Ocidente. Ao invés de trair – a infidelidade é uma das principais razões para divórcio no Ocidente – o Islã permite a um homem casar com mais de uma esposa, com pleno reconhecimento dos direitos de ambas. O princípio básico no Islã é que os homens são responsáveis por seu comportamento em relação às mulheres assim como as mulheres são responsáveis por seu comportamento em relação aos homens.

O número de mulheres no mundo excede o de homens. O excesso é resultado da morte de homens em guerras e crimes violentos, e ao fato das mulheres viverem mais que os homens. O aumento da homossexualidade aumenta ainda mais o problema. Bertrand Russel escreveu, “E em todos os países onde existe um excesso de mulheres é uma injustiça óbvia que aquelas que por necessidade aritmética devam permanecer solteiras, sejam totalmente privadas de experiência sexual.” A poligamia, então, é a única solução responsável para essa situação desagradável.¹³⁷

E porque as mulheres não podem se casar com mais de um homem também? Porque se pudessem as mulheres ter mais de um homem não se saberia quem seria o pai dos filhos do casamento e isso seria contrário à base funcional familiar. Esta é a explicação dada pelos Muçulmanos.¹³⁸

¹³⁷ ISLAMISMO.ORG. **Razões da Permissibilidade da Poligamia no Islam.** Disponível em < http://www.islamismo.org/razao_poligamia.htm > . Acesso em 18/01/2018

¹³⁸ ALMEIDA, Miguel Pinto de. **O Instituto do Casamento no Ordenamento Jurídico Português e nos Países Islâmicos.** Disponível em < <http://miguelpimentadealmeida.pt/wp-content/uploads/2015/06/O-INSTITUTO-DO-CASAMENTO-NO-ORDENAMENTO-JUR%C3%8DDICO-PORTUGU%C3%8AS-E-NOS-PA%C3%8DSES-ISL%C3%82MICOS.pdf> > . Acesso em 18/01/2018

Assim, como se vê, a religião islâmica aceita a poligamia, nas condições acima expostas.

1.2.3.3 Judaísmo

Cabe, de início, traçar em linhas gerais o que é o Judaísmo e especificar algumas de suas características.

O Judaísmo é a primeira religião monoteísta do mundo. Sua doutrina está centrada nos ensinamentos do velho testamento, mais especificamente no pentateuco, que na Bíblia cristã corresponde aos cinco primeiros livros (Gênesis, Êxodo, Números, Levítico e Deuteronômio).

A Bíblia dos Judeus é diferente da dos Cristão, conforme explicam Gaardner e Hellern ¹³⁹

O livro sagrado dos judeus é a Bíblia, uma coleção de textos de natureza histórica, literária e religiosa. A Bíblia judaica equivale ao Antigo Testamento, porém é organizada de maneira um pouco diferente. O cânone judaico foi fixado por um concílio em Jabne por volta de 100 d.C. Compreende 24 livros, divididos em três grupos:

- * A Lei (Torá) — o Pentateuco, ou os cinco livros de Moisés
- * Os profetas (Neviim) — os livros históricos e proféticos
- * Os escritos (Ketuvim) — os demais livros

Se tomarmos as letras iniciais dessas três partes, veremos que formam o acrônimo Tenakh, que é o nome judaico comum para a Bíblia. Na verdade, a palavra Bíblia vem do termo grego que significa "livros".

Na realidade, além da Bíblia própria, a doutrina do Judaísmo também está ancorada no livro que contém a lei oral, a doutrina, a moral e as tradições dos judeus, denominado Talmud

Além da Torá escrita, os judeus também tinham regras e mandamentos transmitidos oralmente. Segundo a tradição judaica, no monte Sinai, Moisés recebeu não apenas a "Lei escrita" de Deus, mas ainda a "Lei falada". Era proibido escrever a Lei falada, pois esta deveria ser adaptada

¹³⁹ GAARDER, Jostein. HELLERN, Victor. NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras. 2001. p. 112

às condições reais de vida em diferentes lugares e épocas. Porém, depois que os judeus se dispersaram pelo mundo, surgiu o medo de que a Lei falada se perdesse. Assim, decidiu-se registrá-la por escrito, o que foi feito nos séculos que se seguiram à destruição de Jerusalém. Esse material se chama Talmud, palavra hebraica que significa "estudo". O Talmud contém leis, regras, preceitos morais, comentários e opiniões legais, mas também histórias e lendas que discutem esse conteúdo. É bem sabido que o Talmud não é, em si, um livro de ensinamentos, e sim um texto usado pelos rabinos em seus ensinamentos, para orientação dos fiéis em situações concretas.¹⁴⁰

A crença judaica está dividida em diferentes linhas de tradição religiosa cujas dissonâncias, basicamente, se mostram sobretudo através das formas de ler e interpretar o Torá e o Talmude.

O templo judaico é chamado de sinagoga¹⁴¹, e o líder religioso, ou seja, o sacerdote, é o rabino.

A diferença entre os Cristãos e os Judeus basicamente está na crença, para os primeiros, na pessoa de Jesus Cristo como um filho enviado de Deus para pagar os pecados do mundo. Para os Judeus isso não é verdade. Por isso os Cristãos seguem o Novo Testamento e os Judeus o Velho testamento, mais especificamente, como se viu acima, o pentateuco.

Em relação à aceitação ou não da Poligamia, os Judeus, em razão das diversas vertentes que a religião seguiu, divergem.

O Torá tem diversas passagens que relatam líderes religiosos poligâmicos. Estas passagens são as mesmas já citadas no título referente ao Cristianismo, valendo lembrar que o pentateuco¹⁴² da bíblia cristã é o mesmo que o Torá Judeu.

¹⁴⁰ GAARDER, Jostein. HELLERN, Victor. NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo:Companhia das Letras. 2001. p. 116

¹⁴¹ GAARDER, Jostein. HELLERN, Victor. NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo:Companhia das Letras. 2001. p. 108

¹⁴² Gênesis, Êxodo, Números, Levítico e Deuteronômio.

De outra banda, o Talmud também relata a existência de um Rabino poligâmico, chamado Rabino Tarfon, que teria tido 300 esposas com o objetivo de que elas não passassem fome.

No entanto, o Rabino Gerson, um dos grandes líderes espirituais dos Judeus, proibiu a poligamia na religião. De fato, conforme artigo publicado no site Chabad.org¹⁴³

(...) Rabbenu Gershom is best known for his important 'Takkanoth' (laws) dealing with social and family life, which he enacted with the approval of the Rabbinical authorities of his time, and which were accepted by all the Jews of Europe, "as if they were given on Mount Sinai." Among these Takanoth the most well known are the prohibition of polygamy (taking more than one wife), the decree against opening a letter addressed to others, and so on.¹⁴⁴

O assunto Poligamia entre os Judeus foi objeto de uma das questões trazidas por Napoleão no Sinédrio Francês¹⁴⁵ de fevereiro a abril de 1807. Ao responderem a primeira pergunta de Napoleão, a Assembleia de Notáveis Judeus disse

¹⁴³ CHABAD.ORG. **Rabbeinu Gershom Ben Judah.** Disponível em http://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/112511/jewish/Rabbeinu-Gershom-Ben-Judah.htm. Acesso em 29/01/2018

¹⁴⁴ Tradução livre do autor: "(...) Rabbenu Gershom é mais conhecido por suas importantes Takanoth" (leis) que tratam da vida social e familiar, que ele promulgou com a aprovação das autoridades rabínicas de seu tempo e que foram aceitas por todos os judeus da Europa ", como se eles foram dados no Monte Sinai ". Entre estes Takanoth, os mais conhecidos são a proibição da poligamia (tendo mais de uma esposa), o decreto contra a abertura de uma carta dirigida aos outros, e assim por diante".

¹⁴⁵ "A assembleia denominada Sinédrio Francês reuniu-se em Paris de fevereiro a abril de 1807, por solicitação de Napoleão Bonaparte. A assembleia dos 110 judeus notáveis (Assembleia dos Notáveis), denominada Sinédrio, é uma alusão ao grande Sinédrio da Palestina, supremo corpo religioso e jurídico dos judeus durante o domínio romano até a abolição do patriarcado (425 a.E.C.). A adoção do antigo símbolo da soberania judaica traduzia, em alguma medida, pressentimentos messiânicos e a expressão de reconhecimento a Napoleão Bonaparte. Este evento teve particular importância na história da Reforma Rabínica. A Assembleia dos Notáveis é uma espécie de precursora de futuras conferências rabínicas que tiveram lugar, sobretudo, na Alemanha e nos EUA e que procuravam harmonizar a tradição rabínica com as exigências da modernidade. O Sinédrio Francês, tal como o texto aqui apresentado demonstra, teve que responder a uma série de questões colocadas por Napoleão para avaliar a capacidade dos judeus de conviver com as normas do novo Estado francês. As respostas, por vezes claras, por vezes evasivas, expressam a vontade adaptativa da liderança, bem como suas ambiguidades". (SORJ, Bernardo. GRIN, Monica. **Judaísmo e Modernidade – Metamorfoses da Tradição Messiânica.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. P. 81)

Primeira Pergunta: É lícito aos judeus casar com várias esposas?

Resposta: Não é lícito aos judeus casar com mais de uma esposa: em todos os países europeus eles seguem a prática geral casando com apenas uma.

Moisés não ordena expressamente tomar várias, mas ele não o proíbe.

Ele parece até adotar esse costume como em geral predominante, já que estipula os direitos de herança entre filhos de diferentes esposas. Embora essa prática ainda prevaleça no Oriente, seus antigos doutores ordenaram-lhes abster-se de ter mais de uma esposa, exceto se o homem estiver capacitado por sua fortuna para sustentar várias.

No Ocidente o caso é diferente; o desejo de adotarem os costumes dos habitantes desta parte do mundo induziu os judeus a renunciar à poligamia. Mas como diversos indivíduos ainda se entregavam a tal prática, foi reunido em Worms, no século XI, um sínodo constituído por cem rabinos, com Gershom na presidência. Essa assembleia proferiu um anátema contra todo israelita que, no futuro, tivesse mais de uma esposa.

Embora essa proibição não fosse durar eternamente, a influência das maneiras europeias tem predominado universalmente.¹⁴⁶

Essa proibição do Rabino Gerson não foi bem aceita por todos os Judeus.

Realmente, como se colhe do Site Herança Judaica

“... cerca do ano 1.000 da era comum, o rabino Gerson Meor Ha-Gola instituiu uma takanah proibindo a poligamia, prática esta claramente permitida pela Torah e pelo Talmud. Esta takanah foi aceita pelos judeus askenazi, que viviam em países cristãos onde a poligamia não era permitida, mas não foi aceita pelos judeus sefaradi, que viviam em países muçulmanos, onde a poligamia era permitida”.¹⁴⁷

Recentemente o assunto chamou novamente atenção quando um grupo denominado “Organização Família Judaica Completa” voltou a defender a poligamia entre os Judeus, conforme reportagem do jornal Estado de São Paulo¹⁴⁸

¹⁴⁶ SORJ, Bernardo. GRIN, Monica. **Judaísmo e Modernidade – Metamorfoses da Tradição Messiânica**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. P. 86

¹⁴⁷ REVISTA VIRTUAL HERANÇA JUDAICA. **Halacha**. Disponível em < <https://herancajudaica.wordpress.com/2017/11/17/halacha/>>. Acesso em 29/01/2018

¹⁴⁸ O ESTADO. **Rabino defende Poligamia em Israel**. Disponível em <http://www.estadao.com.br/blogs/jt-radar/rabino-defende-poligamia-em-israel/>. Acesso em 30/01/2018

Rabino defende poligamia em Israel

Há mais de mil anos a poligamia é proibida pelo judaísmo. Mas, agora, um pequeno grupo em Israel luta para que o antigo hábito praticado pelos patriarcas volte a ser aplicado legalmente. Há muitos opositores à ideia.

A organização Família Judaica Completa pretende fazer, em Israel, uma campanha dos supostos benefícios sociais dos casamentos múltiplos e garante que não há nenhuma lei judia em vigor que os proíba expressamente.

A poligamia, argumentam seus defensores, é a única solução para as jovens judias que enfrentam uma “enorme escassez de candidatos a marido, especialmente entre o público ultraortodoxo”.

“Se você perguntar aos casamenteiros que organizam 90% dos casamentos no mundo ultraortodoxo, eles responderão que, para cada 2,5 mil mulheres livres, há apenas 600 homens solteiros. Há muitas mulheres condenadas ao celibato”, afirma o rabino Yechezkel Sofer, morador de Tel Aviv e promotor da iniciativa.

Proibição

A proibição da poligamia no judaísmo, explica, foi ditada pelo rabino Gershon, na Alemanha, no século passado, que erradicou a prática entre os judeus asquenazes (da Europa central e oriental), mas não entre os sefardis (que se instalaram em países árabes após ser expulsos da Espanha).

Na Pérsia, Iêmen, Curdistão e, de forma mais limitada, no Marrocos, os judeus durante gerações se casaram com várias mulheres, segundo Sofer. Ele considera que a proibição de Gershon “tinha uma limitação temporária e espacial: estava restrita à região onde habitava e ao quinto milênio, por isso terminou já faz 760 anos”.

“A proibição está suspensa e nós temos que nos reger pelos costumes de nossos antepassados”, diz, enquanto lembra que os pais fundadores do povo judeu tiveram várias esposas (Abraão, duas, e Jacob, quatro) “para ampliar a família e porque a mulher tem um papel importante e sua defesa do homem é o que dá estabilidade e segurança à família. ”

Para ele, todos os grandes rabinos dos últimos séculos, inclusive o Gaon de Vilnius, estavam a favor da multiplicidade de mulheres e Maimônides (de Córdoba) permitiu até 100 esposas.

Oposição

A opinião de Sofer difere muito da de outros religiosos. O rabino Jacob Bezalel, assessor do rabino chefe sefardi Shlomo Amar, considera a campanha da Família Judaica Completa “uma perversão do judaísmo

motivada unicamente pela luxúria carnal”, afirmou ele ao jornal Jerusalem Post. “Trata-se de uma distorção e uma loucura. Nenhum rabino pode permitir algo assim, é uma vilania”, afirma Bezalel.

Sofer rebate o argumento de Jacob Bezalel, dizendo que há dezenas de casos de poligamia judaica em Israel, mas admite a dificuldade de precisar quantos, porque “muitas pessoas fazem (a poligamia) às escondidas.

Bem se vê, pois, que com relação aos Judeus há certa divergência em relação à aceitação da Poligamia, sobretudo porque as duas principais fontes da Doutrina Judaica (o Torá e o Talmud) relatam casos de líderes religiosos poligâmicos.

1.2.3.4 Budismo

Antes de adentrar propriamente nas posições do Budismo acerca do casamento, importante traçar um pequeno resumo do que é o Budismo.

O Budismo surgiu há 2.500 anos quando Shakyamuni Buda, que há época era conhecido como príncipe Sidarta, renunciou ao trono que certamente herdaria de seu pai em uma região do Nepal, e dedicou-se a encontrar a erradicação do sofrimento humano.

A história de Buda (ou Sidarta Gautama ou Shakyamuni) é contada na obra “Budismo para Leigos”, de Jonathan Landaw e Stephan Bodian¹⁴⁹

A religião budista é fundada nos ensinamentos transmitidos há 2.500 anos por uma das maiores figuras espirituais da história humana, Shakyamuni Buda. (...) ele nasceu na família reinante do clã Shakya, no norte da Índia. Esperava-se que ele algum dia sucedesse seu pai como rei. Em vez disso, o príncipe Sidarta (como era conhecido na época) renunciou à vida real aos 29 anos, após ver a realidade do grande sofrimento e desilusão do mundo. Ele então partiu para encontrar um meio de superar esse sofrimento. Finalmente, aos 35 anos, o Príncipe Sidarta alcançou seu objetivo. Sentado sob aquela que ficou conhecida como a árvore Bodhi – a árvore da iluminação – ele alcançou o completo despertar do estado de Buda. A partir de então, ficou conhecido como Shakyamuni Buda, o sábio plenamente desperto (muni) do clã Shakya...

¹⁴⁹ LANDAW, Jonathan. BODIAN, Stephan. **Budismo para Leigos**. Rio de Janeiro:Alta Books editora. p. 42

Há forte discussão se o Budismo é ou não uma religião. Para uns não se trata de uma crença religiosa, mas sim de uma filosofia de vida que “encoraja você a usar toda a gama de suas habilidades mentais, emocionais e espirituais e sua inteligência – em vez de meramente depositar uma fé cega naquilo que as autoridades do passado disseram”.¹⁵⁰

Uma das razões para que não se coloque o Budismo como religião é o fato de que, por definição, a religião exige a crença em um ser Divino, o que não ocorre com o Budismo, que é “não teísta”, conforme explicam Landaw e Bodian¹⁵¹

Se esta fosse a única definição de religião, você definitivamente teria que excluir o Budismo! Por quê? Bem, nós lhe oferecemos dois motivos:

Não há um Deus: a adoração a uma força sobrenatural não é a preocupação central do Budismo. Deus (da forma como este termo geralmente é empregado) está completamente ausente dos ensinamentos budistas – algumas pessoas denominam o Budismo como a religião ideal para ateus!

Não há um sistema de crença: o Budismo não corresponde, primordialmente, a um sistema de crenças. Embora contemple certos princípios fundamentais (como discutimos ao longo da Parte III), a maioria dos mestres budistas encoraja ativamente seus alunos a adotarem uma atitude que seja oposta à crença ou a uma fé cega.

E inevitavelmente vem a pergunta: e Buda, não seria um Deus para os Budistas? A resposta é não. Buda é, para os seguidores da crença, um ser humano normal (porém iluminado) e qualquer um pode alcançar o mesmo estado de sua iluminação.

Apesar de o Budismo não ter uma figura divina, é tido por alguns como uma religião “Porque como todas as religiões, o Budismo oferece às pessoas que o praticam uma maneira de encontrar respostas às grandes questões da

¹⁵⁰ LANDAW, Jonathan. BODIAN, Stephan. **Budismo para Leigos**. Rio de Janeiro:Alta Books editora. p. 41

¹⁵¹ LANDAW, Jonathan. BODIAN, Stephan. **Budismo para Leigos**. Rio de Janeiro:Alta Books editora. p. 40

vida, como “Quem sou eu?”, “Por que estou aqui?”, “Qual é o significado da vida”, “Por que sofremos?” e “Como posso alcançar a felicidade duradoura?”¹⁵²

Pois bem. Feita esta breve introdução, cabe verificar o que entendem os Budistas acerca do casamento.

Na realidade, para os Budistas o casamento é um assunto pessoal e não um dever religioso. Mais especificamente, “o casamento é uma convenção social, uma instituição criada pelo homem para seu bem-estar e felicidade, para distinguir a sociedade humana da vida animal e para manter a ordem e a harmonia no processo de procriação”.¹⁵³

Não há leis religiosas no Buddhismo que compelem uma pessoa a se casar, a permanecer solteira ou a levar uma vida de total castidade. Não é estabelecido em qualquer lugar que os budistas devem gerar filhos ou regular o seu número. O Buddhismo permite a cada indivíduo a liberdade para decidir por si mesmo todos os assuntos relacionados ao casamento.¹⁵⁴

Diante desta liberdade que se tem em relação ao casamento, o Budismo admite relações poligâmicas, conforme explicam Jostein Gaarder, Victor Hellern e Henry Notaker¹⁵⁵ ao comentar o terceiro dos cinco mandamentos do Budismo que é “Não se comportar de modo irresponsável nos prazeres sensuais”

Essa regra se refere às atividades sexuais que podem prejudicar os outros: estupro, incesto e adultério. A atitude para com o adultério varia segundo os costumes locais. O budismo não abrange apenas sociedades monogâmicas, mas também culturas cuja tradição engloba a poligamia e a poliandria. Já o homossexualismo é sempre considerado uma quebra dessa regra.

Assim, percebe-se que o Budismo aceita relações poligâmicas.

¹⁵² LANDAW, Jonathan. BODIAN, Stephan. **Budismo para Leigos**. Rio de Janeiro:Alta Books editora. p. 41

¹⁵³ NO QUE OS BUDISTAS ACREDITAM. **Posições Budistas sobre o Casamento**. Disponível em < <https://noqueosbuddhistasacreditam.wordpress.com/2007/10/08/posicoes-buddhistas-sobre-o-casamento/>>. Acesso em 24/01/2018

¹⁵⁴ NO QUE OS BUDISTAS ACREDITAM. **Posições Budistas sobre o Casamento**. Disponível em < <https://noqueosbuddhistasacreditam.wordpress.com/2007/10/08/posicoes-buddhistas-sobre-o-casamento/>>. Acesso em 24/01/2018

¹⁵⁵ GAARDER, Jostein. HELLERN, Victor. NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo:Companhia das Letras. 2001. p. 67

1.3 Países que reconhecem legalmente a Poligamia

Viu-se, anteriormente, a poligamia/monogamia no mundo animal, em relação à antropológia e história e também com foco em doutrinas religiosas.

Essa análise, no entanto, não ficaria completa, se não fosse feita também mostrando a existência de países que em sua legislação admitem formas poligâmicas de união. Isto porque, nos próximos capítulos, o que se pretende demonstrar é que ocorrem muitos deslocamentos migratórios de pessoas com casamentos plurais perfeitamente regulares, segundo as leis do seu país de origem.

Importantíssimo destacar que se sabe que em muitos locais onde a poligamia é praticada as críticas, sobretudo de organismos de defesa dos direitos da mulher, são muito severas.

A propósito, o próprio Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no ano 2000, em relatório sobre a igualdade entre homem e mulher¹⁵⁶, destacou que

It should also be noted that equality of treatment with regard to the right to marry implies that polygamy is incompatible with this principle. Polygamy violates the dignity of women. It is an inadmissible discrimination against women. Consequently, it should be definitely abolished wherever it continues to exist.¹⁵⁷

De fato, não se precisa de uma pesquisa de mais de 15 minutos em sites confiáveis de notícias na internet para se constatar muitos abusos aos direitos das mulheres, que em muitos países são subjugadas e humilhadas em relações poligâmicas.

¹⁵⁶ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Equality of rights between men and women.** Disponível em <
https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/HRC_GC_28e.pdf>. Acesso em 22/01/2018.

¹⁵⁷ Tradução livre do autor: “Deve também notar-se que a igualdade de tratamento em relação ao direito de casar implica que a poligamia é incompatível com este princípio. A poligamia viola a dignidade das mulheres. É uma discriminação inadmissível contra as mulheres. Consequentemente, deve ser definitivamente abolida onde quer que continue a existir”.

Um exemplo, retirado do Site G1¹⁵⁸, dá conta de que “um homem queimou sua mulher com água fervendo no Marrocos porque ela se negou a autorizá-lo a se casar com uma segunda mulher, permissão que a lei marroquina exige para que um homem possa pôr em prática a poligamia”.

Não há dúvida, também, que na verdade o que é permitido na maioria absoluta dos países poligâmicos é a poliginia (um homem, várias mulheres), já que a Poliandria (uma mulher e vários homens) é altamente discriminada.

Véronique Hertrich e Thérèse Locoh¹⁵⁹, em artigo denominado “Relações de Gênero, Formação e Dissolução das Uniões nos Países em Desenvolvimento”, publicado no site da Associação Brasileira de Estudos Populacionais atestam que

A poligamia, situação de um indivíduo que tem vários cônjuges do outro sexo ao mesmo tempo, só existe, quase, sob a forma de poliginia, isto é, o casamento de um homem com várias mulheres. Sua contraparte, a poliandria, só existe hoje em estado de “curiosidade etnográfica” em algumas sociedades da Ásia e da África (os *todas*, da Índia, os *bahinis*, da África Oriental, algumas tribos esquimós e do Tibete).

Não se entrará, entretanto, nestas questões polêmicas aqui. Isto porque o objeto desta pesquisa não é criticar formas poligâmicas de união, nem mesmo incentivá-las ou desestimular tais práticas. Não se quer dizer que o casamento poligâmico é melhor ou pior do que o monogâmico. O que se pretende é mostrar que existem muitos países poligâmicos no mundo e que, nestes países, não obstante muitos abusos, são realizados legalmente casamentos com esta forma de arranjo familiar.

Bom que se tenha em mente que, mesmo nos países onde a Poligamia é legal, o número de casamentos monogâmicos é bem superior aos plurais. A

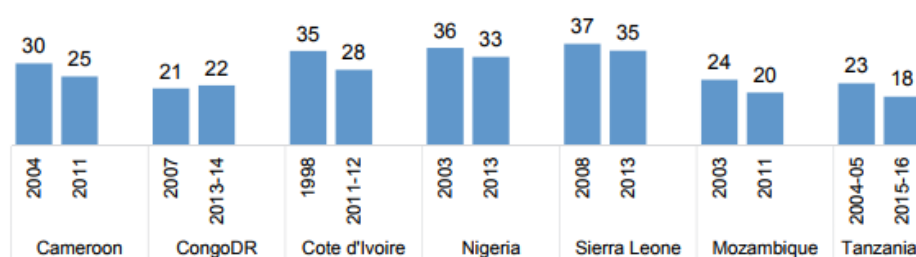
¹⁵⁸ GLOBO G1. **Marroquino joga água fervendo em esposa que o proibiu de ter 2ª mulher.** Disponível em < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/02/marroquino-joga-agua-fervendo-em-esposa-que-o-proibiu-de-ter-2-mulher.html>>. Acesso em 22/01/2018

¹⁵⁹ HERTRICH, Véronique. LOCOH, Thérèse. **Relações de Gênero, Formação e Dissolução das Uniões nos Países em Desenvolvimento.** Disponível em < <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/series/article/viewFile/61/59>>. Acesso em 22/01/2018

explicação para isso é simples: o alto custo que o homem tem para sustentar uma mulher, valendo lembrar que o Islã só aceita a Poliginia se o homem tiver condições de tratar com paridade as mulheres.

Não obstante, os casamentos poligâmicos não são tão raros como se pode imaginar, como se vê pelo interessante estudo organizado pelo United States Agency for International Development (USAID)¹⁶⁰, publicado em julho de 2017, que aponta que em sete países Africanos analisados a Poliginia ainda atinge percentuais representativos, conforme mostra o quadro abaixo

Figure 13 Percentage of married women in polygynous marriages



Explicam os pesquisadores que estes países (Cameroon, Congo Democratic Republic, Cote d'Ivoire, Nigeria, Sierra Leone, Mozambique, and Tanzania) foram tomados como parâmetro porque tem alta prevalência de Poliginia.

Mais adiante esclarecem, na pesquisa¹⁶¹, que

The prevalence of polygyny, calculated from most recent survey in each country, ranges from 18% in Tanzania (2015-16) to 35% in Sierra Leone (2013). Polygyny appears more common in West African countries than in

¹⁶⁰ DHS PROGRAM. **Women's marital status, contraceptive use, and unmet need is sub-Saharan Africa, Latin America, and the Caribbean.** Disponível em < <https://www.dhsprogram.com/pubs/pdf/CR44/CR44.pdf> >. Acesso em 01/02/2018

¹⁶¹ DHS PROGRAM. **Women's marital status, contraceptive use, and unmet need is sub-Saharan Africa, Latin America, and the Caribbean.** p. 48. Disponível em < <https://www.dhsprogram.com/pubs/pdf/CR44/CR44.pdf> >. Acesso em 01/02/2018.

the other African countries studied. For example, 33% of married women in Nigeria (2013) and 35% in Sierra Leone (2013) reported having one or more co-wives. All but one of the seven countries have experienced a slight decrease in the prevalence of polygyny between surveys.¹⁶²

Este estudo mostra, portanto, que as relações poligâmicas, ainda que tenham decrescido um pouco, continuam sendo praticadas em números bem representativos.

Segundo dados de 2009, publicados em relatório emitido pela ONU, existiam, à época, cerca de 33 países onde a Poligamia era legalmente aceita. Além disso, em outros 41 países a poligamia era aceita pela população. De fato, extrai-se do relatório¹⁶³

In 2009, polygamy was still prevalent in numerous countries. At the national level, polygamy was legal or generally accepted in 33 countries, 25 in Africa and 7 in Asia. In addition, polygamy was accepted by part of the population or legal for some group of people in 41 countries, 18 of which were in Africa and 21 in Asia. According to the Demographic and Health Surveys carried out between 2000 and 2010, in 26 out of the 35 countries with data on polygamy, between 10 per cent and 53 per cent of women aged 15-49 had cowives.¹⁶⁴

Abaixo segue a análise, apenas exemplificativa, de alguns países onde a Poligamia é aceita legalmente.

Os 7 primeiros países foram escolhidos para análise, por este autor, porque as suas populações somam, juntas, 245.097.943 milhões de pessoas,

¹⁶² Tradução livre do autor: “A prevalência de poliginia, calculada a partir da pesquisa mais recente em cada país, varia de 18% na Tanzânia (2015-16) para 35% na Serra Leoa (2013). A Poligiania parece mais comum nos Países africanos do oeste do que nos outros países africanos estudados. Por exemplo, 33% das mulheres casadas Nigéria (2013) e 35% na Serra Leoa (2013) relataram ter uma ou mais co-esposas. Todos menos um dos sete países sofreram uma ligeira diminuição na prevalência de poliginia entre pesquisas”.

¹⁶³ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Population Facts**. Disponível em <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts_2011-1.pdf>. Acesso em 31/01/2018.

¹⁶⁴ Tradução livre do autor: “Em 2009, a poligamia ainda prevalecera em numerosos países. A nível nacional, a poligamia era legal ou geralmente aceita em 33 países, 25 em África e 7 na Ásia. Além disso, a poligamia foi aceita por parte da população ou considerada legal para alguns grupos de 41 países, 18 dos quais estavam na África e 21 na Ásia. De acordo com pesquisas realizadas pelo “Demographic and Health Surveys” entre 2000 e 2010, em 26 dos 35 países com dados sobre a poligamia, entre 10 por cento e 53 por cento das mulheres com idades entre 15-49 tinham co-esposas”.

quase que sua totalidade submetida a leis que admitem legalmente a poligamia, ou seja, ainda que não a pratiquem, poderiam legalmente fazê-lo.

Ao Final, tratar-se-á dos casos mais raros que são os países que aceitam a Poliandria.

1.3.1 Argélia

A Argélia, país que se situa no norte da África, tem uma população de 39.666.519 habitantes.¹⁶⁵

Segundo o Código da Família na Argélia (de 1984), a poligamia é lícita, vez que a legislação local segue a lei da Sharia¹⁶⁶ permitindo aos homens muçulmanos ter até quatro esposas.

A previsão se encontra no artigo 8º do referido Código, alterado em 2005, ocasião em que foram previstos alguns procedimentos que dificultaram um pouco os casamentos poligâmicos.

Na Exposição de Motivos¹⁶⁷ da Lei que modificou o Código da Família Argelino, restou previsto que

LA POLIGAMIA

Las disposiciones relativas a la poligamia, manteniéndose inspiradas en la Charia, enunciadas en el artículo 8 del Código de la Familia se caracterizan por su rigidez y su limitación. Ello ha motivado la introducción de nuevos elementos tales como la apreciación de las condiciones y de la intención de equidad y el consentimiento prealable de la futura y la precedente esposa (el artículo 8 actual se limita a exigir que las dos esposas sean informadas)

Por otro lado en el objetivo de hacer que el recurso a la poligamia sea de mayor compromiso para asegurar una mayor protección de la familia, la enmienda propuesta somete la apreciación del motivo legal, del

¹⁶⁵ IBGE. **Países. Argélia.** Disponível em < <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/argelia/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018

¹⁶⁶ O Alcorão e o Sunnah formam o conjunto de leis baseadas no alcorão, ao qual dá-se o nome de Sharia.

¹⁶⁷ NODO50.ORG. **Exposição de Motivos do anteprojeto de Lei que modificou o Código da Família Argelino.** Disponível em < <https://www.nodo50.org/mujeresred/argelia-codigo.htm>>. Acesso em 21/01/2018

consentimiento de las esposas y de las condiciones de mantenimiento y de alojamiento al control judicial, en este sentido el recurso a la poligamia necesita la autorización del juez.¹⁶⁸

Portanto, claro está que na Argélia é possível casar-se legalmente com até quatro esposas, apesar da prática não ser comum, conforme relatório produzido pelo Departamento de Estado Norte Americano, denominado “2010 Report on International Religious Freedom”¹⁶⁹, de cujo teor colhe-se

The family code also affirms the Islamic practice of allowing a man to marry as many as four wives; however, under the 2005 family code amendments, he must obtain the consent of the current spouse, or spouses, as well as the intended new spouse and a judge. Furthermore, a woman has the right to a no-polygamy clause in a prenuptial agreement. Polygamy rarely occurred in practice, accounting for only 1 percent of marriages.¹⁷⁰

Analisa-se agora a situação da Arábia Saudita.

1.3.2 Arábia Saudita

A Arábia Saudita tem uma população que atinge 31.540.372 habitantes.¹⁷¹

A Arábia Saudita é, quase que em sua totalidade, formada por população Muçulmana. Somente essa informação já seria suficiente para concluir-se pela

¹⁶⁸ Tradução livre do autor: “As disposições relacionadas à poligamia, que continuam inspiradas na Charia, estabelecidas no artigo 8 do Código da Família, caracterizam-se por sua rigidez e limitação. Isso motivou a introdução de novos elementos, como a valorização das condições, a intenção de equidade e o consentimento inestimável da futura e da esposa anterior (o atual artigo 8 limita-se a exigir que as duas esposas sejam informadas). Por outro lado, para tornar o uso da poligamia um compromisso maior para garantir maior proteção à família, a emenda proposta submete a avaliação do motivo legal, o consentimento das esposas e as condições de manutenção e acomodação ao controle judicial, nesse sentido, o recurso à poligamia precisa da autorização do juiz. ”

¹⁶⁹ US DEPARTMENT OF STATE. **2010 Report on International Religious Freedom**. Disponível em < <https://www.state.gov/j/drl/rls/irf/2010/148812.htm>>. Acesso em 21/01/2018

¹⁷⁰ Tradução livre do autor: "O código familiar também afirma a prática islâmica de permitir que um homem se case com tantas como quatro esposas; no entanto, de acordo com as alterações do código de família de 2005, ele deve obter o consentimento do atual cônjuge, bem como o novo cônjuge pretendido e um juiz. Além disso, uma mulher tem direito a uma cláusula de não poligamia em um pré-nupcial acordo. A poligamia raramente ocorreu na prática, representando apenas 1 por cento dos casamentos "

¹⁷¹ IBGE. **Países. Arábia Saudita**. Disponível em < <https://pais.es.ibge.gov.br/#/pt/pais/arabia-saudita/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018

admissibilidade legal da poligamia, nos termos preconizados no Alcorão. E, de fato, é o que ocorre.

Na realidade, a chamada “Lei Básica”¹⁷² da Arábia Saudita preconiza, em seu artigo Primeiro, que o Reino da Arábia Saudita é um Estado árabe islâmico soberano, estatuidando obviamente que a religião oficial do país é o Islã e determinando que a Constituição do País é o Alcorão e o “Sunnah do Profeta”.¹⁷³

O Alcorão e o Sunnah formam o conjunto de leis baseadas no alcorão, ao qual dá-se o nome de Sharia.

Aliás, conforme análise feita pelo SIGI (Social Institutes & Gender Index)¹⁷⁴

The 1992 Basic Law of Saudi Arabia does not guarantee gender equality. Article 8 requires that the government be premised on equality in accordance with Sharia law, but under Sharia law, women are considered to be legal minors, under the control of their mahram. Saudi Arabia ratified the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) in 2000, but with the general reservation that the kingdom is under no obligation to observe terms of the treaty that contradict Islamic law.¹⁷⁵

¹⁷² SAUDINF. **The Basic Law**. Disponível em < <http://www.saudinf.com/main/c541.htm>>. Acesso em 23/01/2018

¹⁷³ “A “Sunnah”, segunda fonte religiosa do Islã, é constituída de vários “hadiths”, que são os ditos ou feitos do profeta Muhamad (SAWS), transmitidos oralmente e compilados muito tempo depois de sua morte. Devido a esta compilação tardia, os estudiosos muçulmanos instituíram critérios de verificação de sua autenticidade, classificando-os em hadith forte ou sólido, bom, fraco e falso. Esta classificação vem da análise da cadeia de transmissores individuais. Leva-se em conta a capacidade de discernimento, responsabilidade e honestidade de cada transmissor”. (ISLAMICCHAT. O que é a “Sunnah” do Profeta Muhamad (SAWS)? Disponível em < <http://islamicchat.net/sunnah.html>>. Acesso em 23/01/2018)

¹⁷⁴ SIGI é a sigla para “Índice de Instituições Sociais e de Gênero”, que se constitui em uma análise destinada para medir a igualdade de entre homens e mulheres nos vários países do mundo. Os resultados são publicados na página correspondente na internet. Este índice é de responsabilidade do [Centro de Desenvolvimento da OCDE](#). Por sua vez, a OCDE é a [Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico](#), formado por um conjunto de países (35). O Centro de Desenvolvimento da OCDE é composto pelos 35 países membros e mais 25 países não membros da OCDE, mas participantes do referido Centro de Desenvolvimento. (OECD.ORG. **Development Centre**. Disponível em < <http://www.oecd.org/dev/>>. Acesso em 24/01/2018)

¹⁷⁵ Tradução livre do autor: “A lei básica de 1992 da Arábia Saudita não garante a igualdade de gênero. O artigo 8º exige que o governo seja baseado em igualdade de acordo com a lei da Sharia, mas, de acordo com a lei da Sharia, as mulheres são consideradas menores legais, sob o controle de seu mahram. A Arábia Saudita ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas

Bom gizar que o sistema jurídico baseado nas normas Muçulmanas é altamente complexo, mas o objeto deste trabalho não é adentrar em minúcias.

Pois bem.

Já vimos acima que o Alcorão autoriza a família plural, mediante a comprovação da possibilidade do marido de tratar com equidade as mulheres, que não podem ultrapassar quatro.

Assim, como as leis da Arábia Saudita são integralmente baseadas nas disposições do Alcorão, fácil concluir que é permitido, naquele país, a forma poligâmica de casamento.

1.3.3 Quênia

O Quênia é um país localizado no continente Africano cuja população é de 46.050.302 habitantes.¹⁷⁶

Desde 2014 o Quênia aceita legalmente as uniões poligâmicas dos homens.

A notícia foi amplamente divulgada pela imprensa internacional, conforme se colhe de reportagem publicada na Revista Veja¹⁷⁷ de 29 de abril de 2014

O presidente do Quênia, Uhuru Kenyatta, sancionou nesta terça-feira a lei que legaliza a poligamia no país. Conforme o decreto aprovado, a legislação civil que permite a um homem se casar apenas com uma mulher passa a ser um direito consuetudinário, o qual se aplica de acordo com os costumes de uma determinada cultura sem estar necessariamente vinculado com a aplicação formal das leis. A medida teve amplo apoio dos políticos quenianos do sexo masculino, mas foi repudiada pelas mulheres que integram o parlamento. No último mês, as parlamentares

as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) em 2000, mas com a reserva geral de que o Reino não tem obrigação de observar os termos do tratado que contradizem a lei islâmica”.

¹⁷⁶ IBGE. **Países. Quênia.** Disponível em <<https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/quenia/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018

¹⁷⁷ REVISTA VEJA. **Presidente do Quênia legaliza a Poligamia no País.** Disponível em <<https://veja.abril.com.br/mundo/presidente-do-quenia-legaliza-a-poligamia-no-pais/>>. Acesso em 23/01/2018

abandonaram a sessão em que os homens votaram a favor do projeto, informou a rede britânica BBC.

Os termos da legislação indicam que os homens quenianos poderão se casar com mais de uma mulher sem que sua atual companheira seja comunicada.

No mesmo sentido, esclarece o Jornal The Guardian¹⁷⁸

Kenya's parliament has passed a bill allowing men to marry as many women as they want, prompting furious female MPs to storm out, reports say.

The bill, which amended existing marriage legislation, was passed late on Thursday to formalise customary law about marrying more than one person.

The proposed bill had initially given a wife the right to veto the husband's choice, but male members of parliament overcame party divisions to push through a text that dropped this clause.

"When you marry an African woman, she must know the second one is on the way, and a third wife ... this is Africa," MP Junet Mohammed told the house, according to Nairobi's Capital FM.

As in many parts of Africa, polygamy is common among traditional communities in Kenya, as well as among the country's Muslim community, which accounts for up to a fifth of the population.

"Any time a man comes home with a woman, that would be assumed to be a second or third wife," said Samuel Chepkong'a, chairman of the justice and legal affairs committee, the Daily Nation newspaper reported.¹⁷⁹

¹⁷⁸ THE GUARDIAN. **Kenya's parliament passes bill allowing polygamy.** Disponível em < <https://www.theguardian.com/world/2014/mar/21/kenya-parliament-passes-bill-allowing-polygamy>>. Acesso em 21/01/2018

¹⁷⁹ Tradução livre do autor: "O parlamento do Quênia aprovou um projeto de lei que permite que os homens se casem com tantas mulheres quanto querem, levando as mulheres femininas furiosas a sair, segundo os relatórios. O projeto de lei, que alterou a legislação existente sobre o casamento, foi aprovado no final da quinta-feira para formalizar a lei consuetudinária sobre se casar com mais de uma pessoa. O projeto de lei inicialmente tinha dado a esposa o direito de vetar a escolha do marido, mas os membros do parlamento masculinos superaram as divisões do partido para enviar um texto que descartou essa cláusula. "Quando você se casa com uma mulher africana, ela deve saber que a segunda está a caminho e uma terceira esposa ... isso é a África ", disse o colega Junet Mohammed à casa, de acordo com a Capital FM de Nairobi. Como em muitas partes da África, a poligamia é comum entre as comunidades tradicionais do Quênia, bem como entre a comunidade muçulmana do país, que representa até um quinto da população. "Sempre que um homem chegar em casa com uma mulher, seria suposto ser uma segunda ou terceira esposa", disse Samuel Chepkong'a, presidente do comitê de justiça e assuntos jurídicos, informou o jornal Daily Nation".

A legislação a que se referem as reportagens acima decorrem do que se chama Lei dos Casamentos do Kênia¹⁸⁰, cujas seções correspondentes à poligamia e monogamia preceituam:

6. (1) A marriage may be registered under this Act if it is celebrated—
 - (a) in accordance with the rites of a Christian denomination;
 - (b) as a civil marriage;
 - (c) in accordance with the customary rites relating to any of the communities in Kenya; (
 - d) in accordance with the Hindu rites and ceremonies; and
 - e) in accordance with Islamic law.
- (2) A Christian, Hindu or civil marriage is monogamous.
- (3) A marriage celebrated under customary law or Islamic law is presumed to be polygamous or potentially polygamous.
7.
8. (1) A marriage may be converted from being a potentially polygamous marriage to a monogamous marriage if each spouse voluntarily declares the intent to make such a conversion.
- (2) A polygamous marriage may not be converted to a monogamous marriage unless at the time of the conversion the husband has only one wife.
- (3) A declaration under subsection (1) shall be made in the presence of a marriage officer and shall be recorded in writing and signed by each spouse.
- (4) A marriage officer before whom a declaration is made under subsection (3) shall forthwith transmit a copy thereof to the Registrar.
- (5) Where a declaration is made under subsection (1), the Registrar shall take possession of the certificate registering the marriage as potentially polygamous and shall issue a certificate registering the marriage as monogamous.
- (6) The Registrar shall enter the details of converted marriages in the prescribed manner into a register maintained for that purpose.
9. Subject to section 8, a married person shall not, while—
 - (a) in a monogamous marriage, contract another marriage; or
 - (b) in a polygamous or potentially polygamous marriage, contract another marriage in any monogamous form.¹⁸¹

¹⁸⁰ KENIALAW.ORG. **The Marriage Act 2014.** Disponível em <
http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Acts/TheMarriage_Act2014.pdf>. Acesso em
 21/01/2018

¹⁸¹ Tradução livre do autor: “6. (1) Um casamento pode ser registrado sob esta Lei se é celebrado-
 (a) de acordo com os ritos de um cristão denominação;

Interessante notar que, como se viu, a Lei dos Casamentos Keniana previu textualmente que o matrimônio cristão, hindu ou civil é monogâmico, ao passo que o celebrado de acordo com o direito consuetudinário ou a lei islâmica é presumido ou potencialmente polígamo. Afirmou ainda que não há necessidade do consentimento da mulher para que o homem seja polígamo.

Em face destas disposições, uma professora chamada Mary Wanjui Muigai, aderente da religião Baha'i¹⁸², ajuizou ação perante a Alta Corte do Kenia onde contestou a constitucionalidade do Ato (Lei dos Casamentos) por excluir de seu escopo algumas religiões. Além disso, o Ato também foi desafiado por permitir a prática da poligamia sem o consentimento de esposa ou esposas existentes.

-
- (b) como um casamento civil;
 - (c) de acordo com os ritos habituais relativos a qualquer uma das comunidades no Quênia;
 - (d) de acordo com os ritos hindus e cerimônias;
 - (e) de acordo com a lei islâmica.
 - (2) Um casamento cristão, hindu ou civil é monogâmico.
 - (3) Um casamento celebrado de acordo com o direito consuetudinário ou A lei islâmica é presumida ser polígama ou potencialmente polígamo.
- 7
- 8. (1) Um casamento pode ser convertido de ser um casamento potencialmente poligâmico para um monogâmico se cada cônjuge declara voluntariamente a intenção de que se faça essa conversão.
 - (2) Um casamento poligâmico não pode ser convertido em um casamento monogâmico, a menos que no momento da conversão o marido tem apenas uma esposa.
 - (3) Deve ser feita uma declaração nos termos da subsecção (1) na presença de um oficial matrimonial e deve ser registrado por escrito e assinado por cada cônjuge.
 - (4) Um oficial de casamento antes do qual uma declaração é nos termos da subseção (3) deve transmitir imediatamente uma cópia do secretário.
 - (5) Quando uma declaração é feita nos termos da subseção (1), o secretário deve tomar posse do certificado registrar o casamento como potencialmente polígama e deve emitir um certificado que registre o casamento como monogâmico.
 - (6) O Registrador deve inserir os detalhes da conversão Casamentos da forma prescrita em um registro mantido para esse propósito.
 - 9. Sujeito à seção 8, uma pessoa casada não deve, enquanto-
 - (a) em um casamento monogâmico, contratar outro casamento; ou
 - (b) em um polígama ou potencialmente polígamo casamento, contrato outro casamento em qualquer forma monógama."

¹⁸² O Baha'i é uma religião monoteísta em que seus seguidores creem que "No decorrer da história, Deus enviou à humanidade uma série de Educadores divinos — conhecidos como Manifestantes de Deus — cujos ensinamentos estabeleceram as bases para o avanço da civilização. Esses Manifestantes incluem Abraão, Krishna, Zoroastro, Moisés, Buda, Jesus e Muhammad. Bahá'u'lláh, o mais recente desses Mensageiros, explicou que as religiões do mundo provêm da mesma Fonte e em essência são sucessivos capítulos de uma única religião proveniente de Deus. Os bahá'ís acreditam que a necessidade atual e urgente da humanidade é encontrar uma visão unificadora do futuro da sociedade, e da natureza e do propósito da vida. Tal visão é descrita nos escritos de Bahá'u'lláh." (BAHA'!.ORG. **A fé Baha'i**. Disponível em < <http://www.bahai.org/pt/>>. Acesso em 22/01/2018)

O tribunal, em 28 de outubro de 2015, publicou decisão¹⁸³ onde considerou que a seção 6 da Lei dos Casamentos deveria ser lida incluindo todos os casamentos celebrados sob qualquer religião devidamente reconhecida e registrada no Quênia.

O tribunal afirmou ainda que a prática da poligamia e o registro de casamentos poligâmicos sem o consentimento da esposa ou esposas anteriores é inconsistente com as disposições de igualdade da Constituição, mas ressaltou, no item 77 da decisão¹⁸⁴

77. While this Court accepts that permitting polygamous marriages without the consent of a previous wife or wives is not consistent with the Constitution, and that indeed the practice of polygamy is in itself not consistent with the equality principles in the Constitution, it also recognizes that there are situations and practices that it cannot regulate, and that must be left to the wishes and dictates of the people, through their duly elected representatives, as well as to the individual choices of those adults contracting marriages, and who willingly enter into polygamous or potentially polygamous marriages.¹⁸⁵

Pelo que se viu, no Kenia a poligamia também é legalmente aceita.

1.3.4 Tanzânia

A Tanzânia, com sua população de 53.470.420 habitantes¹⁸⁶, é um dos países em que a Poligamia é mais disseminada.

¹⁸³ KENIALAW.ORG. **Petition 237 of 2014.** Disponível em <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/115691/>. Acesso em 22/01/2018

¹⁸⁴ KENIALAW.ORG. **Petition 237 of 2014.** Disponível em <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/115691/>. Acesso em 22/01/2018

¹⁸⁵ Tradução livre do autor: “Embora este Tribunal aceite que permitir casamentos poligâmicos sem o consentimento de uma esposa ou esposas anteriores não é consistente com a Constituição, e que, de fato, a prática da poligamia não é, em si mesma, não consistente com os princípios da igualdade na Constituição, também reconhece que existem situações e práticas que não pode regular, e que deve ser deixada para os desejos e ditames do povo, por meio de seus representantes devidamente eleitos, bem como as escolhas individuais dos adultos que contraem casamento e que voluntariamente entrem em polígama ou potencialmente polígama casamentos.”

¹⁸⁶ IBGE. **Países.** Disponível em < <https://pais.es.ibge.gov.br/#/pt/pais/tanzania/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018

Segundo Rachel J. Howland e Ashley Koenen¹⁸⁷, da Universidade de Chicago

With roughly one-fourth of its women involved in polygamous marriages, Tanzania remains one of the few countries in the world where polygamy is still widely practiced. Although traditional polygamy is still common in rural areas of Tanzania, modernization and Westernization have shifted how polygamy is practiced in its urban areas.

In large cities like Dar es Salaam, traditional polygamy has been largely replaced by private, de facto polygamy, which is considered to be more attuned to Tanzanians' perceptions of modernity.¹⁸⁸

A Lei dos Casamentos da Tanzânia¹⁸⁹ traz diversos dispositivos que regulam os casamentos plurais.

A Seção 9 define o que é casamento monogâmico e o que é casamento poligâmico, nestes termos

9. Meaning of marriage

(1) Marriage means the voluntary union of a man and a woman, intended to last for their joint lives.

(2) A monogamous marriage is a union between one man and one woman to the exclusion of all others.

(3) A polygamous marriage is a union in which the husband may, during the subsistence of the marriage, be married to or marry another woman or women.¹⁹⁰

¹⁸⁷ HOLWLAND, Rachel J.. Koenen, Ashley. **Divorce and Polygamy in Tanzania**. 2014. Disponível em <<https://www.semanticscholar.org/paper/Divorce-and-Polygamy-in-Tanzania-eCommons-Howland/1936c414a5e1e89a64eea08b6cd819d3db4f04b9>>. Acesso em 22/01/2018

¹⁸⁸ Tradução livre do autor: "Com cerca de um quarto das mulheres envolvidas em casamentos poligâmicos, a Tanzânia continua a ser um dos poucos países do mundo onde a poligamia ainda é amplamente praticada. Embora a poligamia tradicional ainda seja comum nas áreas rurais da Tanzânia, a modernização e a ocidentalização mudaram a forma como a poligamia é praticada em sua área urbana. Em cidades grandes como Dar es Salaam, a poligamia tradicional foi amplamente substituída por poligamia privada e de fato, que é considerada mais adaptada aos tanzanianos percepções da modernidade. "

¹⁸⁹ RITA. **The Law of Marriage Act**. Disponível em <[http://www.rita.go.tz/eng/laws/History%20Laws/Marriage%20Ordinance,%20\(cap%2029\).pdf](http://www.rita.go.tz/eng/laws/History%20Laws/Marriage%20Ordinance,%20(cap%2029).pdf)>. Acesso em 22/01/2018

¹⁹⁰ Tradução livre do autor: "Significado do casamento (1) Casamento significa a união voluntária de um homem e uma mulher, destinados a durar para a sua vida conjunta. (2) Um casamento monogâmico é uma união entre um homem e uma mulher para o exclusão de todos os outros. (3) Um casamento poligâmico é uma união em que o marido pode, durante a subsistência do casamento, seja casada ou se case com outra mulher ou mulher."

Interessante notar que a definição de casamento poligâmicos fala no direito do homem casar com mais de uma mulher. O mesmo direito não tem a mulher. Ao contrário, a Poliandria enquadra-se na Seção 152 da Lei dos casamentos da Tanzânia, que prevê que “A married woman who is a party to a ceremony whereby she purports to marry another man shall be guilty of an offence”.¹⁹¹

Na Tanzânia os casamentos podem ser de dois tipos, conforme Seção 10 da Lei correspondente, que os subdivide desta forma

10. Kinds of marriage

(1) Marriages shall be of two kinds, that is to say—

(a) those that are monogamous or are intended to be monogamous; and (b) those that are polygamous or are potentially polygamous.

(2) A marriage contracted in Tanzania whether contracted before or after the commencement of this Act, shall—

(a) if contracted in Islamic form or according to rites recognised by customary law in Tanzania, be presumed, unless the contrary is proved, to be polygamous or potentially polygamous; and

(b) in any other case, be presumed to be monogamous, unless the contrary is proved.¹⁹²

Como ato preparatório do casamento, necessário que seja informado previamente se ele será poligâmico ou monogâmico e, no primeiro caso, deve ser declinado o nome das esposas. Neste sentido a Seção 18

18. Notice of intention to marry

(1) Subject to the provisions of section 23, where a man and a woman desire to marry, they shall, at least twenty-one days before the day when they propose to marry, give notice of their intention to a registrar or a registration officer.

¹⁹¹ Tradução livre do autor: “152. Polândria e ofensas semelhantes (1) Uma mulher casada que é parte de uma cerimônia em que se propõe se casar com outro homem deve ser culpada de uma ofensa. ”

¹⁹² Tradução livre do autor: “10. Tipos de casamento. (1) Os casamentos devem ser de dois tipos, isto é, (a) aqueles que são monogâmicos ou que se destinam a ser monógamos; e (b) aqueles que são polígamas ou são potencialmente polígamas. (2) Um casamento contratado na Tanzânia, seja contratado antes ou depois da início da presente lei, deve (a) se contratado de forma islâmica ou de acordo com ritos reconhecidos pelo direito consuetudinário na Tanzânia, seja presumido, a menos que o contrário seja provado, ser polígamo ou potencialmente polígama; e (b) em qualquer outro caso, seja suposto ser monogâmico, a menos que seja contrário provado. ”

(2) A notice given under this section shall contain–

(.....)

(f) a statement that the marriage is intended to be of monogamous or polygamous or potentially polygamous character, as the case may be;

(g) where the marriage is to be polygamous, the names of the wives of the husband;¹⁹³

Como se vê, também na Tanzânia pode haver legalmente casamento plural, nas condições acima delineadas.

1.3.5 Marrocos

Marrocos se situa no norte da África. O país tem uma população de 34.377.511¹⁹⁴ habitantes, dos quais 98,7% são muçulmanos, 1,1% de cristãos e 0,2% de judeus.¹⁹⁵

A legislação de Direito de Família no Marrocos era regulada pelo Personal Code de 1957 (Código Pessoal de 1957), até que em 2004 o Parlamento do Marrocos aprovou o Family Code (Código de Família), que trouxe importantes mudanças sobretudo na questão relativa a igualdade entre homens e mulheres e, também, em relação à possibilidade de Poligamia no país.

O site da Embaixada do Marrocos¹⁹⁶ em Portugal resumiu bem o espírito da nova legislação de família

Em 2004, Marrocos iniciou uma reforma admirável do seu código de família (Moudawana), tornando-se o segundo país no mundo árabe, após a Tunísia, a adoptar medidas igualitárias para as mulheres. Por iniciativa de um fortíssimo movimento popular, que contou com o apoio de Sua Majestade o Rei Mohammed VI, as mulheres ganharam

¹⁹³ Tradução livre do autor: “18. Aviso de intenção de se casar. (1) Sujeito às disposições da seção 23, onde um homem e uma mulher desejam se casem, devem, pelo menos, vinte e um dias antes do dia em que se propõem se casar, aviso de sua intenção a um registrador ou a um oficial de registro. (2) Um aviso dado nesta seção deve conter – (...) (f) uma declaração de que o casamento se destina a ser monógamo ou polígamo ou o caráter potencialmente poligâmico, conforme o caso; (g) onde o casamento deve ser polígamo, os nomes das esposas do marido; ”

¹⁹⁴ IBGE. **Países**. Disponível em <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/marrocos/info/populacao>. Acesso em 31/01/2018

¹⁹⁵ US DEPARTMENT OF STATE. **2010 Report on International Religious Freedom**. Disponível em < <https://www.state.gov/j/drl/rls/irf/2010/148812.htm> >. Acesso em 21/01/2018

¹⁹⁶ EMBAIXADA DO MARROCOS EM PORTUGAL. **Direito das mulheres**. Disponível em < http://www.emb-marrocos.pt/textos/marrocos-em-movimento/direitos-das-mulheres_33.html >. Acesso em 23/01/2018

mais igualdade, em particular no direito de casar sem o consentimento de um parente do sexo masculino, podendo mesmo iniciar um processo de divórcio por sua iniciativa. O Parlamento de Marrocos aprovou por unanimidade a reforma de código da família de 1957. Foram introduzidas importantes melhorias nas condições das mulheres, igualando os direitos dos homens em várias áreas. O código introduziu "a igualdade de direitos de ambos os sexos", de forma que se substituiu o conceito do varão pelo conceito de "responsabilidade familiar conjunta" de ambos os cônjuges. Os deputados qualificaram de "revolucionária" toda esta reforma. Entre os avanços registados está a limitação da poligamia e a eliminação do repúdio sem causa (apesar de ambas poderem ser aceites pelos juízes em casos excepcionais). Também se elevou a idade da mulher para contrair matrimónio de 15 para 18 anos, igualando-a à do homem.

O novo código outorga também poderes aos juízes para aceitar a petição de divórcio emitida pela mulher.

Quanto aos direitos da criança, a Mudawana reconhece a filiação dos nascidos de mãe solteira e a possibilidade de tutela materna em caso de divórcio.

Como se vê, manteve-se a Poligamia na legislação Codificada, trazendo, no entanto, restrições que dificultaram a sua aplicação. A manutenção da Poligamia na nova legislação é fruto da obediência estrita do Estado aos ditames previstos pelo Islã, conforme anota Dario Moura Vicente¹⁹⁷

É o que sucede, por exemplo, em Marrocos, cujo Código da Família (Mudawana) de 2004, embora ditado pela intenção de melhorar a condição da mulher na sociedade familiar, se manteve nesta matéria fiel à tradição muçulmana - aliás em conformidade com as orientações que o Rei fixara à comissão encarregada da sua preparação, nas quais declarou que lhe não seria possível "autorizar o que Deus proibiu, nem proibir o que Ele autorizou". Tal a razão por que se preservaram no código institutos como a poligamia e o repúdio.

¹⁹⁷ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado. Volume 1, Introdução e Parte Geral**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 394.

A poligamia foi mantida, mas dificultada. De fato, já no item 4¹⁹⁸ do preâmbulo do Código de Família¹⁹⁹ o legislador Marroquino diz textualmente que o polígamo deve provar que tem condições de tratar com equidade as mulheres com quem casar (e isto não se presume, deve mesmo ser comprovado), ficando a análise a critério do juiz.

No mesmo item 4²⁰⁰ reforça o legislador que

Par conséquent, la polygamie n'est autorisée que selon les cas et dans les conditions légales ci-après :

- Le juge n'autorise la polygamie que s'il s'assure de la capacité du mari à traiter l'autre épouse et ses enfants équitablement et sur un pied d'égalité avec la première, et à leur garantir les mêmes conditions de vie, et que s'il dispose d'un argument objectif exceptionnel pour justifier son recours à la polygamie ;
- La femme peut subordonner son mariage à la condition, consignée dans l'acte, que son mari s'engage à s'abstenir de prendre d'autres épouses.²⁰¹

¹⁹⁸ Texto original: "4. S'agissant de la polygamie, Nous avons veillé à ce qu'il soit tenu compte des desseins de l'Islam tolérant qui est attaché à la notion de justice, à telle enseigne que le Tout-Puissant a assorti la possibilité de polygamie d'une série de restrictions sévères : " Si vous craignez d'être injustes, n'en épousez qu'une seule ". Mais le Très-Haut a écarté l'hypothèse d'une parfaite équité, en disant en substance : " vous ne pouvez traiter toutes vos femmes avec égalité, quand bien même vous y tiendriez " ; ce qui rend la polygamie légalement quasi-impossible. De même, avons-Nous gardé à l'esprit cette sagesse remarquable de l'Islam qui autorise l'homme à prendre une seconde épouse, en toute légalité, pour des raisons de force majeure, selon des critères stricts draconiens, et avec, en outre, l'autorisation du juge ".

¹⁹⁹ EMBAIXADA DO MARROCOS EM PORTUGAL. **Código de Família Marroquino, Lei n.º 70/03 promulgada pelo Dahir n.º 1-04-22 de 3 de fevereiro de 2004.** Disponível em <http://www.emb-marrocos.pt/cache_bin/XPQdpKQXX154kSkFEXmqx8ZKU.pdf>. Acesso em 23/01/2018

²⁰⁰ EMBAIXADA DO MARROCOS EM PORTUGAL. **Código de Família Marroquino, Lei n.º 70/03 promulgada pelo Dahir n.º 1-04-22 de 3 de fevereiro de 2004.** Disponível em <http://www.emb-marrocos.pt/cache_bin/XPQdpKQXX154kSkFEXmqx8ZKU.pdf>. Acesso em 23/01/2018

²⁰¹ Tradução livre do autor: "Portanto, a poligamia é permitida apenas caso e sob as seguintes condições legais:

- O juiz autoriza a poligamia somente se ele garantir a capacidade do marido para tratar a outra esposa e seus filhos justamente e em um pé igualdade com o primeiro, e garantir-lhes as mesmas condições de vida, e se ele tiver um argumento objetivo excepcional para justificar recorrer à poligamia;
- A mulher pode subordinar seu casamento à condição, registrada no ato, que seu marido se compromete a abster-se de tomar qualquer outra esposa".

A regulação legal da Poligamia no Marrocos se encontra especificamente nos artigos 40 e 41 do Código de Família, que tem o seguinte teor

Article 40

La polygamie est interdite lorsqu'une injustice est à craindre envers les épouses. Elle est également interdite lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse.

Article 41

Le tribunal n'autorise pas la polygamie dans les cas suivants :

- lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n'ont pas été établis ;
- lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leur assurer équitablement, l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie.²⁰²

Mesmo com essas regras rígidas, os casamentos poligâmicos no Marrocos continuam ocorrendo.

Segundo Andreia Rute da Silva Baptista²⁰³, em dissertação de mestrado publicada na Universidade de Minho, Portugal, chamada “Marrocos: No caminho da Emancipação da mulher Muçulmana”

O estudo de 2007 refere que a questão da poligamia continuava, àquela data, a ser vista pelos homens como uma arma, como o símbolo do seu poder. Assim, e muito naturalmente, esta questão continua a ser controversa e aceite com reticências. Os juízes concordam com o facto de, segundo este novo Código da Família, a poligamia ser efectivamente uma excepção, dado o carácter rigoroso das condições impostas para a sua autorização. Quando os tribunais concedem autorização para a prática da poligamia fazem-no com base em questões morais, como o facto de a futura segunda esposa já se encontrar grávida ou a coabitação com as duas mulheres ser já

²⁰² Tradução livre do autor: “Artigo 40 A poligamia é proibida quando se teme uma injustiça para as esposas. Também é proibido onde existe uma condição de esposa em virtude da qual o marido se compromete a não outra esposa. Artigo 41 O tribunal não permite a poligamia nos seguintes casos: - onde a justificativa objetiva e o carácter excepcional não são estabelecidos; - quando o requerente não possui recursos suficientes para atender às necessidades de ambas as casas e garantir equitativas, manutenção, habitação e outras exigências da vida”.

²⁰³ BAPTISTA, Andreia Rute da Silva. Marrocos: **No caminho da Emancipação da mulher Muçulmana**. P. 175/176. Disponível em <
<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/19476/1/Marrocos%20-%20No%20Caminho%20da%20Emancipa%C3%A7%C3%A3o%20da%20Mulher%20Mu%C3%A7ulmana%20%28Andreia%20Baptista%20-%20pg12838%29.pdf>> Acesso em 23/01/2018

uma realidade, limitando-se os juízes a cobrirem de legalidade uma prática que já existe no momento do pedido de autorização.

Portanto, vê-se que também no Marrocos o casamento legal poligâmico é perfeitamente possível.

1.3.6 Síria

A Síria tem uma população de 18.502.413.²⁰⁴

Na Síria, assim como ocorre com os demais países Muçulmanos, a Poligamia é permitida nos termos dispostos no Alcorão.

De fato, conforme relatório do SIGI²⁰⁵ (Social Institutes & Gender Index)

Polygamy is permitted under Islamic Sharia law, which allows Muslim men to take up to four wives. Syrian law gives judges the right to prohibit men from taking second (or subsequent) wives if they deem the man to be incapable of providing adequate financial support, but does not require the consent of the first wife. According to data from a 2005 survey, 9% of urban men and 16.3% of rural men had more than one wife²⁰⁶.

Não é novidade nenhuma que a Síria encontra-se em severa guerra Civil. Tal fato tem potencializado as uniões poligâmicas, já que muitos homens morrem em combate ou deixam o país, abandonando as esposas com seus filhos.

Notícia publicado no site de notícias Internazionale.it²⁰⁷ retrata bem essa realidade

Sei mesi dopo la morte di suo marito in Siria, Maha, madre di due figli, ha preso una decisione sempre più comune in questo paese in guerra: è

²⁰⁴ IBGE. **Países**. Disponível em < <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/siria/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018

²⁰⁵ SOCIAL INSTITUTIONS & GENDER INDEX. **Syrian Arab Republic**. Disponível em < <https://www.genderindex.org/country/syrian-arab-republic/>>. Acesso em 24/01/2018

²⁰⁶ **Tradução livre do autor:** “A poligamia é permitida sob a lei islâmica da Sharia, que permite aos homens muçulmanos levar até quatro esposas. A lei síria confere aos juízes o direito de proibir que os homens tomem as segundas (ou subsequentes) esposas se julgarem incapazes de fornecer apoio financeiro adequado, mas não requerem o consentimento da primeira esposa. De acordo com dados de uma pesquisa de 2005, 9% dos homens urbanos e 16,3% dos homens rurais tinham mais de uma esposa”.

²⁰⁷ INTERNAZIONALE.IT. **Nella Siria in guerra si diffondono la poligamia e i divorzi**. Disponível em < <https://www.internazionale.it/notizie/2016/09/15/siria-poligamia-divorzi>>. Acesso em 24/01/2018

diventata una seconda moglie. Mentre migliaia di uomini muoiono o vanno in esilio, la poligamia e i divorzi si diffondono, come rivelano i dati ufficiali.

Maha, 31 anni, viveva nella provincia di Damasco, dove ci sono stati violenti combattimenti tra il governo siriano e i ribelli. “Dopo che mio marito è morto, colpito da spari, sono rimasta sola con i bambini, in una situazione molto difficile”, spiega la donna. “Mio cugino mi ha proposto di sposarlo e di andare a vivere con sua moglie e i bambini. È stata una decisione difficile, perché sua moglie è mia amica”.

“Nella nostra casa c'erano più donne che uomini”, spiega Mohammad, suo marito di 41 anni. “Come hanno fatto altri quattro miei amici, ho deciso di prendere come seconde mogli una vedova, per difendere la sua reputazione”. La guerra in Siria è costata la vita a più di trecentomila persone, in grande parte uomini. Il conflitto ha diviso numerose famiglie e molte coppie sono state messe a dura prova dalla povertà e dalla disoccupazione.

Una soluzione di comodo

Prima della guerra la poligamia in Siria era autorizzata, ma rara. Secondo i dati ufficiali, nel 2010 le unioni poligamiche registrate a Damasco erano il 5 per cento del totale dei matrimoni. Nel 2015 erano diventate il 30 per cento. “Molti uomini sono morti, emigrati o dati per dispersi”, spiega il giudice Mahmoud al Maarawi, capo dei tribunali religiosi che gestiscono lo stato civile in Siria. “Ci sono più donne che uomini e la soluzione, dal punto di vista legale e religioso, è la poligamia”.²⁰⁸

Portanto, na Síria, assim como nos demais países acima analisados, a Poligamia é legalmente aceita.

²⁰⁸ Tradução livre do autor: “Seis meses após a morte do marido na Síria, Maha, uma mãe de dois filhos, tomou uma decisão cada vez mais comum nesse país devastado pela guerra: tornou-se uma segunda esposa. Enquanto milhares de homens morrem ou se exilam, a poligamia e os divórcios se espalham, como revelam os números oficiais.

Maha, 31, morava na província de Damasco, onde houve violentos combates entre o governo sírio e os rebeldes. “Depois que meu marido morreu, atingido por tiros, fui deixado sozinho com as crianças, em uma situação muito difícil”, explica a mulher. “Meu primo me propôs casar com ele e ir viver com sua esposa e filhos. Foi uma decisão difícil, porque sua esposa é minha amiga”.

“Em nossa casa, havia mais mulheres do que homens”, explica Mohammad, seu marido de 41 anos. “Como outros quatro meus amigos, decidi fazer uma viúva como segunda esposa, para defender sua reputação”. A guerra na Síria custou as vidas de mais de trezentos mil pessoas, principalmente homens. O conflito dividiu muitas famílias e muitos casais foram severamente testados pela pobreza e pelo desemprego.

Uma solução conveniente

Antes da guerra, a poligamia na Síria foi autorizada, mas rara. De acordo com dados oficiais, em 2010, os sindicatos polígamas registrados em Damasco eram 5% do total de casamentos. Em 2015, eles se tornaram 30 por cento. “Muitos homens estão mortos, emigrantes ou faltam dados”, explica o juiz Mahmoud al Maarawi, chefe dos tribunais religiosos que administram o estado civil na Síria. “Há mais mulheres do que homens e a solução, do ponto de vista jurídico e religioso, é a poligamia”.

1.3.7 África do Sul

A África do Sul é um país do continente Africano, que tem população de cerca de 54.490.406 milhões de habitantes²⁰⁹.

Segundo o site do Ministério da Justiça, eis mais algumas características da África do Sul²¹⁰

Idioma Oficial: Inglês, africâner, Ndebele, Sesotho do Norte, Sesotho do sul, Swazi, Tsawana, Tsonga, Venda, Xhosa e Zulu.

Sistema jurídico: O sistema jurídico da África do Sul é misto, e baseia-se no Civil Law romano-holandês, no Common Law inglês e no direito consuetudinário.

Estrutura Jurídica: A estrutura jurídica da África do Sul é composta pelo Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal de Justiça, Tribunais Superiores e Tribunais Magistrados.

Como se vê, vários são os idiomas oficiais da África do Sul. Isto porque “A África do Sul é o lar de uma população que é rica em diversidade cultural e étnica. Das ruas de suas cidades metropolitanas às aldeias rurais do seu interior, a população predominantemente nova da África do Sul é caracterizada por uma ampla gama de línguas, crenças religiosas e costumes”.²¹¹

De fato, na África do Sul a população, em relação as etnias, divide-se em²¹²:

Branços (comunidade européia, principalmente holandeses e ingleses) 5.4m (12%).

Coloridos (mestiços) 3.8m (8,5%).

Asiáticos (chineses, indianos) 1.2m (2,5%).

²⁰⁹ IBGE. **Países**. Extraído do site do IBGE. Disponível em <https://pais.es.ibge.gov.br/#/pt/pais/afrika-do-sul/info/populacao>. Acesso em 31/01/2018

²¹⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Cooperação internacional**. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais/afrika-do-sul>. Acesso em 31/01/2018

²¹¹ SATA - STATISTICS SOUTH AFRICA. **Knowing the Population**. Disponível em <http://www.statssa.gov.za/?page_id=595>. Acesso em 31/01/2018

²¹² EMBAIXADA DA AFRICA DO SUL. **Geografia**. Disponível em <<http://www.afrikadosul.org.br/geografia>>. Acesso em 31/01/2018

Negros (grupos étnicos : Zulu, Sotho, Tswana, Xhosa, Tsonga, Swazi, Venda, Ndebele) 34.3m (77%).

Esta diversidade presente na África do Sul cria situações jurídicas interessantes. Uma lei que uniformize procedimentos, sobretudo em questões como direito de Família, é praticamente impossível, em razão das diversas culturas presentes no país.

Bem por isso, como se viu acima, o sistema jurídico na África do Sul é baseado no Civil Law Romano-holandês, no Common Law inglês e no direito consuetudinário.

A Constituição da África do Sul, em sua Seção 211, apregoa

211. Recognition

1. The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognised, subject to the Constitution.
2. A traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs.
3. The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law.²¹³

Sabendo-se que o Direito Consuetudinário é o conjunto de normas não escritas que derivam da tradição e costumes de um povo, e tendo-se em mente que na África do Sul estes costumes são base do sistema jurídico, deve-se questionar como fica a regulação dos casamentos naquele país.

²¹³ Tradução livre do autor: “211. Reconhecimento - 1. A instituição, o status e o papel da liderança tradicional, de acordo com o direito consuetudinário, são reconhecidos, sujeitos à Constituição.

2. Uma autoridade tradicional que observa um sistema de direito consuetudinário pode funcionar sujeito a qualquer legislação aplicável e alfanega, que inclui alterações para, ou revogar, essa legislação ou esses costumes.

3. Os tribunais devem aplicar o direito consuetudinário quando essa lei é aplicável, sob reserva da Constituição e qualquer legislação que trate especificamente do direito consuetudinário”.

A resposta está na Lei 120/98, que é conhecida na África do Sul como a “**Recognition of Customary Marriages Act**”. Esta Lei, conforme seu preâmbulo, é destinada a

To make provision for the recognition of customary marriages; to specify the requirements for a valid customary marriage; to regulate the registration of customary marriages; to provide for the equal status and capacity of spouses in customary marriages; to regulate the proprietary consequences of customary marriages and the capacity of spouses of such marriages; to regulate the dissolution of customary marriages; to provide for the making of regulations; to repeal certain provisions of certain laws; and to provide for matters connected therewith.²¹⁴

Em resumo, a Lei 120/98 autoriza a regulamentação e legalização de toda a forma de casamento, inclusive poligâmico, desde que provado que tal casamento se realizou com base nos costumes dos contraentes.

Interessante observar que esta mesma lei é a base para a regularização dos casamentos do próprio ex-presidente da África do Sul, Jacob Zuma, um polígamo assumido, conforme se vê pela reportagem publicada no Jornal “La Republica it” intitulada “Zuma, presidente e polígamo, sposo felice per la quinta volta”.²¹⁵

Assim, na África do Sul é possível casamento poligâmico legal.

1.3.8 Os raros casos de Poliandria

Já se disse anteriormente que a maioria das famílias plurais é formada por arranjos poligínicos, ou seja, o homem é poligâmico, mas as mulheres monogâmicas, como ocorre no islã.

²¹⁴ Tradução livre do autor: “Prever o reconhecimento dos casamentos habituais; especificar os requisitos para um casamento habitual válido; para regular o registro de casamentos habituais; prever o status e a capacidade dos cônjuges em casamentos habituais; regular as consequências proprietárias dos casamentos habituais e a capacidade dos cônjuges desses casamentos; para regular a dissolução dos casamentos habituais; para prever a elaboração de regulamentos; revogar certas disposições de certas leis; e para fornecer assuntos relacionados com eles”.

²¹⁵ LA REPUBBLICA.IT. **Zuma, presidente e polígamo, sposo felice per la quinta volta**. Disponível em < http://www.repubblica.it/2010/01/sezioni/esteri/zuma-sposo-sudafrica/zuma-sposo-sudafrica/zuma-sposo-sudafrica.html?refresh_ce>. Acesso em 31/01/2018

Mas casos há – em menor número - em que ocorre a poliandria, que, já se viu, é quando a mulher tem mais de um companheiro.

Há dois tipos de poliandria. A primeira é a fraternal, que é aquela em que uma mulher compartilha um grupo de irmãos. Ela é ainda praticada no Nepal e no Tibet, conforme se observa através de reportagens publicadas no site G1²¹⁶.

Grulan e Mayers²¹⁷ tratam da Poliandria Fraternal

Poliandria se refiere al matrimonio de una mujer con más de un esposo. La poliandria un raro arreglo matrimonial practicado en algunas zonas del Tibet, Nepal, Sri Lanka y la India. Se han informado incidentes de poliandria entre los indios kalapalos de Brasil (Basso 1973). El tipo de poliandria generalmente practicado es la poliandria fraternal. En la poliandria fraternal todos los hermanos en una familia comparten una esposa. Los pahari de Jausar Bawar en el norte de la India practican poliandria fraternal. El hermano mayor habitualmente arregla la boda. Todos los hermanos se acuestan con la esposa, y cualquier niño llama a los hermanos padre, sin importar la paternidad biológica.²¹⁸

As razões dessa Poliandria fraternal são bem explicadas por Lígia Mendes Calazans²¹⁹

Sua forma mais praticada, segundo tais pesquisadoras, já que esse sistema busca evitar a divisão de recursos naturais entre diversas famílias é a chamada Fraternal Polyandry, quando irmãos se relacionam com a mesma mulher. Mas há, também, o formato em que o homem compartilha sua esposa com parente próximo.

²¹⁶ Disponível em < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/costume-himalaio-de-uma-noiva-para-varios-irmaos-esta-sumindo.html> >. Acesso em 19/03/2018

²¹⁷ GRULAN, Stephen A. MAYERS, Marvin K. **Antropología Cultural**. Uma perspectiva Cristiana. Miami: Editorial Vida, 1997.

²¹⁸ Tradução livre do autor: “Poliandria refere-se ao casamento de uma mulher com mais de um marido. A poliandria é um arranjo familiar raro praticado em algumas áreas do Tibete, Nepal, Sri Lanka e Índia. Incidentes de poliandria foram relatados entre os índios Kalapalos do Brasil (Basso 1973). O tipo de poliandria geralmente praticada é a poliandria fraternal. Na poliandria fraterna todos os irmãos de uma família compartilham uma esposa. Os pahari de Jausar Bawar, no norte da Índia, praticam a poliandria fraterna. O irmão mais velho geralmente organiza o casamento. Todos os irmãos dormem com a esposa, e qualquer criança chama os irmãos de pai, independentemente da paternidade biológica.”

²¹⁹ CALAZANS, Lígia Mendes. **Poliandria à Brasileira**: considerações sobre a família, o controle sexual, o papel da mulher e a aceitação do diferente na TV e no cinema brasileiro. Disponível em < <http://www.bocc.ubi.pt/pag/calazans-ligia-2017-poliandria-brasileira.pdf> >. Acesso em 20/03/2019

Melvyn Goldstein (1976), que no século XX, estudou in loco grupos em três vilas tibetanas, com predominância de arranjos poliândricos, viu que o número de homens e de mulheres era, praticamente, o mesmo, descartando a hipótese de desequilíbrio social e, constatando que a situação socioeconômica é fator determinante de motivação desse arranjo.

E arremata a autora²²⁰

Naquela sociedade, a poliandria ocorre por haver escassez de terra e por causa da difícil subsistência de todos. De modo geral, as famílias desses vilarejos dão preferência ao casamento poliândrico, evitando que suas terras sejam divididas entre os filhos e suas novas famílias, e que o sustento de todos fique cada vez mais difícil. Quando a família tem apenas um filho, não há perigo de divisão de terra, então, mantém-se o casamento monogâmico.

A segunda forma de poliandria é a livre ou “não fraterna”, onde uma mulher se relaciona com diversos homens sem que eles tenham laços de parentesco. Segundo Karin Golaski²²¹ “è prevalentemente diffusa in India meridionale tra la popolazione Nayar”.

Jaan Valsiner²²², com apoio em Menon, descreve como funciona a Poliandria em Nayar

Exemplos de poliandria não fraterna são ainda mais importantes para compreender a construção cultural desta forma plural de casamento. A questão dos ciúmes sexuais masculinos vem assombrando pesquisadores ocidentais, que têm fracassado em entender o papel comum que a sexualidade desempenha nas vidas da família humana (além do ato da reprodução). No caso da poliandria Nayar em Kerala (...), a relação entre maridos Nayar ou Nambudiri e sua esposa sambadham era re- gulada por simples regras de reciprocidade:

“O marido iria visitar a esposa à noite, e seria acomodado em um quarto apropriado destinado a este propósito. Se ele deixasse de gostar dela, o divórcio era simples; ele interrompia suas visitas. Inversamente, se ela não gostasse dele, ela se recusava a abrir a porta para ele ou, até mesmo,

²²⁰ CALAZANS, Lígia Mendes. **Poliandria à Brasileira**: considerações sobre a família, o controle sexual, o papel da mulher e a aceitação do diferente na TV e no cinema brasileiro. Disponível em < <http://www.bocc.ubi.pt/pag/calazans-ligia-2017-poliandria-brasileira.pdf> >. Acesso em 20/03/2019

²²¹ GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi de Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 83

²²² VALSINER, Jann. Fundamentos da psicologia cultural: mundos da mente, mundos da vida. Porto Alegre, RS: Artmed. 2012.

mais enfaticamente, atirava uma almofada ou travesseiro nele... O envolvimento financeiro do marido era mínimo; ele fornecia uma roupa e um manto, na época do casamento e durante Onam, Vishu, Tiruvatira, e, todo mês, uma determinada quantidade de óleo para o banho. Ele reconhecia a paternidade dos filhos assumindo as despesas implicadas no parto. (Menon, 2002, p. 802)".

Ve-se, pois, que ainda que muito mais raros, há países que aceitam as relações poliandricas, se não com autorização em normas escritas, mas com toda certeza calcadas em firmes costumes aceitos e acatados pelos envolvidos.

CAPÍTULO 2

MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS

2.1 Movimentos migratórios – aspectos gerais

Viu-se, no capítulo anterior, que a Poligamia é uma realidade de direito e de fato em muitos países.

Percebeu-se, também, que as relações plurais acompanham o ser humano desde sempre e milhões de pessoas tem a opção de viver em arranjo familiar múltiplo consentido, sendo essa relação albergada pela legislação dos países de origem.

Outra verdade indiscutível é que estas pessoas, provenientes de países legalmente poligâmicos, podem, por alguma razão, deixarem o local onde residem e se mudarem para outros países, inclusive aqueles que não aceitam a Poligamia, através dos chamados movimentos migratórios.

É sobre isso que se tratará neste capítulo.

2.1.1 Breve histórico dos movimentos migratórios

A importância do estudo dos movimentos migratórios é patente, dada as consequências destes movimentos para os antepassados e também os reflexos do deslocamento populacional que se projeta para as próximas décadas.

Paola Corti²²³ assinala que

Nei molti studi che hanno salutato l'arrivo del nuovo millennio con bilanci storiografici sul secolo passato e con proiezioni sociologiche sul futuro, alle migrazioni è stato riconosciuto un ruolo centrale tanto per il peso che esse hanno esercitato nella storia del Novecento, quanto per le espansioni che se ne possono prevedere in prospettiva. Assieme ai problemi sollevati dalle trasformazioni dei quadri ambientali e dal riacutizzarsi della conflittualità bellica in varie parti del mondo, i movimenti della popolazione

²²³ CORTI, Paola. **Storia delle migrazioni internazionali**. Roma-Bari: Laterza, 2010. p. V

sul territorio sono tra i fenomeni che vengono maggiormente percepiti nelle società contemporanee.²²⁴

E continua²²⁵

Su di essi si catalizzano infatti le paure e le ostilità delle mai sopite pulsioni xenofobe dei paesi di accoglienza. Moltiplicati e facilitati oggi dalla riduzione delle distanze geografiche e dalla grande influenza esercitata su di essi dalla velocità di trasmissione dei messaggi comunicativi, i movimenti migratori non solo hanno avuto largo spazio nel secolo passato - quando l'esodo di massa ha trovato una forte spinta nel processo di industrializzazione -, ma sono stati un'enorme risorsa che ha contribuito a sostenere i bilanci di singole famiglie e di intere comunità nei secoli precedenti l'affermazione dello sviluppo industriale.²²⁶

Os movimentos migratórios não são um fenômeno recente. O humano não é um ser estático, conforme destaca Lorenzo Prencipe²²⁷

Le migrazioni sono una costante della storia umana: «la sedentarietà, sostiene Hans Enzensberger, non fa parte delle caratteristiche genetiche della nostra specie». Non vi è época storica che non abbia conosciuto movimenti migratori, né area del pianeta che non ne sia stata investita. Nessuna società è statica, nemmeno la più stabile e sedentaria. Gli spostamenti di popolazioni, la trasformazione della mappa etnica e della mappa genetica – secondo Luigi CavalliSforza «i cosiddetti bianchi altro non sono che dei meticci, degli ibridi sul piano genetico. Il risultato di un antichissimo connubio tra popoli africani e orientali» –, il mescolarsi degli

²²⁴ Tradução livre do autor: “Nos muitos estudos que saudaram a chegada do novo milênio com relatos historiográficos do século passado e com projeções sociológicas sobre o futuro, a migração tem sido reconhecida como um papel central tanto pelo peso que exerciam na história do século XX, quanto às expansões que podem ser previstas em perspectiva. Juntamente com os problemas levantados pelas transformações dos quadros ambientais e o agravamento do conflito em várias partes do mundo, os movimentos da população no território estão entre os fenômenos mais percebidos nas sociedades contemporâneas”.

²²⁵ CORTI, Paola. **Storia delle migrazioni internazionali**. Roma-Bari: Laterza, 2010. p. V

²²⁶ Tradução livre do autor: “De fato, os medos e hostilidades dos infundáveis impulsos xenofóbicos dos países acolhedores são catalisados neles. Multiplicados e facilitados hoje pela redução das distâncias geográficas e pela grande influência exercida sobre eles pela velocidade de transmissão das mensagens comunicativas, os movimentos migratórios não só tiveram um grande espaço no século passado - quando o êxodo em massa foi encontrado um forte impulso no processo de industrialização - mas eles têm sido um enorme recurso que contribuiu para apoiar os orçamentos de famílias individuais e comunidades inteiras nos séculos anteriores à afirmação do desenvolvimento industrial”.

²²⁷ PRENCIPE, Lorenzo. **L'Italia tra emigrazione e immigrazione. I luoghi della memoria e il ruolo del Museo nazionale dell'Emigrazione Italiana**. Disponível em <https://www.ponteentreculturas.com.br/revista/luoghi_della_memoria.pdf>. Acesso em 06/03/2019

uomini e delle culture sono sempre stati, e sono tuttora, la regola, non l'eccezione.²²⁸

Dentro dessa mesma linha, Valerio Calzolaio e Telmo Pievani²²⁹ afirmam, logo na introdução da sua obra, que “La migrazione è un fattore evolutivo fondamentale, da sempre”.²³⁰

Klaus J. Bade²³¹ ressalta que “da quando esiste l' Homo sapiens existe anche l' Homo migrans, giacché le migrazioni fanno parte della conditio humana come la nascita, la procreazione, la malattia e la morte”.²³²

A propósito, Valerio Calzolaio²³³ lembra que os movimentos migratórios estão presentes em todas as espécies

Spostarsi di residenza non è un fenomeno unico delle specie umane. Le migrazioni non sono un fenomeno solo umano. Migrare è un comportamento di specie vissute prima dei primati e degli ominidi, di specie co-evolute con quelle umane, di specie estinte, di specie non ancora estinte. Non l'abbiamo inventato noi. Noi gli abbiamo dato un nome, varie definizioni. E, sempre noi, abbiamo dato un nome agli animali e alle specie, ai fattori biotici e a quelli abiotici. Abbiamo dato un nome a tempi nei quali non c'eravamo e a luoghi che non ci appartengono. Fin dal "nostro" principio individui e gruppi umani hanno visto muoversi e migrare anche individui e gruppi di altre specie. Noi siamo stati sempre condizionati

²²⁸ Tradução livre do autor: “A migração é uma constante na história da humanidade: “sedentarismo”, diz Hans Enzensberger, não faz parte das características genéticas da nossa espécie”. Não há tempo histórico que não conheceu movimentos migratórios, nem área do planeta que não tenha sido investido. Nenhuma sociedade é estática, nem mesmo a mais estável e sedentária. Os movimentos de populações, a transformação do mapa étnico e do mapa genético - de acordo com Luigi Cavalli Sforza «os chamados brancos não são mais que mestiços, híbridos no nível genético. O resultado de uma união muito antiga entre povos africanos e orientais” - a mistura de homens e as culturas sempre foram, e ainda são, a regra, não a exceção”.

²²⁹ CALZOLAIO, Valerio. PIEVANI, Telmo. **Libertà di Migrare – Perché ci spostiamo da sempre ed è bene così**. Torino:Giulio Einaudi Editore, 2016.

²³⁰ Tradução livre do autor: “A migração sempre foi um fator evolutivo fundamental”.

²³¹ BADE, Klaus J.. **L'Europa in Movimento**. Le migrazioni dal settcento a oggi. Editora Laterza:Roma, 2001. Tradução de Enzo Grillo. p. 4

²³² Tradução livre do autor: “Como o Homo sapiens existe, o Homo migrans também existe, pois a migração faz parte da conditio humana, como o nascimento, a procriação, a doença e a morte”.

²³³ CALZOLAIO, Valerio. **ECO Profughi. Migrazioni forzate di ieri, di oggi e di domani**. NDAPress:Rimini, 2016. p. 33

dal migrare di altre specie. Le altre specie sono poi state sempre condizionate dal nostro migrare.²³⁴

Mas obviamente que ao longo do tempo as razões e formas de deslocamentos humanos mudaram sensivelmente.

Durante muito tempo estas migrações ocorreram por razões de economia doméstica, sobretudo na idade pré-industrial

(...) pelos jovens que se distanciavam temporariamente das suas famílias – chamados pelos ingleses de *life-cycle-servants* - a fim de contribuir com a economia doméstica por meio de trabalhos ligados à manufatura, agricultura e comércio. Tal fato não ficou limitado aos homens, pois mesmo as jovens mulheres alimentaram os índices da mobilidade territorial desenvolvendo serviços em tecelagens, no cultivo da uva e no setor doméstico, por exemplo.²³⁵

Outra razão que determinou deslocamentos humanos foram as migrações intercontinentais “ocorridas através das grandes descobertas geográficas, dos processos de colonização, do desenvolvimento do comércio intercontinental e das penetrações missionárias, que foram responsáveis pelos principais fenômenos migratórios da Idade Moderna”.²³⁶

Após o período colonial e sobretudo depois das guerras mundiais, pode-se identificar, segundo Carla Piffer²³⁷

²³⁴ Tradução livre do autor: “Afastar-se da residência não é um fenômeno único da espécie humana. A migração não é apenas um fenômeno humano. Migrar é um comportamento de espécies vividas antes de primatas e homínídeos, de espécies co-evoluídas com espécies humanas, de espécies extintas, de espécies ainda não extintas. Nós não inventamos isso. Nós demos um nome, várias definições. E nós também demos nome a animais e espécies, fatores bióticos e abióticos. Demos um nome às vezes em que não estávamos lá e a lugares que não nos pertencem. Desde o princípio “nosso”, indivíduos e grupos humanos também viram indivíduos e grupos de outras espécies se moverem e migrarem. Sempre fomos condicionados pela migração de outras espécies. As outras espécies sempre foram condicionadas pela nossa migração”.

²³⁵ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2014. P. 133/134

²³⁶ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2014. P. 135

²³⁷ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União**

(...) três espécies de fluxos migratórios: 1) aquele que envolve a maior parte da População de origem europeia, colônias, funcionários e militares que haviam prestado serviço nas colônias; 2) aquele que teve como protagonista a População nativa que estabeleceram uma relação de colaboração com os governos coloniais e preferiram abandonar seu próprio país no temor de sofrer retaliação dos seus próprios conterrâneos; 3) o movimento dos refugiados induzido pela lógica da divisão seguida pelas potências coloniais no dismantelamento de seus impérios, bem como o surgimento de novos Estados, com as diversas guerras civis que acompanharam esses eventos.

Mais recentemente o que se tem experimentado são as migrações transnacionais, cujos deslocados são denominados os transmigrantes.

Migrações transnacionais são “definidas inicialmente como o processo mediante o qual os Imigrantes constroem elementos de ligação tanto com seu país de origem quanto com seu país de destino”.²³⁸ O transmigrante, por seu turno, no dizer de Maurizio Ambrosini²³⁹, é

(...) caratterizzata dalla partecipazione simultanea ad entrambi i poli del movimento migratorio e dal frequente pendolarismo tra di essi.

As migrações transnacionais (mais modernas), portanto, são mais complexas que as migrações de tempos passados, visto que naquelas (as transnacionais) há uma forte simbiose entre a carga cultural e social do país de origem e do Estado receptor do migrante. Quanto maior a dissonância social e cultural entre as nações, maior será a dificuldade de adequação dos migrantes transnacionais no seu destino.

Hoje o problema migratório é dos mais sérios e difíceis de serem solucionados. A vasta movimentação, aliada à forte resistência dos Estados

Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2014. P. 142

²³⁸ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia.** Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2014. P. 149

²³⁹ AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali.** Bologna: Il Mulino, 2009. P. 45

receptores dos migrantes, gera uma tormenta mundial de consequências previsíveis, mas ainda não dimensionadas.

A grave discriminação sofrida pelos migrantes somente vem agravar ainda mais esse quadro. Alessandro Dal Lago²⁴⁰ anota que essa discriminação já começa pelas denominações dadas aos migrantes

Prima ancora di essere discriminati nei fatti, migranti e profughi sono discriminati dal linguaggio che la nostra società escogita per rappresentarli. Un linguaggio che, pur modificandosi, mantiene inalterata la caratterizzazione di questi esseri umani come alieni: "immigrati", "extracomunitari", "clandestini", "irregolari", "terzomondisti", "del Terzo mondo" eccetera. Queste etichette, diffuse sia nel linguaggio ordinario sia in quello pubblico, giuridico, burocratico, politico, non solo falsificano la realtà sociale ed esistenziale dei migranti, ma catalizzano ogni sorta di significato negativo. Il migrante grazie a questo linguaggio dell'esclusione, è naturalmente miserabile minaccioso, disponibile al crimine.²⁴¹

Stephen Castles e Mark J Miller²⁴² também retratam esses problemas de aceitação dos migrantes, ao dizerem que

Indipendentemente dalle politiche dei governi, l'immigrazione può provocare reazioni forti in alcuni settori della popolazione. Infatti, molto spesso, l'immigrazione avviene in un momento di ristrutturazione economica e durante cambiamenti sociali di vasta portata. Sovente, se le condizioni di vita delle persone stanno già mutando è facile vedere nei nuovi arrivati la causa dell'insicurezza. (...) In modo analogo, nei paesi d'immigrazione del Sud, come Malesia e Sudafrica, gli immigrati sono visti come i responsabili di criminalità, malattie e disoccupazione; proprio attraverso campagne denigratorie nei loro confronti, i partiti di estrema destra sono aumentati fino a proliferare. Ne consegue che il razzismo non è solo una minaccia per gli immigrati, ma anche per le istituzioni democratiche e l'ordine sociale. Per questo, l'analisi di cause ed effetti del

²⁴⁰ DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale**. 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2008. p. 43/44

²⁴¹ Tradução livre do autor: "Antes de serem discriminados na prática, os migrantes e refugiados são discriminados pela linguagem que nossa sociedade concebe para representá-los. Uma linguagem que, enquanto se modifica, mantém a caracterização desses seres humanos como alienígenas: "imigrantes", "não-UE", "ilegal", "irregular", "terceiromundista", "de terceiro mundo" e assim por diante. Esses rótulos, difundidos tanto na linguagem comum quanto na linguagem pública, jurídica, burocrática e política, não apenas falsificam a realidade social e existencial dos migrantes, mas catalisam todo tipo de significado negativo. O migrante, graças a esta linguagem de exclusão, é naturalmente um crime miserável e ameaçador".

²⁴² CASTLES, Stephen. MILLER, Mark J. **L'Era dele Migrazioni. Popoli in movimento nem mondo contemporaneo**. Odaya:Bologna, 2012. p. 37

razzismo deve essere messa al centro di ogni dibattito che riguardi la migrazione internazionale e le sue conseguenze sulla società.²⁴³

Bom que se diga que a resistência aos migrantes independe se eles são forçados a sair de seus países de origem ou o fazem voluntariamente. Aliás, é sobre estas formas de deslocamentos que se tratará a seguir.

2.1.2 Movimentos migratórios forçados e voluntários

Os movimentos migratórios podem ser voluntários ou forçados.

Os primeiros (voluntários) são aqueles motivados, em regra, pela busca de uma vida melhor do que aquela do país de origem, mas sem que neste local haja, pelo menos de forma aparente, qualquer cause que force a migração.

Os segundos (forçados) são aqueles decorrentes de guerras, ameaças, perseguições ou tragédias ambientais que obrigam o deslocamento dos migrantes sob pena de morrerem ou correrem riscos à sua vida se permanecer nos países de origem.

Saskia Koppenberg²⁴⁴ traça a diferença entre migrações forçadas e voluntárias

At first glance, the distinction between voluntary and forced migration seems to be clear, drawing a line between (a) the voluntary decision of a person to migrate for one or, as is often the case, several motives; and (b) a person being forced to migrate in the interest of personal safety, motivated by differing types of force (Düvell 2006: 14-16). This is especially the case when distinguishing between those who are seeking employment or educational opportunities and others who are fleeing persecution and violence. The latter group is clearly defined by international law that entitles

²⁴³ Tradução livre do autor: “Independentemente das políticas do governo, a imigração pode causar fortes reações em alguns setores da população. De fato, muitas vezes, a imigração ocorre em um momento de reestruturação econômica e durante mudanças sociais de longo alcance. Muitas vezes, se as condições de vida das pessoas já estão mudando, é fácil ver os recém-chegados como a causa da insegurança. (...) Da mesma forma, nos países de imigração do Sul, como a Malásia e a África do Sul, os imigrantes são vistos como responsáveis pelo crime, doença e desemprego; precisamente através de campanhas de difamação contra eles, os partidos de extrema-direita proliferam”.

²⁴⁴ KOPPENBERG, Saskia. **Where Do Forced Migrants Stand in the Migration and Development Debate?** Oxford Monitor of Forced Migration, v. 2, n.1, 2012, pp. 77-90. Disponível em <http://www.migration4development.org/sites/default/files/skoppenberg_oxmo_vol-2-no-1_june2012_0.pdf>. Acesso em 06/03/2019

those who have a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion to a set of rights and to international protection.²⁴⁵

Mas o mesmo autor ressalta que

(...) on closer scrutiny, however, the line between forms of forced and voluntary migration becomes blurred. The truth is that forced migrants not only include refugees, but also asylum seekers and internally displaced persons (IDPs), whose status is not as well defined as those of refugees. Furthermore, migration is most often motivated by complex, mixed and shifting motives. Such motives render a clear distinction between, for example, the voluntary decision to migrate for educational reasons or forced migration due to persecution difficult to maintain. Even UNHCR, which sets forced migrants apart from other migrants, and especially refugees as protected by the 1951 Refugee Convention, has turned to the notion that 'human mobility is growing in scale, scope and complexity' (Crisp 2008: 3), while stressing that 'people are prompted [to] leave their own country by a combination of fears, uncertainties, hopes and aspirations which can be very difficult to unravel' (Crisp 2008: 5)".²⁴⁶

De fato, na prática existe mesmo um limbo entre as categorias "Migrações Forçadas" e "Migrações Voluntárias".

Este limbo encontra-se exatamente naqueles casos em que os migrantes não tem a obrigação de se deslocar, visto que não são perseguidos, não estão em guerra em seus países de origem e não há tragédia ambiental que lhes tenha

²⁴⁵ Tradução livre do autor: "À primeira vista, a distinção entre migração voluntária e forçada parece ser clara, traçando uma linha entre (a) a decisão voluntária de uma pessoa em migrar para uma ou, como o caso, vários motivos; e (b) uma pessoa sendo forçada a migrar no interesse do pessoal segurança, motivada por diferentes tipos de força (Düvell 2006: 14-16). Este é especialmente o caso quando distinguir entre aqueles que estão procurando emprego ou oportunidades educacionais e outros que fogem da perseguição e da violência. O último grupo é claramente definido por direito internacional que dá direito àqueles que têm um receio fundado de serem perseguidos por razões de raça, religião, nacionalidade, filiação a um determinado grupo social ou opinião política a um conjunto de direitos e à proteção internacional".

²⁴⁶ Tradução livre do autor: "No exame mais detalhado, entretanto, a linha entre as formas de migração forçada e voluntária torna-se borrado. A verdade é que os migrantes forçados não só incluem refugiados, mas também requerentes de asilo e pessoas deslocadas internamente (PDI), cujo estatuto não é tão bem definido como o dos refugiados. Além disso, a migração é mais frequentemente motivada por motivos complexos, mistos e inconstantes. Tal motivos fazem uma distinção clara entre, por exemplo, a decisão voluntária de migrar para razões educacionais ou migração forçada devido à perseguição difícil de manter. Mesmo ACNUR, que separa os migrantes forçados de outros migrantes, e especialmente os refugiados protegidos pelo Convenção dos Refugiados de 1951, voltou-se para a noção de que "a mobilidade humana está crescendo em escala, escopo e complexidade" (Crisp 2008: 3), enfatizando que "as pessoas são levadas a deixar suas próprio país por uma combinação de medos, incertezas, esperanças e aspirações que podem ser muito difícil desvendar" (Crisp 2008: 5).

atingido, mas ao mesmo tempo a permanência em sua terra original lhes trará uma condição de miserabilidade ou sofrimento que estimula decisivamente a busca de um lugar em melhor situação econômica e que lhes de alguma perspectiva de sobrevivência digna.

Robert Kurz²⁴⁷ adverte que

É preciso deixar de dar explicações do tipo “o ser humano sempre fez guerras e sempre migrou”. Isto não ajuda a compreender este fenômeno que é inédito e nunca ocorreu em tão alta escala como agora. A migração não é nada novo na história da modernização, mas, sim, há um erro na avaliação ao dizer que as pessoas migram livremente em busca de melhores condições. É um processo coativo. Os pobres são livres para vender sua mão de obra, porém fazem isto porque não têm condições para controlar sua existência. A transformação da sociedade capitalista numa situação mundial produziu uma sociedade de exclusão. O ser humano participa de um sistema no qual vende abstratamente sua mão de obra e integra uma engrenagem (montada) para produzir acumulação infinita de capital.

Poder-se-ia dizer, então, que os migrantes voluntários se dividem em duas categorias, quais sejam, os “migrantes voluntários por necessidade” e os “migrantes voluntários por opção”. Na primeira categoria estão os que migram porque, na origem, sua condição não permite uma vida digna. Na segunda categoria estão aqueles que migram em busca de uma vida diferente (estudo, trabalho, etc.) mas que, em seu local de origem, não se encontram em condição de miserabilidade.

Na realidade, as razões dos movimentos migratórios, por mais variadas que possam ser, estão sempre ligadas à pobreza e à esperança, conforme adverte Paolo Ferreiro, citado por Carla Piffer²⁴⁸

(...) povertà e speranza – sono indissolubilmente legati, ancora oggi. E se la povertà ha la sua radice nella terra di provenienza, la speranza há a che fare con il paese in cui si va, con la terra promessa. Ieri come oggi, l'emigrazione non avviene a caso ma quasi sempre è frutto di meditazioni

²⁴⁷ KURZ, Robert. **Barbárie, migração e guerras de ordenamento mundial**. In: Serviço Pastoral dos Migrantes. (Org.) *Travessias na desordem global* - Fórum Social das Migrações. São Paulo: Paulinas, 2005.

²⁴⁸ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2014. P. 132

profonde e anche laceranti. Riflessioni in cui si valuta la possibilità di trovare un lavoro, certo, ma anche la forza di quella rete di solidarietà costituita dal sostegno di chi è emigrato prima.²⁴⁹

Essa conjugação pobreza/esperança se mostra claramente quando se nota que o deslocamento de alguém de seu local de origem para outro é ditado invariavelmente pela busca de uma vida melhor ao próprio migrante e aos seus entes queridos.

Mas esta mudança não se mostra confortável nem para o migrante e nem para as comunidades receptoras.

De fato, “qualquer fenômeno relacionado à Imigração, independentemente do local em que ocorra, é acompanhado por um conjunto de mudanças e um considerável impacto na vida do grupo. Não se trata de um fato cotidiano, mas sim de uma excepcionalidade que marca profundamente, através de gerações, as memórias individuais e coletivas dos envolvidos”.²⁵⁰

Bem por isso Giovanni Gozzini²⁵¹ diz que

(...) un vero emigrante soffre, tradizionalmente, di una triplice dislocazione: perde il suo luogo, entra in una lingua straniera e si trova circondato da esseri i cui codici di comportamento sociale non sono molto diversi, e a volte persino offensivi, rispetto ai suoi. E questo è ciò che rende gli emigranti figure tanto importanti perchè le radici, la lingua e le norme sociali sono fra le più importanti componenti nella definizione dell'essere umano. L'emigrante, cui sono negate tute e tre, è obbligato a trovare nuovi modi di descrivere se stesso, nuovi modi di essere umano”.²⁵²

²⁴⁹ Tradução livre do autor: “[...] pobreza e esperança – estão intimamente ligadas até hoje. E se a pobreza tem suas raízes na terra de origem, a esperança tem a ver com o país para o qual se vai, com a terra prometida. Ontem e também hoje a migração não ocorre ao acaso, mas quase sempre é o resultado de meditações profundas e até mesmo dilacerantes. Reflexões em que se considera a possibilidade de encontrar um emprego, é claro, mas também a força da rede de solidariedade constituída pelo apoio daqueles que emigraram antes”

²⁵⁰ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2014. P. 132

²⁵¹ GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005. P. 134

²⁵² Tradução livre do autor: “Um verdadeiro Imigrante sofre, tradicionalmente, de uma tripla deslocação: perde o seu lugar, entra em uma língua estrangeira e se encontra circundado de

Trazendo a questão ao tema deste trabalho, registre-se que todas estas dificuldades encontradas pelos migrantes são potencializadas quando uma questão tão relevante e polêmica quanto a escolha do arranjo familiar entra em cena.

Realmente, a escolha de um modelo poligâmico de família no país de origem traz sérios problemas ao migrante quando adentra em países tradicionalmente monogâmicos como são, por exemplo, os europeus. Esta questão, no entanto, será tratada no próximo capítulo.

2.1.3 Os movimentos migratórios em números

Os números dos movimentos migratórios nas últimas décadas impressionam.

Fazendo um apanhado desde 1910, Seyla Benhabib²⁵³ discorre que

È stato calcolato che se nel 1910 circa 33 milioni di persone vivevano nella condizione di immigrati in paesi diversi da quelli di origine, già nel 2000 quel numero era salito a 175 milioni. Nello stesso arco di tempo (1910-2000), la popolazione mondiale è cresciuta da 1,6 a 5,3 miliardi di persone, cioè si è triplicata (Zlotnik, 2001, p. 227). Le migrazioni, peraltro, sono aumentate di quasi sei volte nello stesso arco di tempo. È sorprendente notare che l'aumento del numero di migranti tra il 1910 e il 2000 ha riguardato per oltre il 50 per cento gli ultimi trentacinque anni del xx secolo, dal 1965 al 2000: in questo periodo, 75 milioni di persone hanno attraversato i confini per stabilirsi in paesi diversi da quelli di origine (Nazioni Unite, Dipartimento degli Affari economici e sociali, 2002).²⁵⁴

seres cujos códigos de comportamento social não são muitos diversos, e as vezes inclusive ofensivos respeito aos seus. E isto é o que atribui aos Imigrantes figuras tão importantes pois as raízes, a língua e as normas sociais estão dentre os mais importantes componentes na definição dos Seres Humanos. O Imigrante, quando lhes são negados todos os três, é obrigado a encontrar novos modos de descrever a si mesmo, novos modos de Ser Humano”

²⁵³ BENHABIB, Seyla. **I diritti degli altri**. Stranieri, residenti, cittadini. Milano: Raffaello Cortina Editore. 2006. P. 4

²⁵⁴ Tradução livre do autor: “Calculou-se que se em 1910 cerca de 33 milhões de pessoas viviam como imigrantes em outros países que não os de origem, em 2000 esse número subiu para 175 milhões. No mesmo período de tempo (1910-2000), a população mundial cresceu de 1,6 para 5,3 bilhões de pessoas, ou seja, triplicou (Zlotnik, 2001, p. 227). Além disso, as migrações aumentaram quase seis vezes em relação ao mesmo período de tempo. É surpreendente notar que o aumento no número de migrantes entre 1910 e 2000 envolveu os últimos trinta e cinco anos do século XX, de 1965 a 2000, por mais de 50%: nesse período, 75 milhões de pessoas cruzaram as fronteiras para estabelecer-se em outros países que não os de origem (Nações Unidas, Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais, 2002)”.

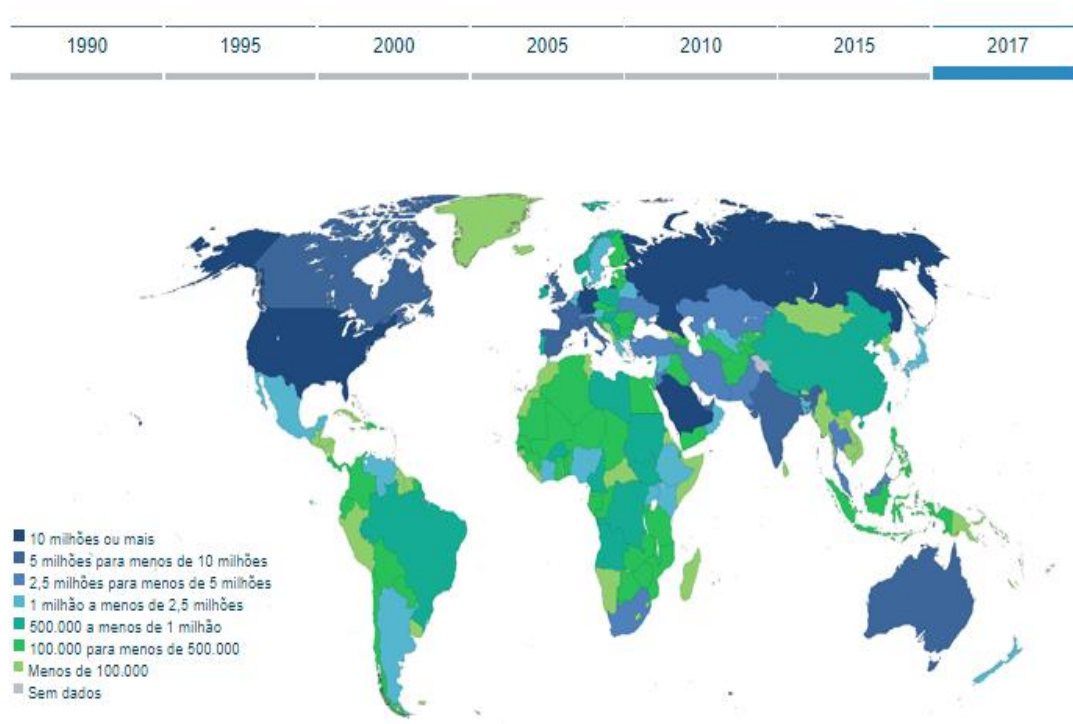
Trazendo para o momento mais contemporâneo, segundo dados da Organização das Nações Unidas²⁵⁵, o número de migrantes no mundo, até 2017, teve a seguinte evolução:

Ano	Quantidade de migrantes internacionais no meio do ano (ambos os sexos)
1990	152.542.373
1995	160.700.028
2000	172.604.257
2005	190.531.600
2010	200.019.266
2015	247.585.744
2017	257.715.425

As estatísticas mostram que em 2017 quase 258.000.000 (duzentos e cinquenta e oito milhões) de pessoas migraram e que houve um aumento de 49% do número de migrantes de 2000 até 2017.

²⁵⁵ Nações Unidas. Disponível em <
<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>>
 . Acesso em 07/03/2019

A América do Norte, a Europa, a Ásia e os países da Oceania são os maiores receptores de migrantes, como bem retratado no mapa²⁵⁶ abaixo



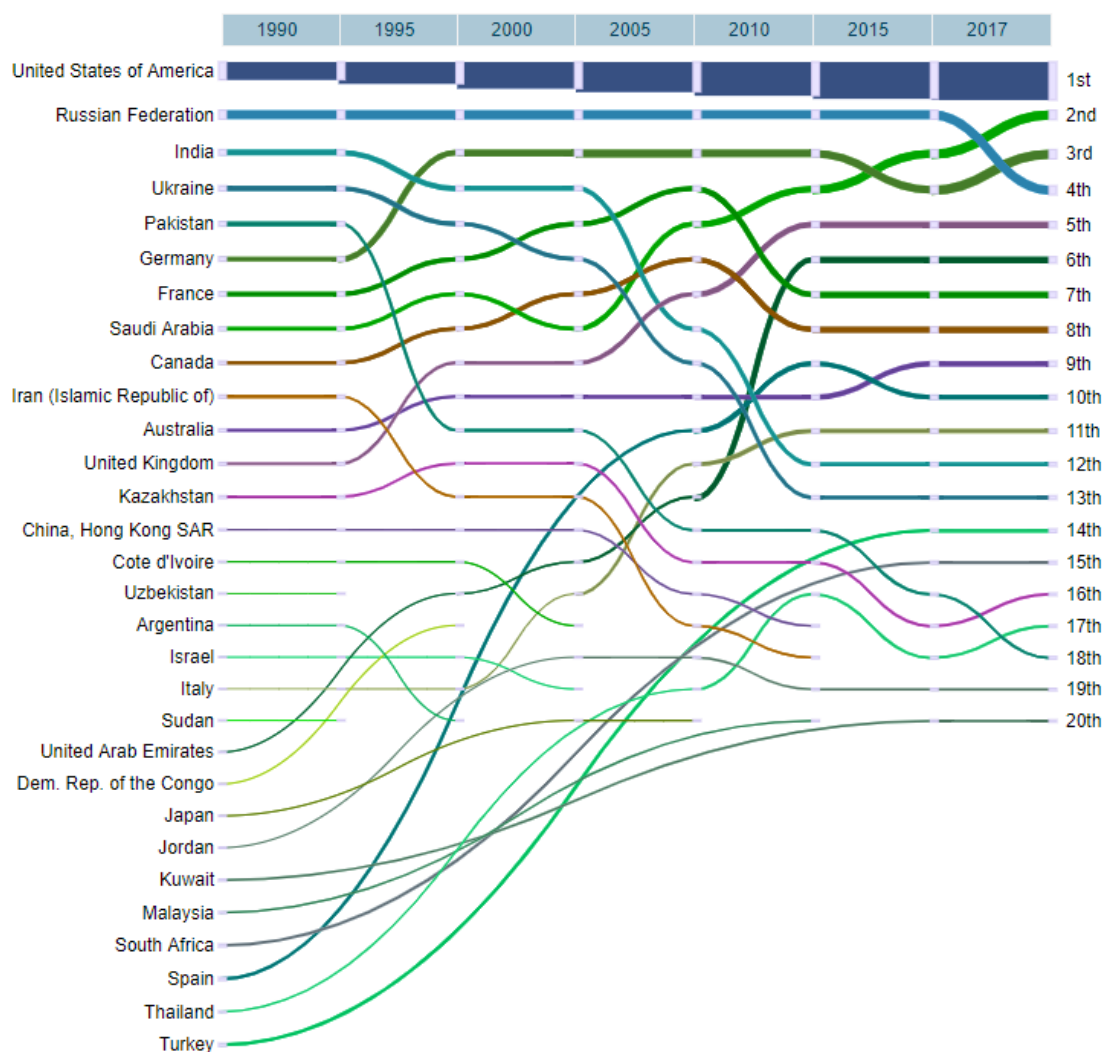
Outro dado interessante: mais de 60% de todos os migrantes internacionais estão na Ásia (80 milhões) ou na Europa (78 milhões)²⁵⁷.

Os vinte países que mais receberam migrantes desde 1990, até 2017, são os seguintes²⁵⁸

²⁵⁶ Nações Unidas. Disponível em <
<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>>
. Acesso em 07/03/2019

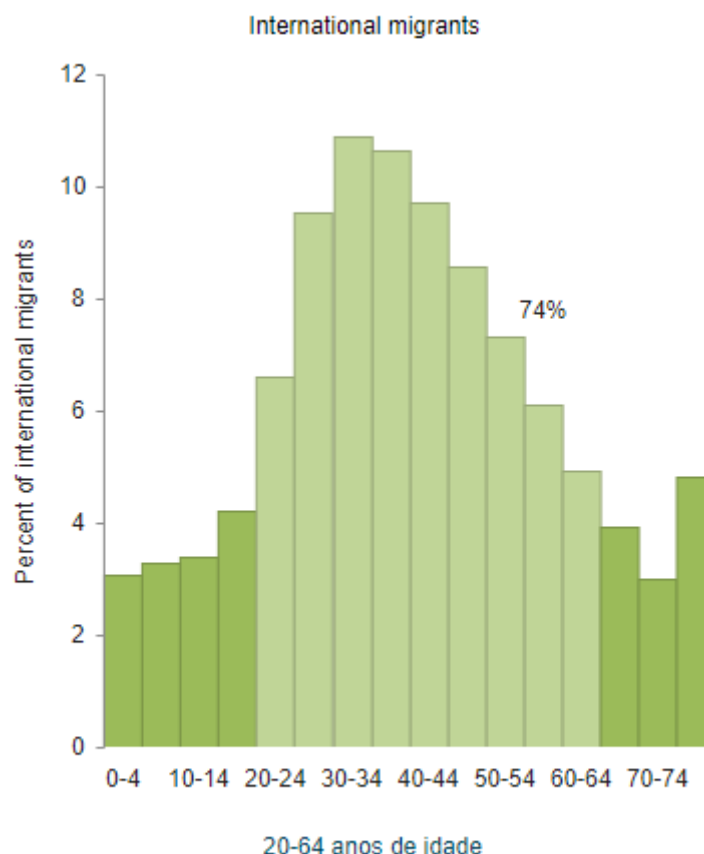
²⁵⁷ Nações Unidas. Disponível em <
<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>>
. Acesso em 07/03/2019

²⁵⁸ Nações Unidas. Disponível em <
<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>>
. Acesso em 07/03/2019



No tocante à faixa etária dos migrantes, percebe-se que 74% tem entre 20 e 64 anos, mas a maioria encontra-se entre 30 e 40 anos, conforme emerge do gráfico abaixo²⁵⁹

²⁵⁹ Nações Unidas. Disponível em <
<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>>
 . Acesso em 07/03/2019



Se tratarmos apenas de deslocamentos forçados, os números, em 2017, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados²⁶⁰, são bastante representativos.

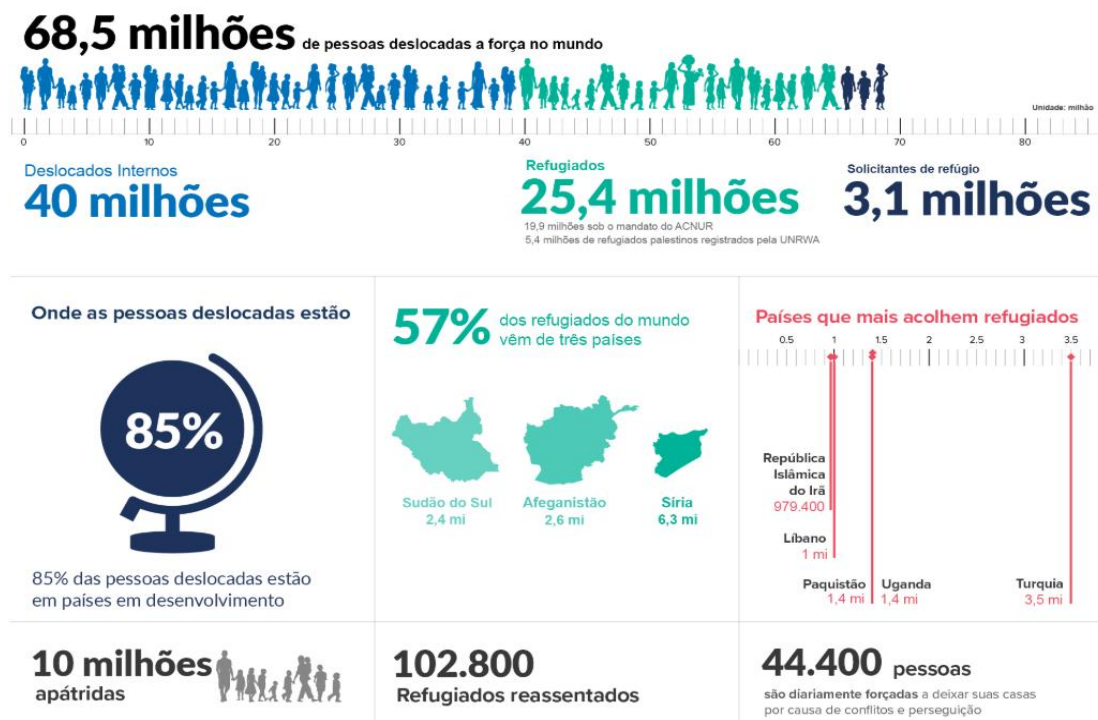
Havia, em 2017, 68,5 milhões de pessoas deslocadas à força no mundo. Destas, 40 milhões procederam ao deslocamento interno, ou seja, dentro de seu próprio país, e 28,5 milhões já eram considerados refugiados ou haviam solicitado o refúgio.

De três países se originam 57% dos refugiados do mundo: Sudão do Sul, Afeganistão e Síria.

Estes e outros dados podem ser extraídos do gráfico abaixo ²⁶¹

²⁶⁰ ACNUR Brasil. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em 07/03/2019

²⁶¹ ACNUR Brasil. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em 07/03/2019



Ao interpretar os números acima, a ONU discorreu que “guerras, violência e perseguições levaram o deslocamento forçado em todo o mundo para um novo recorde em 2017. Pelo quinto ano consecutivo, o número de pessoas que tiveram de deixar seus lares chegou a um patamar inédito — 68,5 milhões de indivíduos. É o que revela o relatório anual Tendências Globais (Global Trends), divulgado hoje pela Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) ”.²⁶²

E continua o relatório dizendo que “segundo o organismo internacional, o aumento foi motivado sobretudo pela crise na República Democrática do Congo, pela guerra do Sudão do Sul e pela ida de milhares de refugiados rohingya de Mianmar para Bangladesh. Países em desenvolvimento são desproporcionalmente os mais afetados”.²⁶³

E arremata

²⁶² Nações Unidas no Brasil – ONUBR. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/acnur-numero-de-pessoas-deslocadas-chega-a-685-milhoes-em-2017/>>. Acesso em 07/03/2019

²⁶³ Nações Unidas no Brasil – ONUBR. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/acnur-numero-de-pessoas-deslocadas-chega-a-685-milhoes-em-2017/>>. Acesso em 07/03/2019

Entre os quase 70 milhões de indivíduos, 16,2 milhões foram deslocados pela primeira vez em 2017 ou já viviam em situação de deslocamento forçado e tiveram de se deslocar novamente. Isso equivale a 44,5 mil pessoas sendo deslocadas a cada dia — ou a uma pessoa se deslocando a cada dois segundos.

Refugiados que tiveram de deixar seus países para escapar do conflito e da perseguição somam 25,4 milhões dos 68,5 milhões de deslocados contra sua vontade. O contingente de refugiados corresponde a 2,9 milhões a mais do que em 2016. Trata-se do maior aumento que o ACNUR já registrou em um único ano.

Os solicitantes de refúgio, que ainda esperavam o resultado de seus pedidos em 31 de dezembro de 2017, aumentaram em cerca de 300 mil e somam 3,1 milhões de indivíduos. Os deslocados internos, pessoas que estão deslocadas dentro do seu próprio país, eram 40 milhões do total, um pouco menos que os 40,3 milhões em 2016.²⁶⁴

Como se percebe, o número daqueles que deixam sua terra de origem de maneira forçada só aumenta e é sobre isso que se tratará no subcapítulo seguinte: formas de deslocamento forçado.

2.1.4 Alguns dos principais problemas migratórios da atualidade

Se disse anteriormente que dois dos três países que mais provocam o deslocamento de sua população no mundo são a Síria e o Sudão do Sul.

Ver-se-á, agora, brevemente, o que acontece em cada um destes países e que leva à essa profusão de deslocamento humanitário, para que se compreenda a gravidade da questão das migrações na época atual e se entenda que essas populações não têm outra coisa a fazer a não ser a sair de sua terra de origem.

2.1.4.1 O caso da Síria

O Guerra da Síria teve seu marco inicial em 2011, através de uma onda de protestos pró-democracia contra o governo do presidente Bashar al-Assad, inspirados pela chamada “Primavera Árabe”, que foram revoltas contra vários outros governos do mundo árabe.

²⁶⁴ Nações Unidas no Brasil – ONUBR. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/acnur-numero-de-pessoas-deslocadas-chega-a-685-milhoes-em-2017/>>. Acesso em 07/03/2019

Explica Daniel Neves Silva²⁶⁵ que

Os protestos pediam reformas no governo e que houvesse mais democracia, instituição do pluripartidarismo, mais empregos, melhores condições de vida etc. Os primeiros protestos concentraram-se nas cidades de Deraa e na capital, Damasco. Como a repressão do governo de Bashar al-Assad foi violenta, os protestos espalharam-se por todo o país, inclusive pela maior cidade da Síria, Aleppo.

Bashar al-Assad governa a Síria desde 2000 e sua família desde a década de 70.²⁶⁶

O Governo da Síria, frente a estas manifestações, reagiu com violência o que gerou mais revoltas ainda e levou ainda mais pessoas às ruas para protestar. As forças de oposição, inclusive grupos rebeldes radicais, armaram-se e o presidente retrucou com as forças armadas oficiais, gerando uma guerra civil.

A violência na reação do governo Sírio foi tanta que mereceu repúdio do então Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, Ban Ki-moon, conforme matéria de época do Grupo Al Jazeera²⁶⁷

O secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, descreveu a dura repressão da Síria aos protestos e o uso de força letal contra os manifestantes como "inaceitável".

"O uso de força letal contra manifestantes pacíficos e suas detenções arbitrárias é inaceitável", disse Ban na sexta-feira, segundo seu porta-voz, Martin Nesirky.

Forças de segurança sírias mataram três manifestantes e feriram centenas na cidade de Daraa, no sul do país, disseram grupos de direitos humanos, enquanto manifestações irrompiam pelo país na primeira grande manifestação de descontentamento sob o governo de Bashar al-Assad.

²⁶⁵ SILVA, Daniel Neves. **Guerra Civil da Síria**. Disponível em < <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/guerra-civil-na-siria.htm> >. Acessos em 11/04/2019

²⁶⁶ SILVAS, Daniel Neves. **Guerra Civil da Síria**. Disponível em < <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/guerra-civil-na-siria.htm> >. Acessos em 11/04/2019

²⁶⁷ AL JAZEERA. **Chefe da ONU reprime a repressão da Síria aos protestos**. Disponível em < <https://www.aljazeera.com/news/middleeast/2011/03/2011318231622114396.html> >. Acesso em 11/04/2019

Segundo reportagem da BBC, “o conflito já havia, então, se transformado em mais que uma batalha entre aqueles que apoiavam Assad e os que se opunham a ele - adquiriu contornos de guerra sectária entre a maioria sunita do país e xiitas alauítas, o braço do Islamismo a que pertence o presidente”.²⁶⁸

De fato

A guerra civil na Síria mobilizou inicialmente a oposição representada pelo Exército Livre da Síria (ELS) contra as tropas do governo sírio. O ELS surgiu a partir da mobilização de civis durante os protestos da Primavera Árabe. Ao se juntar com militares desertores, formaram esse grupo armado que se oficializou em julho de 2011. O ELS é considerado como um grupo de origem secular, ou seja, que não está vinculado a nenhuma tendência religiosa. Representa a ala moderada da oposição.

À medida que o conflito avançou, outros grupos rebeldes foram surgindo, mas de orientação extremista. O maior desses grupos rebeldes extremistas é a Frente Fateh al-Sham (antiga Frente Al-Nusra), de orientação sunita. Esse grupo, até julho de 2016, era o braço armado da Al-Qaeda na Síria. A desvinculação da Frente Fateh al-Sham da Al-Qaeda, até onde se sabe, aconteceu pacificamente.²⁶⁹

A situação ficou ainda pior a partir de 2014 quando, valendo-se da fragilidade de um país em guerra civil, o antigo braço iraquiano da Al-Qaeda, conhecido como Estado Islâmico, invadiu a Síria e conquistou parte do território. A atuação do Estado Islâmico levou à fundação de um califado na região. O califado é uma espécie de reino islâmico que impõe a sharia (lei islâmica).²⁷⁰

A Guerra da Síria permanece até os dias de hoje, fato que gerou a maior crise migratória da história, cujos números são devastadores, segundo a Agência das Organizações das Nações Unidas para Refugiados.

²⁶⁸ BBC NEWS. **8 Perguntas para entender motivo de ataque à Síria e origem do conflito.** Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43764607> >. Acesso em 11/04/2019

²⁶⁹ SILVAS, Daniel Neves. **Guerra Civil da Síria.** Disponível em < <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/guerra-civil-na-siria.htm> >. Acesos em 11/04/2019

²⁷⁰ SILVAS, Daniel Neves. **Guerra Civil da Síria.** Disponível em < <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/guerra-civil-na-siria.htm> >. Acesos em 11/04/2019

Desde 2011, 5,6 milhões de pessoas foram obrigadas a fugir da Síria. Há outros 6,6 milhões de deslocados internos, ou seja, que não saíram do país, mas tiveram que deixar suas casas.²⁷¹

Os principais países receptores dos Sírios são a Turquia, o Líbano, a Jordânia, o Iraque e o Egito, conforme ilustração abaixo²⁷²

Total Persons of Concern by Country of Asylum

JSON

Location name	Source	Data date	Population
Turkey	UNHCR, Government of Turkey	4 Apr 2019	64.2% 3,630,767
Lebanon	UNHCR	31 Mar 2019	16.7% 944,613
Jordan	UNHCR	9 Apr 2019	11.7% 660,393
Iraq	UNHCR	31 Mar 2019	4.5% 253,672
Egypt	UNHCR	21 Feb 2019	2.3% 132,165
Other (North Africa)	UNHCR	30 Nov 2018	0.6% 35,713

A vida dos Sírios nos países que os acolheram não é fácil. Segundo a Agência da ONU para os Refugiados

Milhões de sírios cruzaram fronteiras para escapar das bombas e balas que devastaram suas casas. A grande maioria dos refugiados sírios nos países vizinhos vive em áreas urbanas e cerca de 8% em campos de refugiados. A Turquia possui o maior número de refugiados sírios registrados e atualmente abriga 3,3 milhões de pessoas.

No Líbano, a vida é uma luta diária para mais de um milhão de refugiados sírios que têm pouco ou nenhum recurso financeiro. Cerca de 70% vivem abaixo da linha da pobreza. Não há campos formais de refugiados e, como resultado, os sírios estão dispersos em mais de 2.100 comunidades e áreas urbanas e rurais, e muitas vezes compartilham pequenos alojamentos básicos com outras famílias de refugiados em condições precárias.

Na Jordânia, mais de 655.000 homens, mulheres e crianças estão atualmente no exílio. Aproximadamente 80% deles vivem fora dos campos, enquanto mais de 139.000 fizeram dos campos de Zaatari e Azraq suas novas moradias. Muitos chegaram com recursos limitados até para suprir as necessidades básicas. Aqueles que a princípio podiam contar com suas economias ou com o apoio das famílias de acolhimento,

²⁷¹ ACNUR. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/siria/> >. Acesso em 11/04/2019.

²⁷² ACNUR. Disponível em < https://data2.unhcr.org/en/situations/syria#_ga=2.87147163.268172247.1555003471-1099463477.1549894521 >. Acesso em 11/04/2019.

agora precisam de ajuda. Estima-se que 93% dos refugiados na Jordânia vivem abaixo da linha de pobreza.

O Iraque também registrou um número crescente de chegadas de sírios e já abriga mais de 246.000 pessoas em seu território. No Egito, o ACNUR oferece proteção e assistência a mais de 126.000. Embora a vida no exílio seja difícil, os sírios acreditam que a vida em casa é ainda mais árdua.

A Guerra da Síria, como se disse, permanece até hoje e a situação dos refugiados não parece ter perspectivas de melhora a curto prazo.

2.1.4.1 O caso da Sudão do Sul

O Sudão do Sul é o país mais moderno do mundo, tendo alcançado sua independência em julho de 2011, tornando-se o 193º membro da ONU.²⁷³

Este país encontra-se em guerra civil desde 2013, quando as duas tribos mais populosas e que juntas conseguiram a independência do Sudão do Sul – e que já eram rivais anteriormente – novamente entraram em conflito em busca do poder na região. Estas tribos são os Dinka e os Nuer.²⁷⁴

O resultado desta guerra tribal foi desastroso.

Precisamente, até março de 2019, 2.288.587 milhões de pessoas saíram do Sudão do Sul e se deslocaram para os seguintes países

Location name	Source	Data date		Population
Sudan	UNHCR, IOM, SRCS, COR, HAC	28 Feb 2019	36.9%	844,262
Uganda	Office of the Prime Minister	31 Mar 2019	35.3%	808,554
Ethiopia	UNHCR	31 Aug 2018	18.4%	422,240
Kenya	UNHCR	15 Feb 2019	5.1%	116,211
Democratic Republic of the Congo	UNHCR	28 Feb 2019	4.3%	97,320

²⁷³ SITE G1. Disponível em < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/07/sudao-do-sul-se-torna-193-pais-membro-da-onu.html> >. Acesso em 11/04/2019

²⁷⁴ NATIONAL GEOGRAPHIC. **How the World's Youngest Nation Descended Into Bloody Civil War.** Disponível em < <https://news.nationalgeographic.com/news/special-features/2014/10/141001-south-sudan-dinka-nuer-ethiopia-juba-khartoum/> >. Acesso em 11/04/2019

Segundo a Agência de Refugiados da ONU (ACNUR)²⁷⁵ “a situação no Sudão do Sul e nos países vizinhos rapidamente se transformou em uma emergência humanitária. Embora estejamos fazendo tudo ao nosso alcance para oferecer ajuda e proteção para salvar vidas mesmo com recursos limitados, o deslocamento na região deverá crescer até que uma solução política seja encontrada.

E continua o relato²⁷⁶

A maioria dos refugiados são mulheres e crianças, muitas das quais cruzam a fronteira sozinhas. Muitas vezes, chegam fracas e desnutridas. Durante a estação chuvosa, suas necessidades são agravadas em consequência de inundações, escassez de alimentos e doenças.

No Sudão do Sul, cerca de dois milhões de pessoas são deslocados internos, enquanto no exterior há mais de dois milhões de refugiados sul-sudaneses, principalmente na Etiópia, Sudão e Uganda. Muitos temem um ataque iminente ou a insegurança alimentar. Atualmente, Uganda acolhe a maioria dos refugiados sul-sudaneses e já recebeu mais de um milhão deles.

No mesmo sentido o Comitê Internacional da Cruz Vermelha relata que “o país mais novo do mundo enfrenta uma grave crise humanitária. Os números falam por si só. Das 12 milhões de pessoas no Sudão do Sul, 6 milhões estão em situação grave de fome e carece de assistência alimentar e 4 milhões estão deslocadas”.²⁷⁷

Assim como acontece na Síria, a guerra no Sudão do Sul continua e a perspectiva é ainda de deslocamento populacional significativo.

2.2 Formas de Migrações forçadas

As causas de deslocamento forçado sempre existiram na humanidade.

²⁷⁵ ACNUR. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/sudao-do-sul/> >. Acesso em 11/04/2019.

²⁷⁶ ACNUR. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/sudao-do-sul/> >. Acesso em 11/04/2019.

²⁷⁷ COMITE INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Guerra Civil no Sudão do Sul. Disponível em < <https://www.icrc.org/pt/guerra-civil-no-sudao-do-sul> >. Acesso em 11/04/2019

Guerras, perseguições e catástrofes ambientais, desde priscas eras, obrigaram pessoas a deixarem o local onde residiam para, de maneira não espontânea, procurarem abrigos em locais seguros para si e sua família.

Sabe-se que na Segunda Guerra Mundial, por exemplo, mais de 40 milhões de pessoas provenientes da Europa deslocaram-se por conta do sangrento conflito.

Nas últimas décadas verificou-se um aumento substancial dos deslocamentos forçados, ocasionados pelo crescimento populacional exorbitante e pelo fenômeno da Globalização, que levou pessoas em risco para além das fronteiras vizinhas.

Basicamente três são as razões que podem levar o indivíduo a ser forçado a deixar o local onde reside, procurando abrigo seguro.

A primeira razão são os desastres ambientais, que abrangem furacões, terremotos, enchentes, vulcões, etc. A essa forma de movimentação humana dá-se o nome de Deslocamento Ambiental.

A segunda razão é a mobilidade forçada e coletiva causada por conflitos armados e perseguições de toda ordem. Neste caso, o atingido vale-se o pedido de refúgio de guerra.

A terceira razão é perseguição política ou ideológica individual. Quando isso acontece a vítima deve socorrer-se do instituto do asilo.

O que se verá adiante são os aspectos destacados de cada uma dessas modalidades de deslocamentos forçados.

2.2.1 Deslocamentos Ambientais

2.2.1.1 Considerações Gerais.

Os fenômenos ambientais severos são constantes na história. Terremotos, furacões, enchentes, tempestades e similares devastaram, ao longo dos tempos, diversas regiões do planeta.

A história registra, por exemplo, um dos maiores terremotos do planeta, ocorrido em 8 de julho de 1730 e que atingiu Valparaíso, no Chile.²⁷⁸

De igual forma, em 1910 Paris experimentou a maior enchente de sua história. O rio Sena subiu 8,60 metros e foram atingidos mais de 20.000 imóveis e um milhão de pessoas tiveram que deixar a capital francesa.²⁷⁹

Não obstante terríveis os desastres acima, não estão assentados nos livros, como corolário deles, um deslocamento descomunal de pessoas de uma área para outra. Fácil concluir, portanto, que os prejuízos destes vetustos desastres ambientais quase sempre foram assimilados pelos atingidos. Mortes ocorriam, propriedades eram devastadas, mas, de maneira geral, as próprias comunidades atingidas conseguiam conviver e recuperar, com o tempo, estas perdas.

A situação alterou-se bruscamente.

Com o aumento da população e da pobreza em determinadas regiões do mundo e com a utilização inadequada dos recursos naturais (*lato senso*), as consequências dos desastres ambientais se potencializaram, fazendo com que as localidades atingidas (e muitas vezes os países correspondentes) não mais conseguissem internamente resolver os gravíssimos problemas trazidos com essas tragédias.

Para Luciana Delfini²⁸⁰

Lo spostamento di popolazioni dovuto al degrado dell'ecosistema è un fenomeno che si ripete nella storia dell'umanità. Da sempre il clima ha condizionato la vita dell'uomo costringendolo alla ricerca di forme di adattamento in ambienti più ospitali. A differenza del passato, però, lo scenario che va attualmente delineandosi mostra nuovi elementi: la modificazione dell'ambiente ad opera dell'uomo è così rapida e la

²⁷⁸ <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/veja+a+lista+dos+terremotos+mais+intensos+da+historia/n1238149691880.html>. Acesso em 25/04/2016

²⁷⁹ <http://veja.abril.com.br/blog/de-paris/paris/la-crue-de-1910-a-maior-enchente-da-historia-de-paris/>. Acesso em 25/04/2016

²⁸⁰ DELFINI, Luciana. **Cambiamenti Climatici e Migrazioni**. Cosa accade nell'area mediterranea. In Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Brasília, Ano XIX, Nº 36, p. 145-161, jan./jun. 2011

magnitudo degli impatti così alta, da superare di gran lunga la sua stessa evoluzione.²⁸¹

A “solução” – ou consequência - então, passou a ser o deslocamento dos atingidos pelas tragédias para outros locais mais distantes, onde pudessem recomeçar sua vida com dignidade.

Surgiram os “deslocados ambientais”, que se constituem em verdadeiras multidões chegando em massa em outras localidades, distantes daquelas devastadas, sem recursos, sem emprego, sem ter onde morar, sem parentes para os acolher.

Ver-se-á, nas linhas seguintes, alguns aspectos sobre essa forma de deslocamento humano.

2.2.1.2 Terminologia

Antes de mais nada urge salientar que neste artigo utilizar-se-á o termo “deslocados ambientais” para denominar as pessoas que migram de uma localidade para outra em razão de catástrofes naturais.

Essa categoria “Deslocados Ambientais”, no entanto, ainda se encontra em construção e tem muitas outras denominações similares, utilizadas pelos mais diversos autores.

Uma expressão usualmente utilizada é “Refugiado Ambiental”.

Realmente, em 1985, o professor Essan El-Hinnawi, que então trabalhava no programa da ONU para o meio ambiente, apresentou publicação científica denominada Environmental refugees²⁸², onde denominou aqueles forçados a

²⁸¹ Tradução livre do autor: “O deslocamento de populações devido à degradação do ecossistema é um fenômeno que se repete na história da humanidade. O clima sempre condicionou a vida do homem, obrigando-o a buscar formas de adaptação em ambientes mais hospitaleiros. Diferentemente do passado, no entanto, o cenário que está atualmente tomando forma mostra novos elementos: a modificação do ambiente pelo homem é tão rápida e a magnitude dos impactos é tão alta que supera em muito sua própria evolução”.

²⁸² EL-HINNAWI, Essam. Environmental refugees. UNEP, 1985, p.4.

sair do seu local de residência em função de desastres climáticos como sendo os “refugiados ambientais”.

Uma variação do termo foi usada por Frank Biermann e Ingrid Boas, em artigo publicado na *Environment Magazine*²⁸³, titulado de *Protecting Climate Refugees: The Case for a Global Protocol*. Eles denominam como refugiados do clima aqueles que sofrem os efeitos danosos dos desastres ambientais.

A utilização do termo “refugiado”, neste contexto, não se mostrou a mais adequada, na medida que em que ele (o termo refugiado) representa tradicionalmente deslocado pela guerra (ou perseguição decorrente dela), tal como previsto na Convenção de Genebra (1951), ou Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados. De fato, este é mesmo o teor do artigo 1º da Convenção de Genebra, como se verá mais adiante, quando se tratar de refúgio.

Luciana Delfini²⁸⁴ sustenta, nesse mesmo sentido, que

Giuridicamente i rifugiati ambientali non esistono perché non riconosciuti come “rifugiati” dalla Convenzione di Ginevra del 1951, né dal suo Protocollo supplementare del 1967. Secondo lo United Nations High Commissioner for Refugees – UNHCR, ha diritto allo status di rifugiato “qualsiasi persona che, a motivo di un ben fondato timore di essere perseguitata per questioni di razza, religione, o opinioni politiche, si trova all'esterno del paese di cui possiede la nazionalità, e non può o, a motivo di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di quel paese”.²⁸⁵

²⁸³ BIERMANN, Frank. BOAS, Ingrid. **Protecting Climate Refugees: The Case for a Global Protocol**. Disponível em <http://www.environmentmagazine.org/Archives/Back%20Issues/November-December%202008/Biermann-Boas-full.html> > Acesso em 25/04/2008

²⁸⁴ DELFINI, Luciana. **Cambiamenti Climatici e Migrazioni**. Cosa accade nell'area mediterranea. In *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, Ano XIX, Nº 36, p. 145-161, jan./jun. 2011

²⁸⁵ Tradução livre do autor: “Legalmente, os refugiados ambientais não existem porque não reconhecidos como “refugiados” pela Convenção de Genebra de 1951, nem do seu Protocolo Adicional de 1967. Segundo o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR, tem direito ao status de refugiado “qualquer pessoa que, devido a um receio fundado ser perseguido por motivos de raça, religião ou opiniões está localizada fora do país do qual ele detém a nacionalidade, e ele não pode ou, por causa desse medo, não quer fazer uso de proteção daquele país ”. ”

A confusão terminológica que possa ser causada pelo uso indiscriminado do termo “refugiado” não se mostra, portanto, saudável, posto que inaplicáveis as regras de uma categoria à outra.

Aliás, o próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados contraindica o uso do termo refugiados para os que deixam seus locais de origem em razão de problemas ambientais como se disse acima. Quem também faz este alerta é Solange Teles da Silva, em sua obra *Direito Ambiental Internacional*²⁸⁶. Diz ela que

Para a ACNUR, a utilização desse termo poderia potencialmente minar o regime jurídico internacional para a proteção dos refugiados e ocasionar uma redução de sua proteção, além de criar uma enorme confusão em matéria da relação existente entre alterações climáticas, degradação ambiental e migração.

Termo interessante aplicável a este tema é aquele trazido por Willian Wood. De fato, em artigo²⁸⁷ onde defende a estreita ligação entre problemas ambientais e econômicos, o autor adota a expressão “ecomigrantes” para definir o que aqui denomina-se “deslocados ambientais”.

Heyd Fernandes Más, no artigo “Ecomigrantes, refugiados ou deslocados ambientais: populações vulneráveis e mudança climática”²⁸⁸ explica as ideias de Wood

Os argumentos apresentados por William Wood para justificar o uso da mencionada nomenclatura são basicamente os dois destacados a seguir: o primeiro recai sobre a impropriedade jurídica do uso do termo “refugiado”, uma vez que o Direito Internacional, tal como está disposto na atualidade, não contempla em suas hipóteses para reconhecimento ao status de refugiado a causa de deslocamentos provocados por fenômenos ambientais.

²⁸⁶ Silva, Solange Teles da. **O Direito Ambiental Internacional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2010. 1ª ed. Pág. 52

²⁸⁷ WOOD, William B. **Ecomigration: linkages between environmental change and migration**. In: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M. (ed.). *Global migrants, global refugees: problems and solutions*. US: Berghahn Books. 2009, p. 42-61.

²⁸⁸ MÁS, Heyde Fernandes. **Ecomigrantes, refugiados ou deslocados ambientais: populações vulneráveis e mudança climática**. http://up.mackenzie.br/fileadmin/user_upload/imported/fileadmin/PUBLIC/UP_MACKENZIE/servicos_educacionais/stricto_sensu/Direito_Politico_Economico/Heyd_Fernandes_Mas.pdf > Acesso em 08/05/2016.

(...)

O segundo argumento é mais inovador dentre os autores, dis respeito ao prefixo “eco”. Sua utilidade seria polivalente, uma vez que faz referência não apenas às questões ecológicas de migração, mas também, à natureza econômica destas migrações as quais, como disserta o autor, em geral identificam-se de forma profunda, sendo difícil e inadequado separá-las.

A expressão Deslocados Ambientais tem sido utilizada, mais recentemente, como uma alternativa para apontar exclusivamente os que se mudam por razões ligadas ao meio ambiente. A categoria, nestes moldes (Deslocados ambientais), é trazida pelos estudiosos da Universidade de Limoges, na França, e mostra-se a mais adequada, como bem destacam Fernanda de Salles Cavedon e Ricardo Stanziola Vieira²⁸⁹:

Optou-se por “deslocados” como expressão majoritariamente utilizada em textos oficiais, a exemplo daqueles referenciados, além de melhor refletir a diversidade de causas e modalidades dos deslocamentos e o seu caráter não exclusivamente pessoal, mas coletivo, além de deixar claro que é um deslocamento forçado e não espontâneo.

Portanto, pelas razões acima expostas, doravante será essa a categoria usada.

2.2.1.3 Conceito e Classificações

Traçado o parâmetro acima, ou seja, estabelecida a premissa de que a categoria usada neste artigo será “Deslocados Ambientais”, cabe aqui conceituá-la, dentro do possível, lembrando que se trata de conceito ainda em formação, como se viu acima quando se tratou das várias denominações possíveis para essa categoria.

Urge destacar, de plano, que o estudo hoje mais completo acerca dos Deslocados Ambientais é o elaborado pelo grupo da Universidade de Limoges.

²⁸⁹ CAVEDON, Fernanda de Salles. VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Conexões entre desastres ecológicos, vulnerabilidade ambiental e direitos humanos**: novas perspectivas Revista de Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 200

Bem a propósito, Fernanda de Salles Cavedon e Ricardo Stanziola Vieira²⁹⁰ ressaltam a importância deste estudo:

Especificamente no que se refere aos deslocamentos ambientais, não só internos como interestatais, merece destaque o Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais, realizado por um grupo de trabalho da Universidade de Limoges, França. Este grupo de trabalho foi composto pelo Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme (Crideau) e do Centre de Recherches sur les Droits de la Personne (CRDP), equipes temáticas do Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (OMIJ), com o apoio do Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Deve-se destacar que é a única proposta especificamente voltada aos deslocados ambientais intra e interestatais, e que surge justamente ante a falta de respostas do direito para o problema.

Pois bem. No documento elaborado pelo grupo, os estudiosos dizem que deslocados ambientais são:

(...) as pessoas físicas, as famílias e as populações confrontadas a um desastre brutal ou gradual em seu ambiente, afetando inelutavelmente suas condições de vida e lhes forçando a deixar, com urgência ou no seu decorrer, seus lugares habituais de vida e requerendo sua relocação ou realojamento. (Projeto de convenção do Grupo de Limoges)²⁹¹

Para Myers²⁹², os Deslocados Ambientais (que ele chama de Refugiados Ambientais) são

(...) sono persone che non possono più garantirsi mezzi sicuri di sostentamento nelle loro terre di origine a causa di fattori ambientali di portata inconsueta, in particolare siccità, desertificazione, erosione del suolo, deforestazione, ristrettezze idriche e cambiamento climatico, come pure disastri naturali quali cicloni, tempeste e alluvioni. Di fronte a queste minacce ambientali, tali persone ritengono di non aver alternativa se non

²⁹⁰ CAVEDON, Fernanda de Salles. VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Conexões entre desastres ecológicos, vulnerabilidade ambiental e direitos humanos**: novas perspectivas Revista de Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 199.

²⁹¹ CAVEDON, Fernanda de Salles. VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Conexões entre desastres ecológicos, vulnerabilidade ambiental e direitos humanos**: novas perspectivas Revista de Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 200.

²⁹² MYERS, Norman. **Esodo ambientale**. Popoli in fuga da terre difficili. Milano: Edizioni Ambiente, 1999.

la ricerca di un sostentamento altrove, sia all'interno del loro paese che al di fuori, con stanziamento semipermanente o permanente.²⁹³

De fato, não há como fugir dessa delimitação. Assim, os deslocados ambientais são mesmo aqueles que, por conta de desastres naturais, provocados ou não pela ação humana, são forçados a deixar o local onde vivem indo buscar proteção em outro local.

O deslocamento pode ser interno ou externo.

Deslocados internos, para Liliana Lyra Jubilut²⁹⁴ são

(...) as pessoas ou grupos de pessoas que se viram forçadas ou obrigadas a escapar ou fugir de seu lar ou de seu lugar de residência habitual, especialmente em função ou para evitar os efeitos de um conflito armado, de situações de violência generalizada, de violações de direitos humanos ou de catástrofes naturais ou provocadas pelo ser humano, e que não tenham cruzado uma fronteira estatal internacionalmente reconhecida.

É interno o deslocado, portanto, quando a massa de pessoas não sai das fronteiras de seu país. São externos, de outro lado, quando os deslocados entram em outro país em busca do auxílio necessário a superar a situação de desespero causado pelas perdas pessoais e materiais decorrentes do desastre.

O deslocamento ambiental também pode ser temporário ou definitivo.

El-Hinnawi²⁹⁵ entende que os deslocados temporários são aqueles sujeitos a uma situação de stress ambiental, como um tremor de terra ou um ciclone e que, após o evento, tem condição de retornar ao seu lar. De outro lado, os permanentes são aqueles que, por mudanças definitivas nos territórios ecológicos devidas, por exemplo, à construção de barragens ou a um acidente

²⁹³ Tradução livre do autor: "Refugiados ambientais são pessoas que não podem mais garantir meios de subsistência seguros em suas terras nativas devido a fatores ambientais de significância incomum, em particular a seca, a desertificação, a erosão do solo, desmatamento, escassez de água e mudanças climáticas, como desastres naturais puros, como ciclones, tempestades e inundações. Confrontado com estas ameaças ambientais, essas pessoas acreditam que não têm alternativa senão a procurar um meio de vida em outro lugar, tanto dentro de seu próprio país quanto fora dela fora, com uma alocação semi-permanente ou permanente. "

²⁹⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 164

²⁹⁵ EL-HINNAWI, Essam. *Environmental refugees*. UNEP, 1985, p.4.

tecnológico, não podem mais retornar ao seu local de origem. O mesmo autor identifica uma terceira categoria, que seriam os migrantes cujo êxodo se deve ao fato do respectivo território não poder já satisfazer as suas necessidades básicas, o que poder ocorrer, por exemplo, no caso de conjugação de lenta degradação ambiental e o aumento demográfico.

2.2.1.4 Inexistência de proteção aos deslocados ambientais.

Consequência das guerras mais violentas do século XX, que fez emergir uma legião de refugiados aos quais não se atribuía nenhuma proteção específica, a criação do Alto Comissariado sobre Refugiados pela ONU, em 1950, culminou com a edição da Convenção Relativa aos Estatutos dos Refugiados, em 1951. A estes deslocados, decorrentes de guerras, reconheceu-se proteção específica.

O mesmo não ocorre com os deslocados ambientais.

Por mais que os desastres ambientais aí estejam desde o início dos tempos, não se preocuparam os organismos internacionais em estabelecer regras específicas em relação àqueles que miseravelmente precisam sair de suas terras e mudar para locais distantes, levando consigo apenas a roupa do corpo.

Ocorre que não se pode dar mais às costas a essa realidade.

É necessário e urgente a regulamentação internacional dos deslocamentos ambientais, sob pena de agravar-se ainda mais a já insustentável situação hoje criada em vários países que tem recebido mais e mais migrantes que, em regra, ficam totalmente desamparados, sofrendo restrições que violam as mais mezinhas regras de direitos humanos.

Não se pode esquecer que deslocamento ambiental e problemas econômicos andam de mãos dadas.

Não se nega a complexidade de proteção aos deslocados ambientais, até pela dificuldade que pode haver para defini-los. Neste norte, Larissa Maria Medeiros de Coutinho²⁹⁶ aduz

Somam-se a isso diferentes tipos de deslocamento: temporários, permanentes, internos e transfronteiriços; e uma grande variedade de eventos – desde poluição excessiva nos grandes centros urbanos até tsunamis e terremotos, passando por desertificação e inundações – capazes de juntos com fatores políticos, sociais e econômicos motivar a decisão de migrar. O resultado é uma ausência de sentido jurídico para os termos e uma utilidade questionável tanto do ponto de vista político quanto para a comunidade científica (BLACK, 2001). Ademais, a falta de consenso sobre quem seriam essas pessoas obrigadas a se deslocar de seus locais de origem por questões ambientais, desastres naturais e mudanças climáticas impede que se chegue a uma estimativa do número de indivíduos afetados ou que virão a ser afetados. Dependendo da definição e da metodologia adotadas, os números variam entre 50 milhões a 200 milhões de pessoas forçadas a se deslocar antes de 2100 (DOCHERTY e GIANNINI, 2009).

A verdade é que quanto mais pobre o país, mais catastróficas são as consequências dos desastres ambientais, sejam essas consequências imediatas, sejam mediatas.

Não há, já se viu, convenção específica para os deslocados ambientais. Seria fundamental que tivesse. Não é mais possível ignorar essa categoria tratando-a como uma questão periférica.

A aplicação genérica da Declaração universal dos direitos Humanos é possível, mas não basta, obviamente. Seus termos são genéricos e longe estão de resolver de maneira prática e concreta os gravíssimos problemas surgidos com o deslocamento em massa de atingidos por desastres ambientais.

Fala-se em aplicar a convenção relativa aos refugiados, de 1951. Não é o caso. Tal convenção também é inadequada ao caso vez que: a) foi adotada num contexto pós-guerra; b) é usada em favor de perseguidos, o que não é o caso dos deslocados ambientais; c) não traz regras específicas sobre esse tipo de

²⁹⁶ COUTINHO, Larissa Maria Medeiros de. **Migrantes Ambientais: Quem são e como juridicamente protegê-los?** in Migrações, deslocamentos e direitos humanos / organização George Rodrigo Bandeira Galindo. – 1. ed. – Brasília: IBDC; Grupo de Pesquisa C&DI, 2015. 122p.

imigrante; d) há grande pressão dos países desenvolvidos para a não aplicação desta convenção, dando-lhe interpretação mais restritiva.

Outro instrumento citado como possível fonte de resolução dos problemas dos deslocados ambientais é a convenção quadro da ONU sobre mudança de clima. Essa resolução, no entanto, em nada ajuda nesse caso.

Bom lembrar que a “Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (em inglês, United Nations Framework Convention on Climate Change ou UNFCCC) é um tratado ambiental internacional que visa estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera resultantes das ações humanas, afim de impedir que interfiram de forma prejudicial e permanente no sistema climático do planeta.”²⁹⁷

Bem se vê, pois, que a Convenção Quadro objetiva tão-somente estabelecer compromissos e obrigações para os países que a firmaram com vistas a diminuir a poluição do planeta minimizando tanto quanto possível os nefastos efeitos da emissão desmedida de gases poluentes na atmosfera, sobretudo o chamado “efeito estufa”.

Por mais que muitos dos desastres ambientais hoje experimentados seja decorrência do chamado efeito estufa, direta ou indiretamente, fato é que a convenção quadro não dispõe acerca do tratamento que se deve dar concretamente aos deslocados,

Enfim, não resta dúvida que há premente necessidade de uma convenção específica aos deslocados ambientais.

Existem algumas propostas já existentes para dar proteção específica aos deslocados ambientais.

Só para exemplificar se traz a proposta do Grupo da Faculdade de Limoges, já citado anteriormente.

²⁹⁷ OECD. **O que é a convenção do clima?** <<http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28809-o-que-e-a-convencao-do-clima/>> Acesso em 11/07/2017

De fato, o grupo de especialistas da faculdade de Limoges, na França, já citado anteriormente, apresentou uma proposta de convenção específica para deslocados ambientais, que traz em seu bojo as seguintes obrigações e princípios:

- 1 – Obrigação de acolhida aos refugiados ambientais em nome do princípio da solidariedade sem discriminação;
- 2 – Princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas (adoção de um protocolo sobre a responsabilidade);
- 3 – Princípio da proximidade (conciliação com a obrigação de acolhida);
- 4 – Princípio da proporcionalidade e da efetividade.

Pela mesma proposta os deslocados ambientais seriam tratados em dois grupos, a saber, os temporários e os permanentes. O direito dos deslocados temporários seria a um alojamento garantido, direito a reinstalação, direito ao retorno, direito à permanência prolongada.

O direito dos deslocados permanentes seria ao reassentamento e à nacionalidade.

Todas estas regras acima ainda estão no campo das propostas. Cabe aos organismos internacionais elaborar mecanismos de proteção concretos e específicos aos deslocados ambientais.

2.2.2 Refúgio

2.2.2.1 Conceito

Visto acima aspectos destacados da categoria deslocados ambientais, doravante será tratado dos refugiados de guerra, outra forma de deslocamento pessoal.

Restando claro, no capítulo anterior, que o termo Refugiado é o mais adequado para definir a mobilidade humana causada em decorrência de conflitos geradores de perseguição (ou temor de perseguição) – e tomando isso como parâmetro no presente trabalho – mister se faz conceituar adequadamente essa categoria.

Refúgio, para Paulo Henrique Gonçalves Portela²⁹⁸, é

(...) o ato pelo qual o Estado concede proteção ao indivíduo que corre risco em outro país por motivo de guerra ou por perseguições de caráter racial, religioso, nacionalidade ou pertinência a um grupo social.

O que caracteriza o refúgio, pois, é o temor de violação abusiva do direito à vida ou a liberdade de indivíduos por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. A pessoa que se enquadra nestas hipóteses, pois, adquire a condição de refugiado, que, no dizer que James C Hathaway, citado por Valério Mazzuoli²⁹⁹, é aquele que

(...) temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido tempo, não quer voltar a ele.

Conceituado o refúgio, cabe verificar quais instrumentos regulamentam sua aplicação, tanto interna quando externamente.

2.2.2.2 Regulamentação

O instituto do refúgio é regulado tanto pelo direito internacional quanto pelo direito interno Brasileiro.

Tocante ao Direito Internacional, a regulação se dá através da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, ou Convenção de Genebra de 1951, que

(...) consolida prévios instrumentos legais internacionais relativos aos refugiados e fornece a mais compreensiva codificação dos direitos dos refugiados a nível internacional. Ela estabelece padrões básicos para o tratamento de refugiados sem, no entanto, impor limites para que os Estados possam desenvolver esse tratamento.³⁰⁰

²⁹⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivn. 8ª ed. 2016. P. 361.

²⁹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo: RT, 2016. P. 831

³⁰⁰ Agência da ONU para Refugiados. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/> >. Acesso em 11/02/2019

Quando da sua edição, em 1951, o Estatuto dos Refugiados abrangia somente fatos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. No entanto, vendo a necessidade de ampliação do alcance do Estatuto dos refugiados, por conta da ocorrência de outras situações conflituosas ocorridas depois da data de abrangência do documento inicial, um Protocolo

(...) foi preparado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. Na Resolução 2198 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, a Assembleia tomou nota do Protocolo e solicitou ao Secretário-geral que submetesse o texto aos Estados para que o ratificassem. O Protocolo foi assinado pelo Presidente da Assembleia Geral e o Secretário-geral no dia 31 de janeiro de 1967 e transmitido aos governos. Entrou em vigor em 4 de outubro de 1967.³⁰¹

Com a ratificação do Protocolo de 1967, os países passaram a aplicar os termos da Convenção de 1951 para todos os refugiados que se enquadram na definição de refugiado disposta na carta, sem limite de datas e independentemente do país de origem ou da nação receptora.

Como já disse, o refúgio, nos moldes previsto na Convenção de Genebra de 1951, inclui somente aqueles que deixam seu país em virtude de guerras e perseguições. De fato, nos precisos termos do artigo 1º, item 2, da referida Convenção³⁰², o termo refugiado se aplicará a qualquer pessoa que

(...) temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Mazzuoli³⁰³ ressalta, ao comentar a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados que “são elementos essenciais do conceito de refúgio o fundado

³⁰¹ Agência da ONU para Refugiados. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/> >. Acesso em 11/02/2019

³⁰² CONVENÇÃO DE GENEBRA. Disponível em < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf >. Acesso em 11/04/2019

³⁰³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 831

termos de perseguição (pelos cinco motivos citados: raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas) e a extraterritorialidade”. Mas ressalva o mesmo autor

Frise-se, ademais, que por meio de instrumentos regionais (como a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos, de 1969, no âmbito da União Africana, e a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, de 1984, no âmbito da OEA) os motivos do refúgio podem ser ampliados, para abranger, v.g., a ameaça de violência generalizada, a agressão interna e a violação massiva dos direitos humanos. Portanto, o conceito de Refúgio deve ser atualmente compreendido nos planos global (pelo protocolo de 1966 à Convenção de 1951) e regional (por meio dos instrumentos regionais citados); todos esses instrumentos “dialogam” (para falar como Erik Jayme) para melhor proteger o ser humano solicitante do refúgio.³⁰⁴

Os direitos e deveres dados aos refugiados na Convenção de Genebra - além daqueles concernentes ao seu estatuto social, previsto no artigo 12, e do qual se tratará no próximo capítulo – dizem respeito, inicialmente, à propriedade móvel e imóvel, trazendo o artigo 13 que os Estados contratantes concederão a um refugiado um tratamento tão favorável quanto possível, e de qualquer maneira um tratamento que não seja desfavorável do que o que é concedido, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral, no que concerne à aquisição de propriedade móvel ou imóvel e a outros direitos a ela referentes, ao aluguel e aos outros contratos relativos a propriedade móvel ou imóvel.

Outro direito concedido ao refugiado é o de estar em juízo, prevendo o artigo 16, da Convenção de 1951, que

1. Qualquer refugiado terá, no território dos Estados Contratantes, livre e fácil acesso aos tribunais.
2. No Estado Contratante em que tem sua residência habitual, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional, no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive a assistência judiciária e a isenção da *cautio judicatum solvi*.
3. Nos Estados Contratantes outros que não o que tem sua residência habitual, e no que concerne às questões mencionadas no parágrafo 2,

³⁰⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 831

qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional do país no qual tem sua residência habitual.

O Capítulo III da Convenção de Genebra trata dos empregos remunerados, garantindo o artigo 17 aos refugiados que residam regularmente no seu território dos Estados Contratantes o tratamento mais favorável dado, nas mesmas circunstâncias, aos nacionais de um país estrangeiro no que concerne ao exercício de uma atividade profissional assalariada.

Estes são só uns exemplos dos direitos garantidos pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

No direito interno Brasileiro o refúgio é regrado através da Lei 9.474/97, que “define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951”, traz em seu bojo quem pode ser considerado refugiado:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A norma interna, já citada alhures (Lei 9.474/97), após conceituar “refugiado” em seu artigo 1º, estende, no artigo 2º os efeitos desta condição ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

Mais adiante, entre os artigos 7º e 10, e 17 em diante a lei regula o procedimento do pedido de refúgio que pode ser resumido assim:

a) O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe

proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

b) A autoridade a quem for apresentada a solicitação deverá ouvir o interessado e preparar termo de declaração, que deverá conter as circunstâncias relativas à entrada no Brasil e às razões que o fizeram deixar o país de origem.

c) A solicitação suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem.

d) a solicitação de refúgio e a decisão sobre a mesma deverão ser comunicadas à Polícia Federal, que as transmitirá ao órgão onde tramitar o procedimento administrativo ou criminal.

e) Recebida a solicitação de refúgio, o Departamento de Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar que se encontre no território nacional, o qual autorizará a estada até a decisão final do processo.

f) O protocolo permitirá ao Ministério do Trabalho expedir carteira de trabalho provisória, para o exercício de atividade remunerada no País.

g) Enquanto estiver pendente o processo relativo à solicitação de refúgio, ao peticionário será aplicável a legislação sobre estrangeiros, respeitadas as disposições específicas contidas em Lei.

h) O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Nos artigos 38 e 39, respectivamente, a Lei 9.474/97 trata da cessação e da perda da condição de refugiado, cabendo destacar, com Liliana Lyra Jubilut³⁰⁵, a diferença entre ambas:

Naquela (a cessação), a condição de refugiado não é mais necessária, pois o indivíduo passou novamente a contar com a proteção de seu Estado de origem e/ou residência habitual (por exemplo, se o motivo do refúgio foi uma guerra civil e ela acabou), e essa (a perda) tem um caráter punitivo, ou seja, o Brasil por algum ato do refugiado (por exemplo, a prática de ato contrário à segurança nacional) não quer mais oferecer a sua proteção a ele.

³⁰⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. – São Paulo: Método, 2007. Pág. 194

Ao final, cuida a Lei 9.474/97 de outras disposições acerca do instituto do Refúgio.

2.2.3 Asilo

2.2.3.1 Conceito e tipos.

A terceira forma de deslocamento forçado estudada neste trabalho é o Asilo, que pode ser conceituado como “a proteção dada por um Estado a um indivíduo cuja vida, liberdade ou dignidade estejam ameaçadas pelas autoridades de um outro Estado, normalmente por perseguições de ordem política.”³⁰⁶

No mesmo norte, José Francisco Rezek³⁰⁷ doutrina que “Asilo Político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum”.

Como lembram Accioly, Silva e Casella³⁰⁸, “a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, reza em seu artigo XIV que ‘todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países’”.

O Asilo pode ser classificado em Territorial e Diplomático, sendo o primeiro a forma perfeita e acabada do segundo. Quem explica é Florisbal de Souza Del’Olmo³⁰⁹, para quem “pode-se afirmar que existe apenas uma forma de asilo – o asilo político – que é o asilo territorial. Somente ele é definitivo, sendo

³⁰⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Juspodivn. 8ª ed. 2016. P. 358.

³⁰⁷ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva. 5ª ed, 1995. Pág. 219

³⁰⁸ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 154

³⁰⁹ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense. 5º Ed., pág. 209

o asilo diplomático, a rigor, uma modalidade, uma fase preliminar e provisória do asilo territorial”.

Com mais detalhes, Paulo Henrique Gonçalves Portela³¹⁰ explicita que

Há dois tipos de asilo: o territorial e o diplomático.

O asilo também conhecido como externo ou internacional, é o asilo em que o beneficiário é acolhido no território de um Estado. É considerada a forma “perfeita e acabada” de asilo, visto que implica a permanência do asilado em território estrangeiro.

O asilo diplomático, também conhecido como extraterritorial, interno, intranacional ou político, configura-se na acolhida do indivíduo em missões diplomáticas, navios de guerra, aeronaves e acampamentos militares. Trata-se de mera etapa anterior ao asilo definitivo, que é territorial e que deverá ser gozado no Estado da missão, embarcação, aeronave ou unidade militar, ou em terceiro Estado.

Pelos conceitos acima, vê-se que asilo aproxima-se bastante da definição de refúgio. Ver-se-á a seguir que não se confundem, no entanto.

2.2.3.2 Diferença entre Refúgio e Asilo

Como se disse, os institutos do Refúgio e do Asilo são parecidos, mas não se confundem.

Os pontos que assemelham o Asilo e o Refúgio foram bem dimensionados por Carina de Oliveira Soares³¹¹

Os dois institutos jurídicos assemelham-se no fato de que ambos são instituições que visam à proteção da pessoa humana vítima de perseguições; se fundam na solidariedade e na cooperação internacionais; não estão submetidos à reciprocidade; independem da nacionalidade do indivíduo e excluem a possibilidade de extradição.

Tanto no caso da concessão de asilo ou de refúgio é garantido ao indivíduo o exercício de todos os direitos civis de um estrangeiro que reside no país: o sujeito recebe documentos como carteira de identidade

³¹⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Juspodivn. 8ª ed. 2016. P. 359.

³¹¹ SOARES, Carina de Oliveira. **A Proteção Internacional dos Refugiados e o Sistema Brasileiro de Concessão de Refúgio**. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9430 >. Acesso em 11/07/2017

e carteira de trabalho e, quando necessário, poderá ser concedido passaporte brasileiro e autorização para viajar ao exterior.

Não obstante as semelhantes destacadas, a primeira e mais significativa diferença entre asilo e refúgio é que aquele é ato discricionário e soberano do Estado, ao passo que este (o refúgio) é dever do Estado por força de tratados internacionais.

Decorrente ainda do fato de ser decisão soberana do Estado, a decisão de não concessão de asilo não está sujeita a reanálise por qualquer organismo internacional, ao passo que a não concessão de refúgio pode ser tratado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

É certo que se chegou a tentar traçar normas internacionais que regulassem a concessão de asilo. Mas não se conseguiu chegar a bom termo, como informam Accioly, Silva e Casella³¹²

A Conferência sobre Asilo Diplomático realizou-se em Genebra em 1977 com a presença de 97 delegações, mas desde o início constatou-se que, diante das divergências entre os blocos ocidental e oriental, não seria possível chegar a acordo final. Todavia, não obstante as divergências, os principais problemas foram estudados a fundo, principalmente o problema básico, ou seja, se o indivíduo tem o direito ao asilo territorial, isto é, se o estado de refúgio é obrigado a concedê-lo. A posição adotada pela Assembleia Geral em 1967 foi consolidada, pois ficou claro que não existe um direito ao asilo, ou seja, o estado, no exercício de seu direito de soberania, tem o direito de recusá-lo.

Valério Oliveira Mazzuoli³¹³ traça com minúcias mais diferenças entre ambos os institutos. Para este autor, além das origens históricas serem diametralmente opostas, o asilo tem sua regulação feita através de tratados multilaterais de âmbito regional, ao passo que o refúgio tem suas normas elaboradas por Organização de alcance global, qual seja, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

³¹² ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 154

³¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 828

E diz mais Mazzuoli³¹⁴

Por outro lado, enquanto o refúgio tem natureza claramente humanitária, o asilo tem natureza tipicamente política. Ademais, enquanto para a concessão do primeiro basta um fundado temor de perseguição, para a concessão do segundo necessário se faz uma perseguição concreta (ou seja, já materializada).

E conclui ³¹⁵

Outra diferença a ser destacada entre os institutos do asilo e do refúgio diz respeito à motivação de ambas as situações. Enquanto o primeiro se aplica em situações de perseguição por crimes de natureza política ou ideológica (de caráter nitidamente mais individual), o segundo tem por motivos determinantes outras questões, como perseguições baseadas em motivos de raça, grupo social, religião e situações econômicas de grande penúria (situações que atingem sempre uma coletividade. Portanto, quando se trata do refúgio propriamente dito, não se cuida de situações “individuais” em que pessoas buscam asilo em dado país para a salvaguarda da sua vida, mas de situações em que vários seres humanos saem dos seus respectivos Estados – por razões econômicas, ou geradas por uma guerra civil, ou baseadas em perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidade etc. – em direção a outro local onde possam viver sob o manto de um sistema mais protecionista e não arbitrário.

Vistas as diferenças entre Asilo e Refúgio, analisa-se a sua regulamentação legal.

2.2.3.3 Regulamentação

Viu-se acima que os deslocados ambientais carecem de normas específicas que os protejam. Viu-se, ainda, que os refugiados contam com norma interna e externa dando-lhes proteção jurídica. No caso do Asilo, há também regramento acerca da matéria.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 4º, inciso X, prevê que a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais pelo princípio da concessão de asilo político.

³¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 829

³¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 829/830

A Lei 13.445 de 2017³¹⁶, conhecida como Lei de Migração, em seu artigos 27 a 29, também trata do asilo político no Brasil, ao estabelecer que

Art. 27. O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre as condições para a concessão e a manutenção de asilo.

Art. 28. Não se concederá asilo a quem tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto no 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Art. 29. A saída do asilado do País sem prévia comunicação implica renúncia ao asilo.

No âmbito internacional, a Resolução 3.212 da Assembleia Geral da ONU traz as diretrizes básicas para o Asilo, que foram assim resumidas por Paulo Henrique Gonçalves Portela³¹⁷

...os Estados têm o direito, e não o dever, de conceder asilo; o asilo deve ser outorgado a pessoas que sofrem perseguição; sua concessão deve ser respeitada pelos demais Estados e não deve ser motivo de reclamação; a qualificação do delito que justifica a perseguição compete ao Estado ao qual o asilo é solicitado; o Estado pode negar o asilo por motivo de segurança nacional; as pessoas que fazem jus ao asilo não devem ter sua entrada proibida pelo Estado asilante nem ser retiradas para Estado onde podem estar sujeitas a perseguição (direito de *non refoulement*).

Além desta Resolução, citada no parágrafo anterior, há também as Convenções de asilo diplomático e territorial de 1954³¹⁸, da Organização dos

³¹⁶ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm >. Acesso em 11/04/2019

³¹⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador:Juspodivn. 8ª ed. 2016. P. 358.

³¹⁸ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55929.htm >. Acesso em 11/04/2019

Estados Americanos, cujas normas não diferem muito daquelas estampadas na Resolução da ONU.

CAPÍTULO 3

O RESPEITO AOS DIREITOS DOS MIGRANTES PROVENIENTES DE PAÍSES POLIGÂMICOS

Viu-se, no capítulo I, que além da família tradicional, formada por um homem e uma mulher e sua prole, outras formas de família podem ser formadas, dentre elas aquelas compostas por mais de duas pessoas que vivem na condição de cônjuges ou companheiros afetivos.

Percebeu-se, ainda, que o fenômeno das famílias plurais é uma realidade no mundo dos animais irracionais e também para os humanos, que no início dos tempos vivam em comunidades poligâmicas.

Estudou-se, também, que algumas religiões abominam a poligamia ao passo que outras a admitem e, por fim, mostrou-se que há diversos países que admitem em sua legislação civil o arranjo familiar plúrimo, tendo sido analisadas as normas internas de alguns destes países de matriz poligâmica.

Já no capítulo II tratou-se de mostrar a imensa corrente migratória experimentada sobretudo nas últimas décadas, seja essa migração voluntária, seja ela forçada.

Neste capítulo III se verá que esses migrantes provenientes de países poligâmicos, que hoje se deslocam de sua terra de origem para países receptores, enfrentam severos problemas quando buscam nestes Estados o reagrupamento de seu núcleo familiar plural.

3.1 Da Globalização ao Multiculturalismo

Antes de adentrar no direito dos estrangeiros propriamente dito, há que se passar pela prévia análise dos fenômenos da Globalização e, como consequência desta, do Multiculturalismo.

Isto porque uma coisa leva a outra. A Globalização potencializada nos últimos tempos fez surgir sociedades Multiculturais as quais, para regular questões que envolvem direitos das minorias provenientes de povos de culturas diversas, exige uma regulação normativa internacional baseada em tratados.

Partindo-se da linha de raciocínio estampada no parágrafo acima, estuda-se, inicialmente, os aspectos destacados da globalização.

3.1.1 Globalização

Nas últimas décadas o mundo tem experimentado mudanças significativas decorrentes de um processo de Globalização que aumenta de forma irreversível.

No campo econômico, empresas que antes eram presentes em somente alguns Países ou continentes se expandem formando multinacionais que praticamente monopolizam seus setores mundialmente.

Além disso, a expansão dos meios de comunicação, sobretudo depois do advento e popularização da internet, faz com que as notícias transitem de forma instantânea, algumas delas trazendo consequências para todo o mundo. Assim, por exemplo, um atentado terrorista ocorrido em um País economicamente forte faz cair a bolsa de valores em todo o mundo de forma imediata.

Nesse sentido, Milton Santos³¹⁹ esclarece que “com essa grande mudança na história, tornamo-nos capazes, seja onde for, de ter conhecimento do que é o acontecer do outro. Nunca houve antes essa possibilidade oferecida pela técnica à nossa geração de ter em mãos o conhecimento instantâneo do

³¹⁹ SANTOS, Milton. **Por Uma outra Globalização** – Do pensamento único à consciência Universal. 6ª ed. Ed. Record: Rio de Janeiro, 2001. p. 28

acontecer do outro. Essa é a grande novidade, o que estamos chamando de unicidade do tempo ou convergência dos momentos”.

No mesmo sentido Daniel Sarmento³²⁰ lembra que “embalada pelo progresso tecnológico, a globalização econômica se acelera, tornando-se uma força irresistível. O vertiginoso desenvolvimento no campo da informática e das telecomunicações verificado neste final de século encurtou drasticamente as distâncias e ampliou os mercados, aproximando da realidade a metáfora da ‘aldeia global’. No mundo de hoje, um evento ocorrido em outro continente. A milhares de quilômetros, pode influenciar as nossas vidas quase que instantaneamente. Oscilações na Bolsa de Tokio repercutem, às vezes no mesmo dia, sobre a taxa de juros que o cidadão brasileiro de classe média paga em seu cheque especial”.

Mas a Globalização, diferente do que se pode imaginar em face do seu aumento exponencial observado mais recentemente, não é um fenômeno novo. Segundo Octavio Ianni³²¹

O mundo mudou ao longo do Século XX. Não é mais apenas uma coleção de países agrários ou industrializados, pobres ou ricos, colônias ou metrópoles, dependentes ou dominantes, arcaicos ou modernos. A partir da Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se um amplo processo de mundialização de relações, processos e estruturas de dominação e apropriação, antagonismo e integração. Aos poucos, todas as esferas da vida social, coletiva e individual são alcançadas pelos problemas e dilemas da globalização.

É claro que a globalização das sociedades, em curso nesta altura da história, vinha ocorrendo em décadas e séculos anteriores.

Na verdade, “desde os grandes impérios da antiguidade os homens se deslocavam e estabeleciam várias relações pela superfície do planeta. Com a descoberta da rota marítima para as Índias e das terras do Novo Mundo a

³²⁰ SARMENTO, Daniel. **Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215:19-34, jan./mar. 1999. P. 19/20

³²¹ IANNI, Octávio. **A Sociedade Global**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 35/36.

navegação propiciou o estabelecimento de uma das primeiras formas de interligação entre locais distantes do globo”.³²²

E arremata Carla Piffer³²³

A partir disso os contatos antes realizados em locais geograficamente limitados atingiram novas proporções. Relações iniciadas com a necessidade de dominação por meio das conquistas das novas terras se firmaram com o estabelecimento de interesses comerciais e se estenderam às mais variadas espécies de relações de cunho social, cultural, político e jurídico.

Por mais que se compreenda mentalmente o que é a Globalização - se pensar-se exclusivamente no entendimento ordinário da palavra - sua explicação, conceito e abrangência são muito mais complexos do que se pode imaginar.

Realmente “inúmeros diálogos e perspectivas são corriqueiramente apresentados na tentativa de verificar os primeiros indícios da Globalização. Desde a última década tal terminologia tem sido amplamente utilizada para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Por esta razão, diferentes enfoques históricos e teóricos conduzem a não existência de um consenso quanto ao ponto de partida nem mesmo quanto à definição e abrangência da Globalização”.³²⁴

A importância da compreensão e extensão da Globalização é bem definida por Anthony Giddens³²⁵, que já advertia, em 1999, que “a Palavra

³²² PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 78/79

³²³ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 78/79

³²⁴ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 77/78

³²⁵ GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. Lisboa:Presença, 2001. P. 19

“globalização” pode até nem ser muito elegante ou atractiva. Mas ninguém, absolutamente ninguém, que pretenda progredir neste final de século, a pode ignorar”.

O termo Globalização, para Immanuel Wallerstein³²⁶

è stato coniato negli anni Ottanta. Solitamente si ritiene che si riferisca a una riconfigurazione dell'economia-mondo emersa solo di recente, in cui le pressioni esercitate su tutti i governi per un'apertura delle loro frontiere alla libera circolazione di beni e capitali sono insolitamente forti.³²⁷

Mas muito mais importante, para este trabalho, do que saber a origem do termo, é compreender o conceito de Globalização e suas dimensões.

Com relação à extensão da Globalização, parece não restar dúvida que a sua parte mais visível corresponde ao viés econômico. Mas a ele não se limita a Globalização, como adverte Giddens³²⁸

Non avrei esitazioni, quindi, a dire che la globalizzazione, così come la stiamo vivendo, è sotto molti aspetti non solo nuova ma rivoluzionaria. Eppure, non credo che nè gli scettici nè i radicali abbiamo pienamente compreso che cosa essa sia o quali siano le sue implicazioni per noi. L'errore di entrambi è quello di vedere il fenomeno soltanto nei suoi termini economici.³²⁹

Em igual direção leciona José Maria Gomes³³⁰ quando diz que

³²⁶ WALLERSTEIN, Immanuel. **Compreendere Il mondo. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo.** Trieste:Asterios Editora. p. 143.

³²⁷ Tradução livre do autor: “...foi cunhado na década de 1980. Acredita-se geralmente que se refira a uma reconfiguração da economia mundial recentemente emergida, na qual as pressões sobre todos os governos para abrir suas fronteiras à livre circulação de bens e capital são extraordinariamente fortes”.

³²⁸ GIDDENS Anthony. **Il mondo che cambia.** Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita. Bologna: Mulino, 2000.p. 22/23.

³²⁹ Tradução livre do autor: “Não hesitaria, deste modo, a dizer que a globalização, assim como a estamos vivendo, é sob muitos aspectos não somente nova mais revolucionária. Além disso, não acredito que nem os céticos nem os radicais tenham plenamente claro que coisa ela seja o quais são as suas implicações para nós. O erro de ambos é aquele de ver o fenômeno somente nos seus termos econômicos”.

³³⁰ GÓMEZ, Jose Maria. **Política e Democracia em Tempos de Globalização.** Petrópolis: Vozes, 2000. P. 59

(...) a globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos frequentemente contraditórios, produtores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder, que interpela fortemente subjetividades e tradições, exigindo maior reflexividade na ação diante do incremento da complexidade e da incerteza, e que diz respeito não apenas à criação de sistemas em grande escala, mas também às mudanças nos contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social.

Com relação à vertente econômica da globalização, centra-se ela na interação comercial entre os diversos países, seja no âmbito público, com parcerias bilaterais entre os Estados e também através de blocos econômicos, seja no âmbito privado, com a inserção de empresas multinacionais nos vários cantos do mundo.

Carla Piffer³³¹ entende a “Globalização como sendo um fenômeno por meio do qual a economia internacional e as economias nacionais tendem a integrar-se cada vez mais no sentido de um hostil e invasivo mercado global”.

Quanto às implicações políticas da Globalização, nota-se um certo enfraquecimento da autonomia dos Estados, que se veem engolidos pela sua vertente capitalista, tendo que se dobrar a interesses que por vezes não seriam interessantes para a população daquele País. Nesse sentido Piffer³³² ressalta que

A adoção desta dimensão da Globalização resulta da sua análise a partir das consequências políticas resultantes da verificação da Globalização econômica e sua interferência na política dos Estados nacionais. Os discursos ouvidos diariamente fazem crer que deve haver menos Estado, mas sua base essencial é o fato de que os condutores da Globalização necessitam de um Estado flexível a seus interesses. Além disso, a instalação desses capitais globalizado supõe que o território se adapte às suas necessidades de fluidez, investindo pesadamente para alterar a geografia das regiões escolhidas. Não é que o Estado se ausente ou se

³³¹ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 84

³³² PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 88/89

torne menor. Ele apenas se omite quanto ao interesse das populações e se torna mais forte, mais ágil, mais presente a serviço da economia dominante.

O afetamento da soberania, já se disse, também é parte desse processo. Neste norte Ulrich Beck³³³ afirma que Globalização significa “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada dos atores transnacionais. ”

A Globalização, em sua dimensão social, pode ser entendida como as consequências experimentadas pela sociedade em geral em face de uma economia globalizada.

De fato, Ivan Furmann³³⁴ relata que

(...) quando se refere à globalização no campo social, em geral, aponta-se a ação corrosiva que a entrada de grandes capitais tiveram em países periféricos. As crises econômicas têm efeito intensificado nesses países em virtude da sua dependência em relação à produção de multinacionais. Em geral, o empobrecimento de países periféricos caminha ao lado do desemprego e da marginalização de certas populações. São os períodos de queda de consumo que mais demonstram a desigualdade social dentro do processo de globalização.

Realmente, talvez uma das mais nefastas heranças que a Globalização econômica deixe são as desigualdades sociais latentes que emergiram com o aumento da pobreza e desemprego nos países menos abastados e o acúmulo de riquezas nas mãos de poucos.

Mas não é só a pobreza e o desemprego que emergem como vilões sociais da Globalização. Milton Santos³³⁵ diz que com a Globalização

³³³ BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: resposta à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

³³⁴ FURMANN, Ivan. **Globalização e Estado: dimensões e dilemas**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-estado-dimens%C3%B5es-e-dilemas>>. Acesso em 13/02/2019

³³⁵ SANTOS, Milton. **Por Uma outra Globalização** – Do pensamento único à consciência Universal. 6ª ed. Ed. Record: Rio de Janeiro, 2001. p. 19/20

O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como a SIDA se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção.

A última dimensão que se verá da Globalização é a cultural. De plano, assim como faz Carla Piffer³³⁶, gizo que a expressão cultura, para este trabalho, terá a abrangência que lhe foi dada

(...) nas conclusões da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais (MONDIACULT, México, 1982), da Comissão Mundial de Cultura e Desenvolvimento (Nossa Diversidade Criadora, 1995) e da Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais para o Desenvolvimento (Estocolmo, 1998), as quais dispõem que: “a Cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma Sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças”.

No âmbito cultural, fica claro que a integração internacional gerada pela Globalização tem duas consequências.

A primeira, uma maior interação cultural entre os Estados, na medida em que os sistemas de comunicação e informação quase instantâneos desnudam universalmente tradições e comportamentos características de cada região do mundo.

A segunda consequência é a tendência da ocorrência da homogeneização, que

(...) se faz sentir cada vez mais nos modos de vida, nas línguas, nos hábitos de consumo, no modo de pensar e agir de uma Sociedade com abrangência global. A rapidez das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas constitui um desafio e uma oportunidade excepcional para as instituições do âmbito cultural, pois se trata de decantar, num marco de

³³⁶ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 103.

políticas culturais, o tratamento dos efeitos benéficos ou não que produzem as novas tecnologias.³³⁷

Para uns, essa homogeneização é uma herança péssima da Globalização pois diminui a identidade cultural dos povos com o achatamento das referências locais.

Neste norte Cesnik e Beltrame dizem que

(...) o grande vilão do processo de globalização da Cultura é o risco de homogeneidade, da perda do referencial local nas respostas aos problemas de cada Sociedade, que se reflete nas manifestações Culturais. A homogeneidade situa-se na esfera da racionalidade hegemônica em que pouca saída existe para a variedade, criatividade e espontaneidade”.³³⁸

Não se pode desprezar, no entanto, o fato de que essa interação cultural, ainda que de fato provoque certa homogeneização, também contribui para a difusão e até instalação dentro dos Estados de culturas provenientes de regiões muito diversas, o que é algo positivo.

Neste contexto de transformações, adaptações e interações, conclui Piffer³³⁹

(...) admite-se que a dimensão cultural da Globalização é dotada de um duplo e antagônico viés: de uma lado a homogeneização incutida pelos preceitos da Globalização objetiva a criação de uma Cultura única que esteja ao dispor das suas premissas, bem como a manutenção de espaços uniformes que não condizem com as identidades múltiplas e não aceitam a diversidade; do outro, inobstante sua reconhecida dificuldade, urge o reconhecimento da utilização de algumas facilidades promovidas pela Globalização para disseminar e manter vivas as

³³⁷ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO:** a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 104

³³⁸ CESNIK, Fábio de Sá; BELTRAME, Priscila Akemi. Globalização da Cultura. Barueri: Manole, 2005. p. 41

³³⁹ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO:** a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 104

diversidades culturais em ambientes distintos, o que poderá ser alcançado por meio do Multiculturalismo.

Interessante consequência da globalização é trazida por José Luiz Bolzan de Moraes³⁴⁰. Para este autor, a Globalização gera a “desterritorialização”. Explica ele

O que pretendemos sugerir aqui é que de alguma forma a modernidade político-institucional sustentou-se, ao longo de sua história, sobre uma base geográfica territorial que permitiu, ao mesmo tempo, estabelecer identidades locais e diferenças. Ou seja, o território serviu para, através de seus limites, constituir características, direitos e acessibilidades ao mesmo tempo em que, conjugado com a ideia de soberania, impermeabilizava o interno diante do externo (estrangeiro).

Todavia, essa noção parece indicada ao desaparecimento ou a uma necessária reconstrução, em especial se considerarmos o impacto estrondoso da(s) globalização(ões) que desestabiliza (...) as fundações políticas da ordem de Vestfália e mina (...) a correspondência histórica e analítica entre a democracia política e o Estado-nação soberano, como diz José María Gómes.

De fato, dentro dessa realidade de um mundo irremediavelmente globalizado, as fronteiras e territórios passam a ser relativizados e surge então o Multiculturalismo, do qual se falará a seguir.

3.1.2 Conceito e extensão de Multiculturalismo

Não resta a menor dúvida que vivemos uma sociedade global multicultural. As migrações internas e externas formaram conglomerados de pessoas dos mais diversos locais e com culturas e tradições diametralmente diferentes.

Will Kymlicka³⁴¹ anota que “según estimaciones recientes, los 184 Estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y

³⁴⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Direitos Humanos, Estado e Globalização**. In CARVALHO, Salo de. FLORES, Joaquim Herrera. RÚBIO, David Sanchez (org.). *Direitos Humanos e Globalização*. Porto Alegre:ediPUCRS, 2010. p. 138

³⁴¹ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural** – Uma teoria liberal de los derechos de las minorías. Paidós: Barcelona, 1996. P. 4

5.000 grupos étnicos. Son bien escasos los países cuyos ciudadanos comparten el mismo lenguaje o pertenecen al mismo grupo étnico-nacional”.

Mas em que consiste efetivamente o Multiculturalismo?

Kymlicka³⁴² adverte que

Il termine 'multiculturalismo' cambia di significato a seconda del contesto: in Canada e Australia è utilizzato in modo quasi esclusivo per riferirsi agli immigrati e non alle comunità indigene. In America Latina è invece utilizzato quasi esclusivamente per fare riferimento alle comunità indigene e non a quelle di immigrati. In altri paesi è invece utilizzato in modo più ampio per riferirsi a tutte le forme di diversità etnoculturale, ed è in questo senso che io lo utilizzo qui.³⁴³

De fato, para este trabalho Multiculturalismo é conceituado como o convívio de diversos grupos culturais em determinada sociedade, advindos ou não de Estados diferentes.

Este também é o conceito de Joseph Raz³⁴⁴, para quem “‘multiculturalism’ means — among other things — the coexistence within the same political society of a number of sizeable cultural groups wishing and in principle able to maintain their distinct identity”.³⁴⁵

Esta coexistência, citada por Raz, de pessoas diferentes culturalmente em uma mesma sociedade, traz um desafio gigantesco, visto ter o Estado o dever de conciliar os interesses da minoria ao da maioria, buscando uma interação em

³⁴² KYMLICKA, Will. **Il Multiculturalismo e le accuse di essenzialismo**: teorie, politiche, ethos. In PALUMBO, Antonino. SEGRETO, Viviana. Globalizzazione e Governance Delle Società Multiculturali. Mimesis:Milano, 2011. p.11

³⁴³ Tradução livre do autor: “O termo “multiculturalismo” muda de significado dependendo do contexto: no Canadá e na Austrália é usado quase exclusivamente para se referir a imigrantes e não a comunidades indígenas. Na América Latina, é usado quase exclusivamente para se referir às comunidades indígenas e não às dos imigrantes. Em outros países, é mais amplamente usado para se referir a todas as formas de diversidade etno-cultural, e é nesse sentido que eu o uso aqui”.

³⁴⁴ RAZ, Joseph. **Multiculturalism**. Ratio Juris, v. 11, n. 3, sept. 1998, p. 197

³⁴⁵ Tradução livre do autor: ““Multiculturalismo” significa — entre outras coisas — a coexistência dentro da mesma sociedade política de um número de grupos culturais consideráveis que desejam e em princípio capazes de manter sua identidade distinta. ”

os grupos sem tolher o grupo menor da livre manifestação e exercício, de fato ou de direito, da sua cultura. Essa harmonização é complexa.

Valdoir da Silva Santos³⁴⁶, seguindo a mesma linha, anota que o Multiculturalismo forma

(...) um conjunto variado de fenômenos sociais, que resultam da difícil convivência ou coexistência em um mesmo espaço social de pessoas que se identificam com diversas culturas. Os problemas surgem em virtude do fato das pessoas possuírem distintas bagagens culturais e necessitarem conviver num mesmo espaço social. Portanto, não é suficiente existir diversas culturas, o que conta é a convivência com pessoas diferentes do ponto de vista cultural e que precisam viver juntas na comunidade política, na comunidade humana real, no seu conjunto, sendo que freqüentemente uma das culturas é dominante.

Maria Laura Lanzillo³⁴⁷ lembra que o multiculturalismo, muito mais do que a busca pela igualdade de comportamentos, mira o reconhecimento e o respeito pelas diferenças entre os povos que, agora, convivem em uma mesma sociedade. De fato, diz ela que

In particolare, al di là dell'Atlantico a partire dagli anni Ottanta e Novanta del xx secolo il multiculturalismo è diventato uno dei temi centrali del dibattito filosofico-politico sia da parte liberale sia da parte comunitaria (si pensi ai nomi di Taylor, Kymlicka, Walzer, Okin Benhabib, ad esempio), presentato sempre e comunque come una del e possibili soluzioni ai problemi di convivenza fra individui e cittadini che sembrano chiedere non più, come in epoca moderna, il riconoscimento della propria uguaglianza, ma il riconoscimento della propria differenza.³⁴⁸

³⁴⁶ SANTOS, Valdoir da Silva. O Multiculturalismo, o pluralismo jurídico e os novos sujeitos coletivos no Brasil. Dissertação de mestrado. Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. UFSC, Florianópolis, 2006. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021316.pdf> >. Acesso em 14/05/2019

³⁴⁷ LANZILLO, Maria Laura. **Dalla tolleranza al multiculturalismo**. in Paura Dell'Altro. 1ª Edizione. A cura di Francesco Bilancia, Franco M. Di Sciullo e Francesco Rimoli. Carocci Editore:Roma, 2008. p. 140

³⁴⁸ Tradução livre do autor: “Em particular, além do Atlântico desde os anos oitenta e noventa do século XX, o multiculturalismo tornou-se um dos temas centrais do debate filosófico-político tanto do lado liberal quanto do lado comunitário (pense nos nomes de Taylor, Kymlicka, Walzer, Okin Benhabib, por exemplo), apresentado sempre como uma das soluções possíveis para os problemas de convivência entre indivíduos e cidadãos que parecem não exigir mais, como nos tempos modernos, o reconhecimento de sua própria igualdade, mas o reconhecimento de sua própria diferença”

Já Ignacio Sanchez Cámara³⁴⁹ aduz que “el multiculturalismo no es un fenómeno nuevo. Lo nuevo son su alcance y dimensiones. Puede ser entendido como hecho y como teoría”.³⁵⁰

E continua³⁵¹

En el primer sentido, se trata de una situación derivada de las migraciones y de la convivencia, en el seno de la misma sociedad, de personas y grupos procedentes de civilizaciones diversas en varios grados. Las sociedades occidentales son o tienden a ser, de hecho, multiculturales. El fenómeno admite distintas valoraciones, favorables, desfavorables y ambivalentes. Pero, ante todo, es una cuestión de hecho. En el segundo sentido, el multiculturalismo sería una de las soluciones posibles a los problemas suscitados por la convivencia entre personas y grupos de diferentes culturas, concretamente, la que propugna la coexistencia entre ellos, manteniendo cada una sus propias pautas culturales y sociales.³⁵²

Um dos grandes desafios da sociedade multicultural é o ajuste dos direitos de todos, levando-se em conta a existência de uma pluralidade étnica e cultural vivendo em um mesmo Estado.

Will Kymlicka³⁵³, nesse sentido, coloca que “prácticamente todas las democracias liberales son multinacionales o poliétnicos, o bien ambas cosas a la vez. El “desafío del multiculturalismo” consiste por tanto en acomodar dichas

³⁴⁹ CÁMARA, Ignacio Sanchez. **Integración o Multiculturalismo**. Rev. Persona e Derecho, n. 49, Navarra:Universidade de Navarra, p 163/183

³⁵⁰ Tradução livre do autor: “O multiculturalismo não é um fenómeno novo. O que há de novo é seu escopo e dimensões. Pode ser entendido como fato e como uma teoria”.

³⁵¹ CÁMARA, Ignacio Sanchez. **Integración o Multiculturalismo**. Rev. Persona e Derecho, n. 49, Navarra:Universidade de Navarra, p 163/183

³⁵² Tradução livre do autor: “No primeiro sentido, é uma situação derivada das migrações e da coexistência, dentro da mesma sociedade, de pessoas e grupos oriundos de diversas civilizações em vários graus. As sociedades ocidentais são ou tendem a ser, de facto, multiculturais. O fenómeno admite diferentes valorizações, favoráveis, desfavoráveis e ambivalentes. Mas, antes de tudo, é uma questão de fato. No segundo sentido, o multiculturalismo seria uma das possíveis soluções para os problemas causados pela convivência entre pessoas e grupos de diferentes culturas, especificamente, aquela que defende a coexistência entre elas, mantendo cada uma delas a sua própria Diretrizes culturais e sociais”.

³⁵³ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural** – Uma teoria liberal de los derechos de las minorías. Paidós: Barcelona, 1996. P. 21

diferencias nacionales y étnicas de una manera estable y moralmente defendible (Gutmann, 1993).³⁵⁴

Como se disse anteriormente, a busca da igualdade de tratamento com o respeito às diferenças deve ser a incessante obsessão de uma sociedade multicultural. Trazendo essa verdade para o tema objeto deste trabalho, se alguém opta, de forma absolutamente legal, por uma família poligâmica em seu país de origem e depois adentra um país de tradição monogâmica, essa diferença na escolha do tipo de família não pode ser objeto de qualquer discriminação, sobretudo porque essa opção pelo arranjo familiar é direito fundamental de qualquer pessoa.

Acerca da igualdade lembra Gianfrancesco Zanetti³⁵⁵

Trattare le persone come eguali significa far sì che a ognuno sia permesso di usare, per i suoi progetti di vida, non più di una quota eguale delle risorse accessibili a tutti; non significa una eguaglianza “di risultato”, cioè eguale ricchezza- o eguale povertà - per ognuno. Eguaglianza tra i cittadini-individui significa inoltre, nel pluralismo etico delle moderne società multiculturali, riconoscimento e tutela dei gruppi minoritari del quali va rispettata la specifica “differenza”. L’odierna riflessione liberale sull’eguaglianza è, insomma, sempre anche una riflessione sui “limiti dell’eguaglianza”.³⁵⁶

Quintino Lopes Castro Tavares³⁵⁷, na mesma linha de pensamento, ressalta que

³⁵⁴ Tradução livre do autor: “Virtualmente todas as democracias liberais são multinacionais ou poliétnicas, ou ambos ao mesmo tempo. O “desafio do multiculturalismo” é, portanto, para acomodar essas diferenças nacionais e étnicas de uma forma estável e moralmente defensável (Gutmann, 1993)”.

³⁵⁵ ZANETTI, Gianfrancesco. **Eguaglianza**. In: BARBERA, Augusto (Org.). Le basi filosofiche del costituzionalismo. 12ª ed. Roma-Bari: Laterza Editori, 2012, p. 65.

³⁵⁶ Tradução livre do autor: “Tratar as pessoas como iguais significa garantir que todos possam usar, por exemplo, seus projetos de vida, não mais do que uma parte igual dos recursos acessíveis a todos; isso não significa uma igualdade de “resultado”, isto é, igual riqueza - ou igual pobreza - para todos. Além disso, a igualdade entre cidadãos-indivíduos significa, no pluralismo ético das sociedades multiculturais modernas, reconhecimento e proteção de grupos minoritários cuja “diferença” específica deve ser respeitada. A reflexão liberal de hoje sobre a igualdade é, em resumo, também sempre uma reflexão sobre os “limites da igualdade”

³⁵⁷ TAVARES, Quintino Lopes Castro. **Multiculturalismo**. p. 13. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25352-25354-1-PB.pdf>>. Acesso em 15/02/2019.

(...) reconhecer a diferença exige o respeito ao plano de vida de cada um, sua construção social inerente e inseparável de si mesmo, construída por força dos valores que compartilha e do grupo no qual está inserido ou com o qual é identificado. Apoiado pelo ideal da dignidade humana, o reconhecimento público aponta, no mínimo, para duas direções: 1) para a proteção dos direitos básicos dos indivíduos enquanto seres humanos e 2) para o reconhecimento das necessidades particulares dos indivíduos enquanto membros de grupos culturais distintos.

Sobretudo em relação ao tema imigração – lembra Carla Piffer³⁵⁸

(...) a defesa do Multiculturalismo atingirá sua efetividade a partir da legitimidade em conjunturas democráticas com o reconhecimento das diferenças independentemente da figura estatal envolvida, sendo esta ... a pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local.

O respeito às diferenças em sociedades multiculturais, com a garantia do respeito aos direitos fundamentais de todos – inclusive da escolha do arranjo familiar, repita-se – deve ter como parâmetro as normas expressamente traduzidas em Tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, normas essas que serão abordadas adiante.

3.2 A prática da poligamia e sua relação com direitos fundamentais

Importante questão a ser analisada neste ponto diz respeito ao direito a prática da Poligamia como um direito fundamental de cada indivíduo.

Proemialmente se deve deixar claro que o tema Direitos Humanos e Direitos Fundamentais nem de longe será tratado neste trabalho com a profundidade que se exigiria se o objeto fosse realmente o estudo mais detido destas importantes categorias.

Assim, que reste claro que somente de forma superficial se abordará o tema, não se entrando, por exemplo, nas dimensões dos Direitos Fundamentais, bem tratadas por Marcos Leite Garcia em seus artigos “**Reflexões sobre o**

³⁵⁸ PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2013. P. 116

Conceito de Direitos Fundamentais de Gregório Perces-Barba³⁵⁹ e também **“Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais”**³⁶⁰, este em coautoria com Osvaldo Ferreira de Melo, aos quais se remete o leitor.

Ainda antes de apreciar propriamente a relação entre a poligamia e os Direitos Fundamentais, mister traçar algumas linhas introdutórias sobre as diferenças (e semelhanças) entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Direitos Humanos, para Ferrajoli³⁶¹, “são os direitos primários das pessoas, pertencentes indistintamente a todos os Seres Humanos [...], o direito à vida e à integridade da pessoa, a liberdade pessoal, a liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, o direito à saúde e à instrução”

A confusão terminológica entre estas duas categorias é por demais debatida na doutrina.

Ingo Sarlet³⁶² lembra que

(...) já é do conhecimento comum que tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas outras expressões que não a de Direitos Fundamentais, tais como “Direitos Humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “Direitos Humanos fundamentais”, isso apenas para referir algumas das mais importantes, o que apenas revela o quanto, pelo menos do ponto de vista terminológico, não se registra um consenso, inclusive quanto ao significado e conteúdo de cada termo utilizado, muito embora em diversos

³⁵⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregório Perces-Barba**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, V.2, n. 1, 2016, p. 209/232

³⁶⁰ GARCIA, Marcos Leite. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais**. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/7231/4118>. Acesso em 08/12/2017

³⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. A cura di Ermanno Vitale. 3.ed. Roma: Editori Laterza, 2008. p. 08.

³⁶² SARLET, Ingo. **As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>> Acesso em 08/12/2017

casos apenas se trate de uma eleição de rótulo distinto para o mesmo conteúdo.

Não obstante todas estas expressões trazidas por Sarlet, as mais difundidas e mais discutidas são mesmo Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, razão porque é nelas que se focará adiante.

Na realidade, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são expressões que podem ser usadas para definir aqueles direitos que conferem a todos o necessário para uma vida com dignidade e justiça.

Se se fosse objetivar a diferença técnica entre estas duas categorias, se poderia dizer que os Direitos Fundamentais são aqueles garantidos internamente pelos Estados em suas constituições. De outra banda, os Direitos Humanos são aqueles que possuem proteção no âmbito das normas internacionais, como ocorre com as Convenções.

Esta é o entendimento de Canotilho e Moreira³⁶³, para quem os Direitos Humanos são distintos em relação aos Direitos Fundamentais

(...) porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico [interno], enquanto os direitos [humanos] são os direitos de todas as pessoas ou coletividades de pessoas independentemente da sua positivação jurídica nos ordenamentos político-estaduais.

No mesmo sentido é o ensinamento de Ingo Sarlet³⁶⁴, que diferencia

Em que pese sejam ambos os termos ('Direitos Humanos' e 'Direitos Fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'Direitos Fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'Direitos Humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com

³⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição Da República Portuguesa Anotada**. 3.^a Edição, vol. I (Artigo 1.º a 107.º). Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 240.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36.

determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Mas adverte Ingo Sarlet³⁶⁵ que importa “deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘Direitos Humanos’ (ou Direitos Humanos fundamentais) e ‘Direitos Fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas”.

Marcos Leite Garcia³⁶⁶, de igual forma, ressalta

Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto a sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos Direitos Humanos, e diversas também foram suas justificações. Em nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e direitos do homem. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos Direitos Humanos e direitos do homem se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo Direitos Fundamentais para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Da mesma forma que os distintos autores quando se referem à história ou à filosofia dos Direitos Humanos, usam, de acordo com suas preferências, indistintamente os aludidos termos. Então, para efeitos do presente trabalho as expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos são sinônimas. Neste sentido, entre outros: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 31; BARRANCO, Maria del Carmen, *El discurso de los derechos. El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*. Madrid: Instituto Bartolomé de las

³⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42

³⁶⁶ GARCIA, Marcos Leite. **O debate inicial sobre os direitos fundamentais**: aspectos destacados da visão integral do conceito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru*, v. 43, n. 50, p. 129-152, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22250/debate_inicial_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 04/12/2017

Casas/Dykinson, 1992, p. 20; e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 33.

Pois bem. Assim como faz Marcos Leite Garcia, como se viu acima, neste trabalho serão utilizadas as categorias Direitos Fundamentais e Direitos Humanos como sinônimos, facilitando assim a compreensão.

Voltando à questão objeto desse subcapítulo, impende asseverar, de plano, que a livre escolha do arranjo familiar é um direito pessoal de cada indivíduo, levando-se em conta, obviamente, as possíveis restrições e regulações do direito interno de cada país, estas também, diga-se, contestáveis, dentro do âmbito do direito interno de cada nação, o que não se fará aqui pois trata-se, neste trabalho, do direito à escolha da forma de família possível dentro do país de origem do migrante e da obrigatoriedade posterior do respeito a esta escolha por todos os países.

Assim, se determinado indivíduo reside em um país que admite tanto a forma monogâmica quanto poligâmica de união, é seu direito pessoal a escolha de uma ou outra forma de arranjo familiar, sem qualquer interferência de ninguém. Trata-se de uma escolha íntima, pessoal e privada do indivíduo e, por consequência, de um direito fundamental.

Ao comentar o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal do Brasil, Alexandre de Moraes³⁶⁷ diz que

(...) os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa....

Dentro da mesma ótica, Cretella Júnior³⁶⁸ refere que “a noção de intimidade ou vida privada é vinculada à noção relativa e subjetiva de espaço e

³⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição Brasileira Interpretada**. 5ª ed.. São Paulo:Atlas, 2005. P. 224

³⁶⁸ JUNIOR, José Cretella. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 10

tempo, o que explica a dificuldade do tema. Novamente aqui o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que ‘intimidade’ do cidadão é sua ‘vida privada’, no recesso do lar”.

Marcos Leite Garcia³⁶⁹, citando Gregório Peces-Barba, ressalta que

No que se refere à ética privada, diz Peces-Barba (1995-II, p. 75-79) que a justiça e o Direito não podem conter a obrigação de comportamentos que conduzem diretamente ao bem, à virtude e à felicidade, todas questões subjetivas que estão no âmago da ética privada de cada pessoa. A pessoa deve ser livre para escolher sua ética privada, no contexto atual refere-se ao respeito da autonomia da vontade de cada um. Deve ser garantido que cada pessoa tenha condições suficientes para que possa fazer uso de sua liberdade de eleição e assim de decidir, por si mesma, sobre seu objetivo, caminho ou plano de vida. Também deve-se evitar dentro do possível que obrigações jurídicas derivadas de critérios de justiça possam confrontar-se com deveres de consciência no âmbito da ética privada (caso das objeções de consciência).

Dúvida não resta, pois, que o direito à escolha do formato familiar é íntimo e pessoal e, portanto, está abrangido pela proteção aos direitos humanos (fundamentais) internacionalmente garantidos nos tratados de proteção específicos, como se verá a seguir.

Mas é claro que esta questão está muito longe de ser pacífica quando o assunto é a poligamia, visto que aqueles contrários ao seu reconhecimento invocam outros princípios que correspondem a Direitos Fundamentais para rechaçar a aceitação a esse modelo de família plural.

De fato, Valentina Petralia³⁷⁰, falando especificamente da poligamia de matriz islâmica, aduz que

La poligamia di matrice islamica è un istituto (giuridico) considerato incompatibile con i principi fondamentali come sanciti nella cultura occidentale, nel contesto specificamente europeo. In particolare tale incompatibilità deriverebbe dal fatto che il matrimonio poligamico istituzionalizza una diversa posizione della donna rispetto all'uomo, quindi

³⁶⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregório Peces-Barba**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, V.2, n. 1, 2016, p. 209/232

³⁷⁰ PETRALIA, Valentina. **La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari**. Il caso dei matrimoni poligamici. *In* Il diritto di famiglia e delle persone. Vol. 45, nº 2, 2016, p. 607-664

contravverrebbe al principio di parità tra i coniugi nonché, più in generale, al principio di parità tra i sessi, a quello di non discriminazione fondata su ragioni di sesso e al principio di uguaglianza.³⁷¹

Em idêntico adverte Karin Golaski³⁷²

La poligamia di matrice islamica (che legittima la poliginia e non la poliandria), promuovendo una diversa posizione della donna rispetto all'uomo, è un istituto giuridico considerato incompatibile con i principi fondamentali di un ordinamento europeo vincolato al rispetto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il principale limite al riconoscimento del matrimonio poligamico è dato dal principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi quale corollario della pari dignità delle persone, nonché, più in generale, dai principi di parità tra i sessi, di non discriminazione fondata su ragioni di sesso e di uguaglianza.³⁷³

O direito à igualdade entre os cônjuges de fato está encartado no artigo 5º, do protocolo VII da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem³⁷⁴ (da qual se falará com mais minúcias adiante), que prevê

Os cônjuges gozam de igualdade de direitos e de responsabilidades de carácter civil, entre si e nas relações com os seus filhos, em relação ao casamento, na constância do matrimónio e aquando da sua dissolução. O presente artigo não impede os Estados de tomarem as medidas necessárias no interesse dos filhos.

³⁷¹ Tradução livre do autor: “A poligamia de origem islâmica é uma instituição (legal) considerada incompatível com os princípios fundamentais consagrados na cultura ocidental, no contexto especificamente europeu. Em particular, essa incompatibilidade deriva do fato de que o casamento polígamo institucionaliza uma posição diferente da mulher em relação aos homens, portanto contrariaria o princípio da igualdade entre os cônjuges e, mais genericamente, o princípio da igualdade entre os sexos, o da não-discriminação com base em razões sexistas e no princípio da igualdade”.

³⁷² GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi de Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 116/117.

³⁷³ Tradução livre do autor: “A poligamia da matriz islâmica (que legitima a poliginia e não a poliandria), promovendo uma posição diferente da mulher em relação ao homem, é uma instituição jurídica considerada incompatível com os princípios fundamentais de um sistema europeu obrigado a respeitar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O principal limite para o reconhecimento do casamento polígamo é o princípio da igualdade moral e jurídica dos cônjuges como um corolário da igual dignidade das pessoas, bem como, mais genericamente, dos princípios da igualdade de gênero, da não-discriminação baseada no sexo e de igualdade”.

³⁷⁴ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponível em < [<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4)> acesso em 23/01/2019

Ainda na Convenção Europeia³⁷⁵ citada no parágrafo anterior, em seu artigo 14, encontra-se a proibição de discriminação de sexo como um direito fundamental, a saber

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Estes argumentos, de que a família poligâmica viola a igualdade entre os sexos, subjugando a mulher a uma condição inferior, foi retratado também em um documento publicado no Jornal Oficial da União Europeia³⁷⁶ do dia 13.12.2007, que trouxe um roteiro para igualdade entre homens e mulheres, elaborado pelo Parlamento Europeu através de Resolução, que no item 14 solicita

(...) aos Estados-Membros e à Comissão que adotem iniciativas concretas em prol da emancipação e integração das mulheres migrantes, nomeadamente no âmbito do programa-quadro comum para a integração dos nacionais dos países terceiros, das acções de apoio à aprendizagem da língua, dos direitos e dos deveres decorrentes dos princípios e da legislação em vigor no país de acolhimento (**como, por exemplo, a proibição da poligamia no âmbito do reagrupamento familiar**) e dos valores fundamentais da União Europeia através da definição de políticas de formação específica no domínio da igualdade de oportunidades, de não discriminação em razão do sexo e de intervenção na perspectiva do género, mediante programas de luta contra a discriminação no acesso ao emprego e no emprego, o apoio a projectos empresariais de mulheres imigrantes que fomentem a manutenção e a difusão da riqueza cultural dos seus países de origem e a criação e apoio a fóruns públicos para as mulheres imigrantes em que estas estejam activamente representadas;

Ainda invocando a igualdade de sexos (e a não discriminação das mulheres), a Directiva 2003/86/CE³⁷⁷, do Conselho da União Europeia, que trata do reagrupamento familiar, dispõe, no item 11 de seu preâmbulo, que

³⁷⁵ Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponível em < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>> acesso em 23/01/2019

³⁷⁶ Jornal Oficial da União Europeia. Roteiro para a igualdade entre homens e mulheres. Disponível em <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Resoluc31.pdf>>. Acesso em 05/08/2019 (grifo do autor)

³⁷⁷ Directiva 2003/86/CE. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal->

O direito ao reagrupamento familiar deverá ser exercido na necessária observância dos valores e princípios reconhecidos pelos Estados-Membros, designadamente dos direitos das mulheres e das crianças, observância que justifica a eventualidade de poderem ser tomadas medidas restritivas em oposição a pedidos de reagrupamento familiar de agregados familiares polígamos.

Seguindo a mesma linha, conforme já se frisou no capítulo inaugural deste trabalho, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no ano 2000, em relatório sobre a igualdade entre homem e mulher³⁷⁸, destacou que

It should also be noted that equality of treatment with regard to the right to marry implies that polygamy is incompatible with this principle. Polygamy violates the dignity of women. It is an inadmissible discrimination against women. Consequently, it should be definitely abolished wherever it continues to exist.³⁷⁹

Os fundamentos dessa resistência à aceitação da poligamia, baseados neste suposta discriminação à mulher, no entanto, não convencem.

Primeiro porque se o arranjo familiar plural for fundado em sólida base religiosa – como ocorre no Islã - não cabe aos não praticantes rechaçar a poligamia por não seguir as regras desta crença. É leviano imaginar que todas as mulheres que se submetem ao casamento poligâmico estão sendo aviltadas em seus direitos. É mais razoável presumir que isso não acontece.

Segundo porque não se pode esquecer que existem nações que aceitam a poliandria (já se estudou isso no capítulo II). Nestes casos, as mulheres estariam em posição superior, se usada a mesma lógica da desigualdade de gêneros.

[content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086](https://www.unhcr.org/refugees/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086)>. Acesso em 28/02/2019

³⁷⁸ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Equality of rights between men and women**. Disponível em <
https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/HRC_GC_28e.pdf>. Acesso em 22/01/2018.

³⁷⁹ Tradução livre do autor: “Deve também notar-se que a igualdade de tratamento em relação ao direito de casar implica que a poligamia é incompatível com este princípio. A poligamia viola a dignidade das mulheres. É uma discriminação inadmissível contra as mulheres. Consequentemente, deve ser definitivamente abolido onde quer que continue a existir”.

Terceiro porque o casamento (ou união) poligâmico não tem origem unicamente no islamismo e não são só seus seguidores que o praticam. Ao revés, há diversos poligâmicos por convicção pessoal (e não religiosa) e ainda um outro tanto seguidores de outras crenças (mórmons, budistas e Judeus, por exemplo). Neste norte, bem lembra Petralia³⁸⁰

(...) il fenomeno del matrimonio poligamico (nell'accezione di poliginico) non costituisce un elemento distintivo solo della cultura islamica, come comunemente si è indotti a ritenere. Si tratta di un fenomeno che si registra anche in contesti del tutto estranei a questa. Il caso più evidente è quello della poligamia praticata da alcune, seppur piccole, Comunità mormone in alcuni Stati americani.³⁸¹

Não se pode aceitar como argumento contrário à aceitação da poligamia uma generalização que não corresponde à realidade. Se é certo que há casos de abusos contra as mulheres em relações poligâmicas, não menos certo é que também o há em relações monogâmicas.

Na realidade, o que se está fazendo, ao reprimir a poligâmia com a generalização do argumento de que esse tipo de família avilta as mulheres, é levando estas à condição de eternas vítimas e lhes tirando o direito fundamental de escolha de seu modelo familiar.

O que se deveria fazer é analisar o caso concreto e, aí sim, dar ou não validade à família poligâmica no país receptor. Ao sugerir o não reagrupamento familiar poligâmico genericamente, “demonizando” a família plural, corre-se o risco de trazer ainda mais sofrimento às mulheres, que muitas vezes estão impedidas de continuar a residir em seu país de origem por conta de guerras, por exemplo, mas ao mesmo tempo não pode reagrupar sua família em uma outra nação porque tal família é poligâmica.

³⁸⁰ PETRALIA, Valentina. **La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari**. Il caso dei matrimoni poligamici. In *Il diritto di famiglia e delle persone*. Vol. 45, nº 2, 2016, p. 607-664

³⁸¹ Tradução livre do autor: “...o fenômeno do casamento poligâmico (no sentido de poliginico) não constitui um elemento distintivo apenas da cultura islâmica, como é comumente induzido a acreditar. Este é um fenômeno que também é registrado em contextos completamente alheios a isso. O caso mais óbvio é o da poligamia praticada por algumas comunidades mórmons, ainda que pequenas, em alguns estados americanos”.

A verdade é que, como conclui Karin Golaski³⁸²

“Il dibattito sulla poligamia è molto animato e spesso si rischia di cadere in pericolose generalizzazioni, ricorrendo allo stereotipo della donna oppressa. Nell'immaginario collettivo l'uomo, musulmano o mormone poligamo, impone pratiche oppressive nei confronti della donna in nome della propria religione. Bisognerebbe innanzitutto ascoltare la voce delle dirette interessate al fine di comprendere se l'adesione alla pratica poligamica è frutto di una libera scelta o di pressioni coercitive. Inoltre, si rivela necessario contestualizzare geograficamente e fare riferimento alle condizioni delle donne nelle comunità specifiche di riferimento poiché, non soltanto da un continente all'altro, ma da una religione a un'altra - anche all'interno degli Stati islamici - le condizioni delle donne variano notevolmente”.³⁸³

A propósito, nesta mesma direção da individualização dos casos concretos ao invés da generalização, Petralia³⁸⁴ ressalta que o se precisa, quando se fala em poligamia, é dar proteção aos sujeitos mais fracos da relação, individualizando-os. E complementa a autora

Tale tutela, tuttavia, a parere di chi scrive, non va apprestata rispetto agli abusi e alle discriminazioni. Per contrastare questi, un ordinamento giuridico dovrebbe approntare gli strumenti, rispettivamente repressivi e promozionali, diretti a combattere singole condotte giuridicamente rilevanti (dal punto di vista penale o civile) e non penalizzando indiscriminatamente (come avviene per le convivenze poligamiche “mormone”) o disconoscendo (come invece succede per la famiglia poligamica di matrice islamica) la formazione familiare poligamica, e, conseguentemente frustrando contrapposte aspettative e istanze di tutela.

Il vero obiettivo, invece, dovrebbe essere quello di tutelare il diritto della donna all'autodeterminazione, pur se orientato da un punto di vista culturale o religioso. Solo predisponendo le idonee condizioni che consentano alla donna di costruire liberamente, e in maniera consapevole,

³⁸² GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi de Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 123.

³⁸³ Tradução livre do autor: "O debate sobre a poligamia é muito animado e muitas vezes corremos o risco de cair em generalizações perigosas, usando o estereótipo da mulher oprimida. No imaginário coletivo, o homem, um muçulmano ou um polígamo mórmon, impõe práticas opressivas às mulheres em nome de sua religião. Antes de tudo, você deve ouvir a voz das partes interessadas para entender se a adesão à prática poligâmica é o resultado de uma escolha livre ou pressões coercitivas. Além disso, é necessário contextualizar geograficamente e referir-se às condições das mulheres em comunidades específicas de referência, já que, não só de um continente para outro, mas de uma religião para outra - mesmo dentro dos estados islâmicos - as condições de as mulheres variam muito".

³⁸⁴ PETRALIA, Valentina. **La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari**. Il caso dei matrimoni poligamici. *In* Il diritto di famiglia e delle persone. Vol. 45, nº 2, 2016, p. 607-664

le proprie relazioni private e familiari, si potrà parlare di tutela effettiva della donna rispetto a qualsivoglia forma di prevaricazione, privata, sociale ed anche statale.³⁸⁵

Tem-se, pelo que se viu, que em nome da autonomia privada da pessoa humana, esta tem a livre escolha de seu arranjo familiar, é isto inegavelmente é um direito fundamental seu e, como tal, deve ser respeitado.

3.3 Direito dos Estrangeiros sob a ótica do Direito Internacional Público

O direito dos estrangeiros consiste no conjunto de regras aplicáveis às pessoas que se deslocam de um Estado para outro.

Ele pode ser analisado sob duas vertentes. A primeira é o Direito Internacional Público que é representada pelas regras estampadas em tratados internacionais e aplicáveis aos países aderentes. A segunda vertente é o Direito Internacional Privado, que regula como deve ser aplicado aos estrangeiros o direito interno de cada país.

O Direito Internacional Privado será alvo de abordagem mais à frente neste trabalho. Este primeiro momento da pesquisa volta-se para os tratados internacionais sobre a proteção dos direitos humanos (ou direitos fundamentais) e a obrigatoriedade do respeito a estas normas pelos países aderentes.

É cediço que as fontes formais do Direito Internacional são os tratados internacionais, os costumes, os princípios gerais de direito, as decisões judiciais e a doutrina.

³⁸⁵ Tradução livre do autor: Essa proteção, no entanto, na opinião da escritora, não deve ser preparada com relação ao abuso e à discriminação. Para contrariar estes, uma ordem legal deveria estabelecer os instrumentos, respectivamente repressivos e promocionais, destinados a combater comportamentos juridicamente relevantes individuais (do ponto de vista criminal ou civil) e não penalizar indiscriminadamente (como acontece com coabitações mórmons poligâmicos) ou desconsiderar (ao contrário, acontece para a família islâmica poligâmica) a formação da família poligâmica e, conseqüentemente, frustrando expectativas e instâncias de proteção contrárias. O objetivo real, ao contrário, deveria ser proteger o direito da mulher à autodeterminação, mesmo que orientada do ponto de vista cultural ou religioso. Somente preparando as condições adequadas que permitam às mulheres construir livremente e de maneira informada suas relações privadas e familiares, será possível falar sobre a efetiva proteção das mulheres em relação a qualquer forma de abuso, privado, social e até estatal.

A propósito, o artigo 38³⁸⁶ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que é o principal órgão judiciário das Nações Unidas³⁸⁷, assim prevê

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Destas fontes de Direito Internacional – e por consequência, do Direito dos Estrangeiros – a mais objetiva são os tratados internacionais e, para este trabalho, especificamente, aqueles que garantem o respeito aos direitos fundamentais de todos em qualquer lugar do mundo.

Importante esclarecer que tratado é uma expressão que abrange toda a forma de acordo de vontades manifestada por países que, entre si, tem interesses em comum. Convenções, por exemplo, são espécies do gênero Tratados.

Accioly, Silva e Casella³⁸⁸, neste sentido, doutrinam que

(...) tratado é a expressão genérica. São inúmeras as denominações utilizadas conforme a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim, citando-se as seguintes: convenção, protocolo, convênio, declaração, *modus vivendi*, protocolo, ajuste, compromisso, etc., além das

³⁸⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em 05/12/2018

³⁸⁷ Artigo 1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “A Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas como o principal órgão judiciário das Nações Unidas, será constituída e funcionará de acordo com as disposições do presente Estatuto”. (grifei)

³⁸⁸ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 154

concordatas, que são os atos sobre assuntos religiosos celebrados pela Santa Sé com os estados que têm cidadãos católicos. Em todas essas denominações, o dado que se enfatiza é a expressão do acordo de vontades, estipulando direitos e obrigações, entre sujeitos de direito internacional.

No mesmo norte, Carlo Focarelli³⁸⁹ diz que ‘dal punto di vista terminologico i trattati internazionali vengono denominati variamente (convenzione, Patto, Carta, Statuto, Protocollo, accordo, scambio di note, concordato, ecc.) ma no cambia la sostanza e il loro significato giuridico’.³⁹⁰

O que se fará neste subcapítulo é a análise das convenções sobre Direitos Humanos que abrangem quase todos os continentes e, também, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção de Genebra (de 1951), com o objetivo de verificar a existência de normas escritas internacionais que obrigam o respeito aos direitos fundamentais – e por consequência Direitos Humanos - de toda pessoas, mais especificamente em relação à livre escolha do arranjo familiar.

Paulo Márcio Cruz³⁹¹ registra que

(...) para conseguir uma maior efetividade na proteção internacional dos Direitos Humanos, em algumas áreas preferiu-se elaborar acordos de alcance geográfico limitado, incluindo Países que, por suas características culturais e políticas muito próximas, facilitem a adoção de legislações comuns neste sentido, com um controle supranacional efetivo. Exemplos deste tipo de acordo “localizado” são a Convenção Americana dos Direitos do Homem, que passou a ser conhecido como Tratado de San Jose da Costa Rica, firmado em 1969 e, principalmente, a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, assinado em Roma no dia 04 de novembro de 1950.

Na mesma linha, Carlo Focarelli³⁹² assinala que

³⁸⁹ FOCARELLI, Carlo. **Diritto Internazionale**. 4 ed., Wolters Kluwer Italia:Milano, 2017, p. 126

³⁹⁰ Tradução livre do autor: “Do ponto de vista terminológico, os tratados internacionais são chamados de forma variada (convenção, pacto, estatuto, protocolo, acordo, troca de notas, concordato, etc.), mas não muda a substância e o seu significado legal”.

³⁹¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 13

³⁹² FOCARELLI, Carlo. **Diritto Internazionale**. 4 ed., Wolters Kluwer Italia:Milano, 2017, p. 362

Dal punto di vista giuridico esistono norme internazionali regionalismo intese a proteggere i diritti umani sia a livello universale che a livello regionale. Nella prima categoria rientrano non solo le norme internazionali consuetudinarie ma anche le norme contenute in trattati multilaterali - spesso anticipati da Dichiarazioni solenni prive di effetti giuridici vincolanti, fra le quali spicca la Dichiarazione universale dei diritti umani 1948 (1-142.2) - aperti all'adesione di tutti gli Stati, e spesso in effetti ratificati dalla gran parte degli Stati, elaborati in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite. Occorre sottolineare che la partecipazione massiccia a tali trattati, anche da parte di Stati che violano sistematicamente i diritti umani, non deve indurre a pensare che il consenso sia sempre genuino, ma certamente dimostra che almeno di facciata per fini propagandistici l'impegno a rispettare le norme sui diritti umani ha un peso. Tra le norme internazionali a carattere regionale esistono portanti convenzioni concluse in Europa, in America e in Africa.³⁹³

Todos estes instrumentos citados por Focarelli e Paulo Márcio Cruz, além da Convenção de Genebra de 1951 e a Declaração Islâmica dos Direitos do Homem, criam obrigações inafastáveis aos signatários, que se veem obrigados a respeitar os Direitos Humanos sob pena das sanções que podem levar até mesmo a expulsão dos Blocos Regionais (ou da ONU), além de embargos econômicos, por exemplo, como se verá a seguir.

3.3.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é

(...) um documento marco na história dos Direitos Humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a

³⁹³ Tradução livre do autor: "De um ponto de vista legal, existem regras internacionais de normalidade destinadas a proteger os direitos humanos tanto a nível universal como regional. A primeira categoria inclui não apenas as normas internacionais consuetudinárias, mas também as normas contidas em tratados multilaterais - muitas vezes antecipadas por declarações solenes sem efeitos legais vinculantes, entre os quais se destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1-142.2). - aberta à adesão de todos os Estados, e muitas vezes de fato ratificada pela maioria dos Estados, elaborada em particular dentro das Nações Unidas. Deve-se enfatizar que a participação massiva nesses tratados, mesmo por Estados que violam os direitos humanos de maneira genuína, não deve nos levar a acreditar que o consenso é sempre genuíno, mas certamente mostra que pelo menos respeitar as normas de direitos humanos tem um peso. Entre as normas internacionais de natureza regional existem importantes convenções concluídas na Europa, na América e na África".

ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos Direitos Humanos.³⁹⁴

De fato, sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Maria de Lourdes Manzine Covre³⁹⁵ esclarece que ela

(...) tem suas primeiras matizes marcantes nas cartas de Direito dos Estados Unidos (1776) e na Revolução Francesa (1798). Sua proposta mais funda de cidadania é a de que todos os homens são iguais ainda que perante a lei, sem discriminação de raça, credo ou cor. E ainda: a todos cabem o domínio sobre seu corpo e sua vida, o acesso a um salário condizente para promover a própria vida, o direito à educação, à saúde, à habilitação, ao lazer. E mais: é direito de todos poder expressar-se livremente, militar em partidos políticos e sindicatos, fomentar movimentos sociais, lutar por seus valores. Enfim, o direito de ter uma vida digna de ser homem.

A DUDH é composta por trinta artigos e um preâmbulo. Não tem natureza jurídica de Tratado, visto que foi adotada pela Assembleia Geral da ONU de forma unilateral e não tem os requisitos previstos na Convenção de Viena, de 1969, que mesmo tendo sido aprovada muito tempo depois da DUDH, delineia os procedimentos de elaboração e aprovação dos Tratados.

Justamente por não ser um Tratado, surge sempre a discussão em torno do caráter vinculante, ou não, da DUDH. Sobre essa dúvida, Valério de Oliveira Mazzuoli³⁹⁶ doutrina que

Apesar de não ser tratado *stricto sensu*, pois nascera de resolução da Assembleia Geral da ONU, não tendo também havido sequência à assinatura, o certo é que a Declaração Universal deve ser entendida, primeiramente, como a interpretação mais autêntica da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”, constante daqueles dispositivos já citados³⁹⁷ da Carta das Nações Unidas. Em segundo lugar,

³⁹⁴ Extraído do site da Organização das Nações Unidas. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 08/12/2017

³⁹⁵ COVRE, Maria de Lourdes Manzine. **O que é cidadania**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. P. 9

³⁹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo: Editora Método, 2017. P. 125/126

³⁹⁷ Os dispositivos a que se refere o autor são os seguintes: • “Art. 1.º Os propósitos das Nações Unidas são: (...) 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”; • “Art. 13. 1. A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações,

é possível (mais do que isso, é necessário) qualificar a Declaração Universal como norma de *jus cogens* internacional.

Na mesma direção, Paulo Henrique Gonçalves Portela³⁹⁸ diz que

(...) do ponto de vista técnico-formal, a Declaração é uma mera resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, com caráter de recomendação, juridicamente não vinculante. Com isso, os preceitos contidos na Declaração não seriam, em princípio, obrigatórios, ao menos à luz de um entendimento calcado em noções mais antigas do Direito de caráter mais formalistas e menos ligadas a valores, dentro das quais, a propósito, a proteção da dignidade humana não tinha o destaque de que hoje se reveste.

Mas continua o mesmo doutrinador, ressaltando que

Entretanto, na atualidade, é majoritário o entendimento de que os dispositivos consagrados na Declaração são juridicamente vinculantes, visto que os preceitos contidos em seu texto já foram positivados em tratados posteriores e no Direito interno de muitos Estados. Além disso, o prestígio adquirido pela Declaração tem feito com que suas normas sejam consideradas materialmente regras costumeiras, preceitos de *soft law*, princípios gerais do Direito ou princípios gerais do Direito Internacional.³⁹⁹

Esta é a mesma linha de pensamento de Natalino Ronzitti⁴⁰⁰ quando afirma que “per quanto riguarda gli strumenti giuridicamente non vincolanti,

destinados a: (...) b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário, e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, língua ou religião”; • “Art. 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: (...) c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”; • “Art. 56. Para a realização dos propósitos enumerados no art. 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente”; • “Art. 62. (...) 2. Poderá igualmente fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos”; • “Art. 68. O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos direitos humanos assim como outras comissões que forem necessárias para o desempenho de suas funções”; • “Art. 76. Os objetivos básicos do sistema de tutela, de acordo com os Propósitos das Nações Unidas enumerados no art. 1.º da presente Carta, são: (...) c) estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, e favorecer o reconhecimento da interdependência de todos os povos”.

³⁹⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 8 ed.. Salvador:jusPODIVM, 2016. p. 855

³⁹⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 8 ed.. Salvador:jusPODIVM, 2016. p. 855

⁴⁰⁰ RONZITTI, Natalino. **Gli Strumenti di Tutela dei Diritti Umani: La risoluzione 48/134**

ocorre recordar a Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e numerose risoluzioni approvate successivamente dall'Assemblea generale (Ag) delle Nazioni Unite".⁴⁰¹

E arremata:

Molte clausole della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sono però diventate giuridicamente vincolanti poiché, nel tempo, si sono trasformate in diritto internazionale consuetudinario. Inoltre la Dichiarazione ha costituito la base per la codificazione, mediante trattato, dei diritti dell'uomo a livello universale o regionale".⁴⁰²

Bem se vê, pois, que ainda que, a princípio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos seja um documento com caráter de recomendação e, portanto, em tese, não vinculante, sua importância e a inclusão de seus fundamentos às diversas convenções de Direitos Humanos firmadas pelos países formadores de blocos regionais lhe conferem uma importância e um *status* muito superior ao que, formalmente, ele teria.

Em relação ao objeto deste trabalho, qual seja, o direito fundamental a escolha e ao respeito do arranjo familiar escolhido pelos migrantes, extrai-se da DUDH já no preâmbulo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.⁴⁰³

O artigo 12º, da DUDH, é bastante claro ao estabelecer que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu

dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la sua attuazione nell'ordinamento italiano. In Osservatorio di Politica Internazionale. 4/2010. Disponível em <http://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/affariinternazionali/osservatorio/note/Nota_4_IAI_DirittiUmani.pdf> Acesso em 01/03/2019

⁴⁰¹ Tradução livre do autor: “No que diz respeito aos instrumentos juridicamente não vinculativos, é necessário recordar a Declaração Universal dos direitos humanos de 1948 e numerosas resoluções aprovadas posteriormente pela Assembléia Geral (AG) do Nações Unidas. ”.

⁴⁰² Tradução livre do autor: “Muitas cláusulas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no entanto, tornaram-se jurídicas obrigatório, uma vez que, ao longo do tempo, eles se tornaram lei internacional consuetudinária. Além disso, a Declaração constituiu a base para a codificação, por tratado, dos direitos humanos universais regional”

⁴⁰³ Nações Unidas. **Universal Declaration of Human Rights.** Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em 06/12/2018

domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”.⁴⁰⁴

Já no artigo 16 a DUDH prevê que “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção desta e do Estado”.⁴⁰⁵

Comentando o artigo 12 da DUDH, Antonio Papisca⁴⁰⁶ salienta que “E’ un classico diritto “negativo”, nel senso che lo stato (e qualunque altro soggetto) deve astenersi dall’interferire in modo arbitrario o illegale nella vita privata della persona.”⁴⁰⁷

E, mais adiante, o mesmo autor⁴⁰⁸ sustenta, ao discorrer sobre o artigo 16 da DUDH, que

“Il concetto di famiglia può differire da Stato a Stato, addirittura all’interno di uno stesso Stato: famiglia ‘nucleare’, famiglia ‘allargata’. In ogni caso, la famiglia “ha diritto” ad essere protetta dallo Stato oltre che dalla società e lo Stato deve provvedervi in modo adeguato. In particolare essa deve essere protetta da interferenze arbitrarie o illegali (articolo 12 della Dichiarazione) e al suo interno devono essere garantiti i diritti dei bambini (articolo 25) e degli altri componenti”.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ Nações Unidas. **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em < <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. > Acesso em 06/12/2018

⁴⁰⁵ Nações Unidas. **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em < <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. > Acesso em 06/12/2018

⁴⁰⁶ PAPISCA, Antonio. **La Dichiarazione Universale dei diritti umani commentata**. Disponível em < <http://unipd-centrodirittiumani.it/it/dossier/La-Dichiarazione-Universale-dei-diritti-umani-commentata-dal-Prof-Antonio-Papisca/3> > Acesso em 06/12/2018

⁴⁰⁷ Tradução livre do autor: “É um direito “negativo” clássico, no sentido de que o Estado (e qualquer outro sujeito) deve abster-se de interferir arbitrária ou ilegalmente na vida privada da pessoa”.

⁴⁰⁸ PAPISCA, Antonio. **La Dichiarazione Universale dei diritti umani commentata**. Disponível em < <http://unipd-centrodirittiumani.it/it/dossier/La-Dichiarazione-Universale-dei-diritti-umani-commentata-dal-Prof-Antonio-Papisca/3> > Acesso em 06/12/2018

⁴⁰⁹ Tradução livre do autor: “O conceito de família pode diferir de estado para estado, mesmo dentro do mesmo estado: família ‘nuclear’, família ‘extensa’. Em qualquer caso, a família “tem o direito” de ser protegida pelo Estado, bem como pela sociedade, e o Estado deve provê-la de maneira apropriada. Em particular, deve ser protegido de interferências arbitrárias ou ilegais (Artigo 12 da Declaração) e dentro dele devem ser garantidos os direitos das crianças (Artigo 25) e outros membros”.

Vale citar, para finalizar, que dois pactos foram aprovados pela Assembleia Geral da ONU para dar juridicidade aos preceitos da DUDH. São eles o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em ambos o direito à formação livre da família e a obrigação de respeito e proteção a ela são exaltados.

De fato, prevê o artigo 23 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴¹⁰ que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Na mesma linha, do artigo 10 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴¹¹, extrai-se

Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

Claro está, portanto, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos confere a todos a livre escolha em relação a sua vida privada – em particular sobre a sua família - escolha esta que deve ser respeitada, onde que a pessoa se encontre. Este princípio foi positivado através de Convenções que abrangem quase todos os países, como se verá a seguir.

3.3.2 Convenção Americana dos Direitos do Homem

A Convenção Americana dos Direitos do Homem, também chamado de Pacto de San José da Costa Rica, “é o principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano, e o que confere

⁴¹⁰ BRASIL. Planalto. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm >. Acesso em 06/12/2018

⁴¹¹ BRASIL. Planalto. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm >. Acesso em 06/12/2018

suporte axiológico e completude a todas as legislações internas dos seus Estados partes”.⁴¹²

O Pacto de San José da Costa Rica foi assinado em 1969 e entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, ocasião em que obteve o número mínimo de 11 ratificações.⁴¹³

Todos os 34 países independentes⁴¹⁴ da América são membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e somente eles podem ratificar a Convenção Americana dos Direitos do Homem. Porém, como bem assinala Valério de Oliveira Mazzuoli⁴¹⁵, “não obstante a sua importância na consolidação do regime de liberdade individual e de justiça social no Continente Americano, alguns países, como Estados Unidos (que apenas a assinou) e o Canadá, ainda não ratificaram a Convenção Americana e, ao que parece, não estão dispostos a fazê-lo”.

Segundo quadro atualizado extraído do site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴¹⁶, este é cenário atual de assinaturas e ratificações do Pacto de San José da Costa Rica

⁴¹² GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010. P. 18

⁴¹³ O artigo 74, item 2, do Pacto prevê: “A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão”. (grifei)

⁴¹⁴ A situação de Cuba está indefinida. Cuba foi suspensa em 1962 e teve a suspensão revogada em 2009, mas ainda não foi reintegrada à OEA.

⁴¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 975.

⁴¹⁶ CIDH. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif_.htm>. Acesso em 09/12/2018

Países signatários	Assinatura	Ratificação
Antígua e Barbuda		
Argentina	02/02/84	14/08/84
Bahamas		
Barbados	20/06/78	05/11/81
Belize		
Bolívia		20/06/79
Brasil		09/07/92
Canadá		
Chile	22/11/69	10/08/90
Colômbia	22/11/69	28/05/73
Costa Rica	22/11/69	02/03/70
Dominica		03/06/93
El Salvador	22/11/69	20/06/78
Equador	22/11/69	28/12/77
Estados Unidos	01/06/77	
Grenada	14/07/78	14/07/78
Guatemala	22/11/69	27/04/78
Guiana		
Haiti		14/09/77
Honduras	22/11/69	05/09/77
Jamaica	16/06/77	19/07/78
México		02/03/81
Nicarágua	22/11/69	25/09/79
Panamá	22/11/69	08/05/78
Paraguai	22/11/69	18/08/89
Peru	27/07/77	12/07/78
República Dominicana	07/09/77	21/01/78
Saint Kitts e Nevis		
Santa Lúcia		
São Vicente e Granadinas		
Suriname		12/11/87
Trinidad e Tobago		03/04/91
Uruguai	22/11/69	26/03/85
Venezuela	22/11/69	23/06/77

Estruturalmente o Pacto conta com 82 artigos e regula: a) Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; b) Direito à vida; c) Direito à integridade pessoal; d) Proibição da escravidão e da servidão; e) Direito à liberdade pessoal; f) Garantias judiciais; g) Princípio da legalidade e da retroatividade; h) Direito a indenização; i) Proteção da honra e da dignidade; j) Liberdade de consciência e de religião; k) Liberdade de pensamento e de

expressão; l) Direito de retificação ou resposta; m) Direito de reunião; n) Liberdade de associação; o) Proteção da família; p) Direito ao nome; q) Direitos da criança; r) Direito à nacionalidade; s) Direito à propriedade privada; t) Direito de circulação e de residência; u) Direitos políticos; v) Igualdade perante a lei; x) Proteção judicial.

Além dos Direitos Civis e Políticos acima listados, o Pacto de San José da Costa Rica traz, ainda, entre os artigos 26 e 31, os Direitos Econômicos Sociais e Culturais e regula os meios de proteção aos Direitos Humanos.

O artigo 33 prevê que “são competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte”.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como sua missão principal, segundo Mazzuoli⁴¹⁷ “promover a observância e a defesa dos direitos humanos no Continente Americano, atuando como órgão de consulta da OEA na matéria”.

E continua⁴¹⁸:

Trata-se de função mais política que jurídica, intrinsecamente ligada à atuação da OEA. No entanto, a Comissão também atua (e aí está a sua função prática mais importante) no recebimento de denúncias ou queixas de violações de direitos humanos deflagradas por indivíduos ou por organizações não governamentais contra atos dos Estados. Nesse mister, entende-se ter a Comissão funções quase judiciais, pois, uma vez admitida a denúncia ou queixa, poderá a Comissão abrir um procedimento interno de “processamento” do Estado ou, em última análise, demandá-lo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cabe, assim, à Comissão proceder ao juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas, e à Corte julgar a ação eventualmente proposta pela Comissão.

⁴¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo:Editora Método, 2017. P. 147

⁴¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo:Editora Método, 2017. P. 147

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos, nos termos estabelecidos no Pacto.

Os membros da Comissão serão eleitos pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), a partir de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados-membros, podendo cada um destes Governos propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da OEA. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez.

As competências da Comissão são reguladas nos artigos 44 e seguintes do Pacto, resumindo-se em promover a observância e a proteção dos direitos humanos e, “para alcançar esse desiderato, no que tange à promoção dos direitos humanos, deve a Comissão preparar estudos, relatório e propor recomendações aos Estado, tendo em vista a adoção de medidas que favoreçam o sistema de proteção aos direitos humanos no plano doméstico, como também conhecer petições individuais e comunicações interestatais que contenham denúncias de direitos que tenham sido aviltados, nos termos da Convenção”.⁴¹⁹

Além da Comissão, viu-se acima que também é órgão previsto no Pacto de San José da Costa Rica a Corte Interamericana de Direitos Humanos, regulada a partir do artigo 52 do próprio Pacto.

A Corte Interamericana se apresenta, segundo Guerra⁴²⁰, como

(...) uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ela é regulada pelos artigos 33, b e 52 a 73 da mesma Convenção e pelas normas do Estatuto, tendo sido instalada em 1979, cuja sede situa-se em San José, na Costa Rica. Sua criação tem origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IX Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, no ano de 1948.

⁴¹⁹ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. Ed. São Paulo:Saraiva, 2016. p. 567

⁴²⁰ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. Ed. São Paulo:Saraiva, 2016. p. 570

A Corte será composta de sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.

Os juízes da Corte serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes na Convenção, na Assembleia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados.

Mazzuoli⁴²¹ lembra que “tanto os particulares quanto as instituições privadas estão impedidos de ingressar diretamente à Corte (art. 61), diferentemente do que ocorre no sistema da Corte Europeia de Direitos Humanos (depois da vigência do Protocolo n.º 11 à Convenção Europeia, em 1.º de novembro de 1998)”.

E arremata Mazzuoli⁴²²

No caso do sistema interamericano, será a Comissão – que, nesse caso, atua como instância preliminar à jurisdição da Corte – que submeterá o caso ao conhecimento da Corte, podendo também fazê-lo outro Estado pactuante, mas desde que o país acusado tenha anteriormente aceitado a jurisdição do tribunal para atuar em tal contexto. Frise-se que a Comissão (nos casos iniciados por particulares) não pode atuar como parte na demanda, uma vez que já atuou no caso quanto à admissibilidade deste; a Comissão atuará na qualidade de substituta processual, defendendo em nome próprio direitos de terceiros. Em suma, não há no sistema regional interamericano o jus standi (ingresso direto do indivíduo à Corte, como existe no sistema europeu desde novembro de 1998), senão apenas o locus standi in judicio, que permite a um indivíduo, via Comissão Interamericana, ter o seu pleito analisado pela Corte Interamericana caso a Comissão entenda por bem iniciar um procedimento judicial perante o tribunal interamericano

Analizados brevemente o Pacto de San José da Costa Rica, a Comissão e a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, passa-se a examinar as normas específicas em relação à formação da família. Especificamente em relação a

⁴²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo:Editora Método, 2017. P. 150

⁴²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo:Editora Método, 2017. P. 150/151

este tema, o Pacto prevê o respeito às escolhas dos arranjos familiares quando, em seu artigo 17, reza que

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

Bem se vê, pela leitura do artigo 17 acima transcrito, que a liberdade na formação da família consiste em direito assegurado pelo Pacto de San José da Costa Rica, não podendo haver, de forma alguma, intromissão arbitrária do Estado na escolha do arranjo familiar.

Bom lembrar, com Gomes e Mazzuoli ⁴²³, que “as leis sobre casamento existentes nos Estados não podem afetar o princípio da não-discriminação estabelecido na convenção”.

Mary Beloff ⁴²⁴, ao comentar o artigo 17 da CADH, ressalta

Los diversos instrumentos de protección de derechos humanos, tanto regionales como internacionales, coinciden en que la familia debe ser considerada un “elemento natural y fundamental” de la sociedad.

Por ello prescriben su amplia protección mediante el reconocimiento de varios derechos: el derecho a casarse y a fundar una familia, a la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges como una manifestación del principio general de la igualdad del hombre y la mujer y, específicamente, el derecho a la protección de la familia, la cual no debe sufrir injerencias arbitrarias. ⁴²⁵

⁴²³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010. P. 146

⁴²⁴ BELOFF, Mary. **Artículo 17. Protección a la Familia**. In: STEINER, Christian et URIBER, Patricia (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario*. Erlin: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. 2013. P. 389

⁴²⁵ Tradução livre do autor: “Os diversos instrumentos para a proteção dos direitos humanos, tanto regionais como internacionais, concordam que a família deve ser considerada um “elemento natural e fundamental” da sociedade. É por isso que prescrevem sua ampla proteção através do

Bom que se diga que o conceito de família, para a Convenção Americana de Direitos Humanos, sobrepuja em muito aquele tradicional, formado pelo casamento de um homem e uma mulher.

Com efeito, não se pode olvidar que a interpretação do conceito de família deve sempre acompanhar a realidade social. Assim, ainda que o texto seja o mesmo desde a elaboração do Pacto, a família não é mais a mesma, sofrendo grande transformação com o passar do tempo.

Bem por isso que Mary Beloff adverte que

El concepto de familia ha sufrido una notable evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, desde una concepción más tradicional y restrictiva hacia nociones más abiertas y plurales. Debíó adaptarse a lo largo de los años a las diversas circunstancias, contextos y realidades sociales.

Para interpretar los múltiples sentidos de la institución “familia” y asegurar su debida protección es fundamental tener en cuenta que la Corte IDH ha establecido, de forma coincidente con el TEDH, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

426

Tem razão a autora acima. Como se verá mais tarde, a própria CIDH já elasteceu o conceito de família, admitindo outras formas de arranjo.

Certo é que, por tudo que acima se disse, no âmbito de abrangência do Pacto de San José da Costa Rica, mostra-se absolutamente violador dos direitos

reconhecimento de vários direitos: o direito de casar e fundar uma família, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges como uma manifestação do princípio geral da igualdade entre homens e mulheres e, especificamente, o direito à proteção da família, que não deve sofrer interferência arbitrária”.

⁴²⁶ Tradução livre do autor: “O conceito de família sofreu uma notável evolução no direito internacional dos direitos humanos, de uma concepção mais tradicional e restritiva para noções mais abertas e plurais. Tinha que se adaptar ao longo dos anos para as diferentes circunstâncias, contextos e realidades sociais. A fim de interpretar os múltiplos significados da instituição “familiar” e garantir sua devida proteção, é essencial ter em mente que a Corte Interamericana estabeleceu, em conformidade com a CEDH, que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e condições de vida atuais”.

humanos qualquer regra interna ou ato de Estado que desrespeite o tipo de família escolhido pelas pessoas, ainda que poligâmico.

Passasse a analisar, agora, o que apregoa o Tratado Europeu sobre Direitos Humanos.

3.3.3 Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais

Ainda sobre o impacto da violência desmedida decorrente da segunda guerra mundial, o Conselho da Europa, fundado em 1949, com sede na cidade de Estrasburgo, na França (não confundir com Conselho Europeu, que abrange apenas países membros da União Europeia e foi fundado formalmente em 2009, tendo sede na cidade de Bruxelas, na Bélgica), instituiu a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

A Convenção Europeia foi assinada em Roma, em 1950, e, no dizer de Hélio Bicudo⁴²⁷:

Do ponto de vista europeu, o Conselho da Europa e a Convenção Europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais expressam a vontade de promover e defender a liberdade e a democracia, vontade essa que permeia o Estatuto do Conselho da Europa. Segundo preâmbulo desse Estatuto, os Estados signatários estão, sem dúvida, ligados aos valores morais e espirituais que são o patrimônio comum de seus povos e que estão na origem dos princípios de liberdade individual, de liberdade política e da preeminência do Direito, sobre os quais se funda a verdadeira Democracia.

Sobre a Convenção Europeia, discorre Carlo Focarelli⁴²⁸

La Convenzione europea sui diritti dell'uomo, completata da 14 Protocolli addizionali (due ulteriori, il n. 15 e il n. 16, adottati rispettivamente il 24 giugno e il 2 ottobre 2013, non sono ancora in vigore), è stata firmata a Roma nel 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa ed è in vigore sul piano internazionale dal 3 tembre 1953, attualmente per 47 Stati, fra cui l'Italia. La Convenzione a istituito due organi di controllo, la Commissione

⁴²⁷ BICUDO, Hélio. **Defesa dos Direitos Humanos: sistemas regionais**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100014>. Acesso em 09/12/2017

⁴²⁸ FOCARELLI, Carlo. **Diritto Internazionale**. 4 ed., Wolters Kluwer Italia:Milano, 2017, p. 372

europea e la Corte europea dei diritti umani, ma dal 1 novembre 1998, data di entrata in vigore del Protocollo n. 11, esiste soltanto la Corte, che ha assunto anche le competenze della Commissione e della quale ci occuperemo a proposito della giurisdizione Internazionale.⁴²⁹

Trata-se, sem dúvida, dos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos, do mais prestigiado instrumento, como bem ressalta Valério de Oliveira Mazzuoli⁴³⁰

Em relação aos demais sistemas regionais de proteção (v.g., o interamericano e o africano), o europeu é o que alcançou o maior grau de evolução até o momento, exercendo por isso grande influência sobre os demais. Tal decorre do fato de ter saído ele o primeiro a ser efetivamente instalado, a partir da aprovação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em 1950.

Interessante destacar, de plano, que além da Convenção ora em análise, a Europa conta com outro sistema de proteção de Direitos Humanos estabelecido entre os países que compõem a União Europeia (que são 28, incluindo o Reino Unido que ainda se encontra em processo de saída quando este texto foi escrito).

De fato, este instrumento, exclusivo dos países da União Europeia, é denominado Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e foi “elaborada a partir de uma declaração (composta por representantes do Parlamento Europeu, dos Parlamentos nacionais, da Comissão Europeia e dos governos dos Estados-membros) proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, e com força vinculante desde 1º de dezembro de 2009, data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa”.⁴³¹

⁴²⁹ Tradução livre do autor: “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, complementada por 14 Protocolos Adicionais (dois adicionais, o 15 e o 16, adotados respectivamente em 24 de junho e 2 de outubro de 2013, ainda não estão em vigor), foi assinado em Roma em 1950 no Conselho da Europa e está em vigor internacionalmente desde 3 de dezembro de 1953, atualmente para 47 Estados, incluindo a Itália. A Convenção estabeleceu dois órgãos de controle, a Comissão Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos, mas desde 1º de novembro de 1998, a data de entrada em vigor do Protocolo No. 11, há apenas a Corte, que também assumiu os poderes da Comissão e com os quais vamos lidar com base na jurisdição internacional”.

⁴³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 999

⁴³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo: Editora Método, 2017. P. 137

A União Europeia (UE), não obstante ter seu próprio instrumento, aderiu também à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, conforme emerge do artigo 6º do Tratado da UE⁴³², que prevê

2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. “

Giorgio Gaja⁴³³ relata a importância dessa adesão, ressaltando que

One practical advantage of the suggested approach is that the interpretation of provisions grating human rights would be entrusted to specialized body, which may acquire much wider experience and will be more sensitive to the need for the protection of human rights; there would be only one standard, at the European level, with regard to each right, so that would be easier for State authorities to apply it, while moreover the risk of conflicts between rights would diminish.⁴³⁴

É certo que a adesão integral e a coexistência harmônica entre os dois instrumentos europeus de proteção aos direitos humanos encontra alguns obstáculos, muito bem delineados por Lycia Cibely Porto Jales⁴³⁵ em dissertação que se indica a leitura.

⁴³² Tratado da União Europeia. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em 23/01/2019

⁴³³ GAJA, Giorgio. **New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe?** In: ALSTON, Philipp et al. **The EU and human rights**. New York:Oxford University Press, 1999, p. 781-800.

⁴³⁴ Tradução livre do autor: “Uma vantagem prática da abordagem sugerida é que a interpretação das disposições relativas aos direitos humanos seria confiada a um órgão especializado, que poderá adquirir uma experiência muito mais ampla e será mais sensível à necessidade de proteção dos direitos humanos; haveria apenas um padrão, no nível europeu, em relação a cada direito, para que fosse mais fácil para as autoridades do Estado aplicá-lo, enquanto, além disso, o risco de conflitos entre direitos diminuiria.”.

⁴³⁵ JALES, Lycia Cibely Porto. **A proteção dos direitos humanos nos blocos econômicos**. Uma análise da União Europeia e do Mercosul. Dissertação em ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Coimbra. FCDU, Coimbra, Portugal, 2016. p. 72/83.

No entanto, para o âmbito menos restrito desta pesquisa, por ser menos abrangente e porque a União Europeia, como se disse, é de fato e de direito aderente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, será somente estudado este instrumento aqui, deixando-se de apreciar o teor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Voltando para a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, ela, apesar de ter sido instituída em 1950, em Roma, somente passou a vigorar em 1953, quando dez países Europeus a ratificaram, conforme exigência prevista em seu artigo 59⁴³⁶

1. A presente Convenção está aberta à assinatura dos membros do Conselho da Europa. Será ratificada. As ratificações serão depositadas junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa.

2. A presente Convenção entrará em vigor depois do depósito de dez instrumentos de ratificação.

Hoje os 47 países que fazem parte do Conselho da Europa são signatários e já ratificaram a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, consoante se vê pela tabela abaixo⁴³⁷

Países signatários	Assinatura	Ratificação
Albânia	13/07/95	02/10/96
Andorra	10/11/94	22/01/96
Armênia	25/01/01	26/04/02
Áustria	13/12/57	03/09/58
Azerbaijão	25/01/01	15/04/02
Bélgica	04/11/50	14/06/55
Bósnia e Herzegovina	24/04/02	12/07/02
Bulgária	07/05/92	07/09/92
Croácia	06/11/96	05/11/97
Chipre	16/12/61	06/10/62
República Checa	21/02/91	18/03/92
Dinamarca	04/11/50	13/04/53
Estônia	14/05/93	16/04/96

⁴³⁶ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponível em < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>> acesso em 23/01/2019 (grifo do autor)

⁴³⁷ COUNCIL OF EUROPE. Disponível em < https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=p859LOCv> . Acesso em 23/01/2019

Finlândia	05/05/89	10/05/90
França	04/11/50	03/05/74
Geórgia	27/04/99	20/05/99
Alemanha	04/11/50	05/12/52
Grécia	28/11/50	28/11/74
Hungria	06/11/90	05/11/92
Islândia	04/11/50	29/06/53
Irlanda	04/11/50	25/02/53
Itália	04/11/50	26/10/55
Letônia	10/02/95	27/06/97
Liechtenstein	23/11/78	08/09/82
Lituânia	14/05/93	20/06/95
Luxemburgo	04/11/50	03/09/53
Malta	12/12/66	23/01/67
Mônaco	05/10/04	30/11/05
Montenegro	03/04/03	03/03/04
Holanda	04/11/50	31/08/54
Noruega	04/11/50	15/01/52
Polônia	26/11/91	19/01/93
Portugal	22/09/76	09/11/78
Moldávia	13/07/95	12/09/97
Romênia	07/10/93	20/06/94
Rússia	28/02/96	05/05/98
San Marino	16/11/88	22/03/89
Sérvia	03/04/03	03/03/04
Eslováquia	21/02/91	18/03/92
Eslovênia	14/05/93	28/06/94
Espanha	24/11/77	04/10/79
Suécia	28/11/50	04/02/52
Suíça	21/12/72	28/11/74
Macedônia do Norte	09/11/95	10/04/97
Turquia	04/11/50	18/05/54
Ucrânia	09/11/95	11/09/97
Reino Unido	04/11/50	08/03/51

Tem a Convenção três Títulos, assim divididos: Título I – dos Direitos e das Liberdades; Título II – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Título III – Disposições Diversas.

O Título I trata, em seus artigos, do direito à vida, da proibição da tortura, da proibição da escravatura e do trabalho forçado, do direito à liberdade e à segurança, do direito a um processo equitativo, do princípio da legalidade, do direito ao respeito pela vida privada e familiar, da liberdade de pensamento, de consciência e de religião, da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e

de associação, do direito ao casamento, do direito a um recurso efetivo, da proibição de discriminação, da derrogação em caso de estado de necessidade, das restrições à atividade política dos estrangeiros, da proibição do abuso de direito e da limitação da aplicação de restrições aos direitos.

No Título II a Convenção Europeia trata do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, regulando o procedimento para assegurar o respeito aos compromissos assumidos na própria Convenção. A propósito, sobre isso, Sidney Guerra⁴³⁸ assinala

Outro ponto importante da referida convenção é que institui órgãos destinados a fiscalizar o respeito aos direitos humanos declarados no referido documento internacional, como também julgar os casos que ensejassem a violação dos direitos por Estados signatários.

Aliás, neste ponto mister destacar que o texto original da Convenção Europeia sofreu, ao longo do tempo, diversas alterações, feitas através de Protocolos, sobretudo por meio do Protocolo nº 11, que reformou integralmente o sistema de controle da convenção, exatamente o que consta no título II ora em exame.

Valério de Oliveira Mazzuoli⁴³⁹ explica que

Por meio do Protocolo n.º 11, que entrou em vigor em 1.º de novembro de 1998, reformou-se totalmente o sistema de controle da Convenção Europeia, quando então tanto a Comissão como a Corte Europeia de Direitos Humanos foram substituídas por uma nova Corte permanente (a Corte única), com número de juízes igual ao dos Estados-partes e com competência para realizar os juízos de admissibilidade e de mérito dos casos que lhe forem submetidos, sem depender agora de um órgão distinto (a Comissão) responsável pela admissibilidade das petições ou comunicações.

E, mais adiante, esclarece⁴⁴⁰

⁴³⁸ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 558

⁴³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo: Editora Método, 2017. P. 138

⁴⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo: Editora Método, 2017. P. 139

A nova Corte Europeia de Direitos Humanos, instituída com caráter permanente a partir do Protocolo n.º 11 à Convenção Europeia, encampa em um só órgão as funções de admissibilidade (até então de responsabilidade da Comissão, tal como ainda em vigor no sistema interamericano) e de mérito dos casos a ela submetidos por Estados, particulares, ONGs ou grupos de pessoas. Operou-se uma verdadeira “fusão”, nessa nova Corte, das funções da antiga Comissão e Corte Europeias de Direitos Humanos e,⁷ bem assim, do Comitê de Ministros na sua antiga função contenciosa (decidir se houve ou não violação da Convenção nos casos cujos relatórios haviam a ele sido submetidos pela Comissão, mas não à Corte).

Por fim, arremata que a “maior inovação (e também o maior avanço) do Protocolo n.º 11 foi ter conferido aos indivíduos, organizações não governamentais e grupos de indivíduos o acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos, com poder inclusive de iniciar um processo diretamente perante ela”.⁴⁴¹

A partir do artigo 19, do Título II, a Convenção traz as normas relativas a Corte Europeia dos Direitos do Homem, que é composta por um número de juízes igual ao número de Estados-partes.

Os juízes da Corte são eleitos pela Assembleia Parlamentar, com base em uma lista tríplice apresentada pelo Estado-parte correspondente, para um mandato de seis anos, podendo ser reeleitos, cessando, no entanto, para aqueles que atingirem a idade de 70 anos.

A Corte é dividida em Comitês, Secções e Tribunal Pleno.

Os comitês são compostos por três juízes, as secções por sete juízes e o tribunal pleno composto por dezessete juízes.

A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas.

⁴⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo: Editora Método, 2017. P. 139

A Corte Europeia possui competência consultiva e contenciosa, como explica Flávia Piovesan⁴⁴²

Quanto à competência consultiva, nos termos do artigo 47 da Convenção, acabe à Corte, por solicitação do Comitê de Ministros, formular opiniões consultivas sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e de seus Protocolos

....

No plano contencioso, reitere-se, nos termos do artigo 34, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental têm acesso direto à Corte Europeia, podendo submeter à sua apreciação denúncia de violação estabelecido pela Convenção por Estado-parte. Os indivíduos têm pleno *locus standi* perante a Corte Europeia.

Visto, em linhas gerais, o funcionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos e voltando ao tema objeto do presente estudo, cabe destacar que a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais também defende a livre formação familiar, seja qual for o modelo escolhido.

De fato, o artigo 8º, da Convenção estabelece o Direito ao respeito pela vida privada e familiar, quando prevê que

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.⁴⁴³

Claramente percebe-se que a vida privada familiar (e o casamento e as uniões estáveis são classicamente escolhas da vida privada de cada um) é protegida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, não podendo haver a

⁴⁴² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 135/137

⁴⁴³ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponível em < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>> acesso em 23/01/2019

ingerência do Estado, somente quando prevista em lei. Essa previsão em lei, no entanto, é de caráter interno de cada país e encontra limites, obviamente, nas demais normas internacionais de Direitos Humanos, inclusive na própria convenção Europeia, que no artigo 12, estabelece que “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.”⁴⁴⁴

O conceito de “vida familiar privada”, previsto no artigo 8º acima citado, tem sido estendido, conforme evolução social, como adverte Rossana Palladino⁴⁴⁵, para quem “in sostanza, dal breve excursus giurisprudenziale emerge che i confini della nozione di "vita familiare" tendono progressivamente ad ampliarsi per effetto di una Corte attenta a registrare i cambiamenti sociali connessi alla naturale evoluzione dei costumi e della società nella quale Essa opera”.⁴⁴⁶

Ao comentarem este artigo 12, J. G. Merrills e A. H. Robertson⁴⁴⁷ registram que

O direito a contrair matrimônio e a fundar família deve ser exercido “em conformidade com as leis nacionais que regem o exercício desse direito”. O que não significa que a regulação do casamento seja inteiramente um assunto da lei nacional, porque se assim fosse as garantias da Convenção não teriam significado. Mais propriamente, significa que as autoridades nacionais têm o direito de definir pontos como a capacidade para casar e as formalidades exigidas, mas que nenhuma restrição deverá interferir no que o Tribunal definiu como a “substância” do direito.

⁴⁴⁴ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponível em < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>> acesso em 23/01/2019

⁴⁴⁵ PALLADINO, Rossana. **Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo**. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali. Bari: Cacucci Editore. 2012. p. 28.

⁴⁴⁶ Tradução livre do autor: “Em essência, a partir do breve excuro jurisprudencial, emerge que as fronteiras da noção de “vida familiar” progressivamente tendem a se ampliar devido ao efeito de uma Corte que registra as mudanças sociais ligadas à evolução natural dos costumes e da sociedade em que opera”.

⁴⁴⁷ Merrills, J. G.; Robertson, A. H. **Direitos Humanos na Europa. Um estudo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Lisboa: Instituto Piaget. 2001. Tradução de Joana Chaves. P. 207

Os países aderentes à Convenção não podem se esquivar, desse modo, de aceitar com todas as suas características, a escolha do modelo familiar de cada um, sobretudo quando esta escolha observar as normas internas do Estado de origem, quando se tratar de migrantes.

Apesar da clareza do texto da Convenção Europeia, se verá adiante que há uma resistência da Comissão e da Corte Europeia de Direitos Humanos de se posicionar de forma firme favorável ao respeito absoluto à escolha do arranjo familiar das pessoas. Como anota Giovanni Cellamare⁴⁴⁸, a Corte Européia constantemente se esquivar de tomar partido sobre o tema e se esquivava dizendo que deve haver a ponderação entre o interesse do Estado e o respeito a vida familiar privada, ou seja, como popularmente se diz, fica “em cima do muro”.

Tal assunto será tratado quando se estudar as decisões dos Tribunais Internacionais, ainda neste capítulo.

Analizada a Convenção Europeia de Direitos Humanos, passa-se a verificar a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos.

3.3.4 Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos

Dos três principais sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos, o mais recente é o Africano. Como consequência, também é o menos consolidado, como bem acentua Valério de Oliveira Mazzuoli ⁴⁴⁹

Se o sistema regional europeu de direitos humanos é o que se apresenta mais evoluído e mais sólido até o presente momento, seguido do sistema regional interamericano, que se encontra em posição intermediária, o sistema regional africano ainda é o menos efetivo de todos, ficando em terceiro lugar na escala de amadurecimento dos sistemas regionais. Tal decorre, evidentemente, da própria idade desses sistemas. Enquanto o sistema europeu data de 1950, com a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos (que entrou em vigor internacional em 1953), e o sistema interamericano data de 1969, com a celebração da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (que entrou em vigor internacional em

⁴⁴⁸ CELLAMARE, Giovanni. **Lezioni su la disciplina dell’immigrazione irregolare nell’Unione europea**. Torino: Giappichelli Editore, 2011. p. 90/91

⁴⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 1.024

1978), o sistema regional africano de direitos humanos nasce somente em 1981, com a doção da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (que entrou em vigor internacional em 1986).

De fato, a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos foi adotada pela Assembleia dos representantes da Organização da Unidade Africana, em 27 de junho de 1981, em Nairobi, Quênia, objetivando sobretudo estabelecer instrumentos para a luta contra o colonialismo e o racismo.⁴⁵⁰

Hoje, 53 países já assinaram e ratificaram a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Somente um Estado Africano não assinou e nem ratificou, que foi o Sudão do Sul. Abaixo segue a tabela de assinaturas e ratificação⁴⁵¹

Países signatários	Assinatura	Ratificação
Angola		02/03/90
Argélia	10/04/86	01/03/87
Benim	11/02/04	20/01/86
Botsuana		17/07/86
Burkina Faso	05/03/84	05/07/84
Burundi		28/07/89
Cabo Verde	31/03/86	02/06/87
Camarões	23/07/87	20/06/89
Chade	29/05/86	09/10/86
Comores	07/12/04	01/06/86
Congo	27/11/81	09/12/82
Costa do Marfim	30/08/05	06/01/92
Djibouti	20/12/91	11/11/91
Egipto	19/11/81	20/03/84
Eritreia		17/01/99
Etiópia		15/06/98
Gabão	26/02/82	20/02/86
Gana	03/07/04	24/01/89
Guiné	09/12/81	16/02/82
Guiné Equatorial	18/08/86	07/04/86
Guiné-Bissau	08/03/05	04/12/85
Gâmbia	11/02/83	08/06/83
Lesoto	07/03/84	10/02/92
Libéria	31/01/83	04/08/82

⁴⁵⁰ BICUDO, Hélio. **Defesa dos Direitos Humanos: sistemas regionais** Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100014>. Acesso em 09/12/2017

⁴⁵¹ Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/ratification/>>. Acesso em 04/02/2019

Líbia	30/05/85	19/07/86
Madagascar		09/03/92
Malauí	23/02/90	17/11/89
Mali	13/11/81	21/12/81
Mauritânia	25/02/82	14/06/86
Maurícia	27/02/92	19/06/92
Moçambique		22/02/89
Namíbia		30/07/92
Nigéria	31/08/82	22/06/83
Niger	09/07/86	15/07/86
Quênia		23/01/92
República Centro-Africana	04/02/03	26/04/86
República Dem. Congo	23/07/87	20/07/87
República Árabe Sarauí Democrática	10/04/86	02/05/86
Ruanda	11/11/81	15/07/83
Seicheles		13/04/92
Senegal	23/09/81	13/08/82
Serra Leoa	27/08/81	21/09/83
Somália	26/02/82	31/07/85
Suazilândia	20/12/91	15/09/95
Sudão	03/09/82	18/02/86
Sudão do Sul		
São Tomé e Príncipe		23/05/86
Tanzânia	31/05/82	18/02/84
Togo	26/02/82	05/11/82
Tunísia		16/03/83
Uganda	18/08/86	10/05/86
Zimbábue	20/02/86	30/05/86
Zâmbia	17/01/83	10/01/84
África do Sul	09/07/96	09/07/96

A Carta Africana é relativamente diferente das suas congêneres Europeia e Americana, na medida em que estas têm uma abordagem mais voltada para o indivíduo, ao passo que aquela (a Africana) traz em seu bojo direitos coletivos decorrentes do respeito às tradições históricas do povo Africano. Até por isso que ela é denominada Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Note-se que no preâmbulo da Carta⁴⁵² já é destacado que “tendo em conta as virtudes das suas tradições históricas e os valores da civilização africana que devem

⁴⁵² Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/> > . Acesso em 04/02/2019

inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos direitos humanos e dos povos”.

Maria José Moraes Pires⁴⁵³ assevera que

A Carta Africana constitui naturalmente um contributo importante para o desenvolvimento do direito regional africano e preenche uma lacuna em matéria de protecção dos direitos humanos. Trata-se de um progresso significativo, resultante de um compromisso entre as concepções políticas e jurídicas opostas, que veio trazer ao direito internacional dos direitos humanos a consagração de uma relação dialéctica entre direitos e deveres, por um lado, e a enunciação tanto de direitos humanos como de direitos dos povos, por outro. **As tradições históricas e os valores da civilização africana influenciaram os Estados autores da Carta, a qual traduz, pelo menos no plano dos princípios, uma especificidade africana do significado dos direitos humanos.**

Outra característica interessante da Carta Africana dos Direitos Humanos é que, além de direitos, ela também contempla alguns deveres.

De fato, a Parte I da Carta, em seu Capítulo I, traz genericamente os Direitos Humanos e dos Povos, que vai do artigo 2 até o artigo 26º. Já do artigo 27º até o artigo 29º são contemplados alguns deveres dos indivíduos.

Os artigos 30 e seguintes da Carta trata da criação e funcionamento da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, “encarregada de promover os direitos humanos e dos povos e de assegurar a respectiva protecção na África”.⁴⁵⁴

Flávia Piovesan⁴⁵⁵ relata que

A comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos encontra-se em exercício desde 1987 e tem como sede Gâmbia. É um órgão político ou ‘quase judicial’ composto por 11 membros, que devem ser escolhidos

⁴⁵³ PIRES, Maria José Moraes. 1999. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.** Documentação e Direito Comparado, n.º 79/80, 1999. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_pires_carta_africana_direitos_povos.pdf >. Acesso em 04/02/2019. (Grifo do autor)

⁴⁵⁴ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/> > . Acesso em 04/02/2019

⁴⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 8 ed. São Paulo:Saraiva, 2018. P. 135/137

dentre pessoas da mais alta integridade, moralidade e imparcialidade/, que tenham reconhecida competência em matéria de direitos humanos e dos povos. Os membros da Comissão devem exercer suas funções a título pessoal, atuando com independência e não em defesa das prerrogativas do Estado de origem, em conformidade com o artigo 31 da Carta. Note-se que os membros da Comissão são eleitos por escrutínio secreto pela Conferência dos Chefes de Estado e Governo, a partir de uma lista de pessoas apresentadas pelos Estados-partes, para um mandato de 6 anos, renovável.⁴⁵⁶

A competências da Comissão Africana dos Direitos Humanos estão dispostas no artigo 45º da Carta

A Comissão tem por missão:

1.Promover os direitos humanos e dos povos e nomeadamente:

a) Reunir documentação, fazer estudos e pesquisas sobre problemas africanos no domínio dos direitos humanos e dos povos, organizar informações, encorajar os organismos nacionais e locais que se ocupam dos direitos humanos e, se necessário, dar pareceres ou fazer recomendações aos governos;

b) Formular e elaborar, com vistas a servir de base à adoção de textos legislativos pelos governos africanos, princípios e regras que permitam resolver os problemas jurídicos relativos ao gozo dos direitos humanos e dos povos e das liberdades fundamentais;

c) Cooperar com as outras instituições africanas ou internacionais que se dedicam à promoção e à proteção dos direitos humanos e dos povos;

2.Assegurar a proteção dos direitos humanos e dos povos nas condições fixadas pela presente Carta.

3.Intepretar qualquer disposição da presente Carta a pedido de um Estado Parte, de uma instituição da Organização da Unidade Africana ou de uma organização africana reconhecida pela Organização da Unidade Africana.

3.Executar quaisquer outras tarefas que lhe sejam eventualmente confiadas pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo.

Ressalte-se que a Comissão Africana dos Direitos Humanos não tem decisões de carácter vinculante, justo por não se tratar de uma Corte, mas sim de uma Comissão com competência restrita.

Para que se pudesse cobrar ainda mais a aplicação da Carta, entrou em vigor, em janeiro de 2004, o Protocolo que criou a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, como explica Flávia Piovesan⁴⁵⁷

Após os trabalhos preparatórios, finalmente, em 1998, foi adotado o Protocolo à Carta Africana, visando à criação da Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em Addis Abeba, na Etiópia. O Protocolo entrou em vigor em janeiro de 2004, com o depósito do 15º instrumento de ratificação, conforme prevê o seu artigo 33. Em 21 de janeiro de 2006, a Assembleia dos Estados da União Africana elegeu os juízes da Corte Africana. Em 2 de julho de 2006, os 11 juízes eleitos para a Corte tomaram posse em sessão solene ... A Corte Africana é sediada na Tanzânia, em Arusha...

Tratando da Corte Africana, José A. Pastor Ridruejo⁴⁵⁸ assinala que

Es una institución jurisdiccional que puede conocer de los casos que le someta la Comisión, el Estado parte que hubiese llevado un caso a la Comisión, el Estado parte demandado ante la Comisión, el Estado parte de nacionalidad de la víctima y las organizaciones intergubernamentales africanas. Para todos estos supuestos la competencia del Tribunal es obligatoria o automática. Pero, si las reclamaciones son presentadas por individuos o por organizaciones no gubernamentales dotadas estatuto de observadoras ante la Comisión, el Tribunal sólo es competente si el Estado parte interesado consentido por acto ad hoc su competencia. Señalemos finalmente que el Tribunal quedará constituido tan pronto como el Protocolo de 1988 entre en vigor, para lo cual se necesitan quince ratificaciones.⁴⁵⁹

Como se viu, a Corte então é formada por 11 juízes que são eleitos a partir de uma lista de candidatos indicados pelos Estados-parte.

⁴⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 135/137

⁴⁵⁸ RIDRUEJO, José A. Pastor. **Curso de Derecho Internacional público y organizaciones internacionales**, 10 ed., Madrid/Tecnos, 2006. p. 227

⁴⁵⁹ Tradução livre do autor: “É uma instituição jurisdiccional que pode ouvir casos submetidos pela Comissão, o Estado parte que levou um caso à Comissão, o Estado Parte tinha tomado um caso à Comissão, o partido Estado demandado à Comissão, o Estado da nacionalidade da vítima e as nações intergovernamentais africanas. Para todos estes casos, a jurisdição do Tribunal é obrigatória ou automática. No entanto, se as reclamações forem apresentadas por indivíduos ou organizações não-governamentais dotadas de status de observador perante a Comissão, a Corte é competente somente se o Estado Parte envolvido consentir em sua competência por meio de um ato ad hoc. Por fim, vamos sublinhar que o Tribunal será criado assim que o Protocolo de 1988 entrar em vigor, para o qual se necessitam 15 ratificações”.

No dizer de Sidney Guerra⁴⁶⁰ “as regras de funcionamento da Corte são praticamente as mesmas relativas as Cortes Internacionais, onde são observadas a competência consultiva e contenciosa, o reconhecimento de imunidades diplomáticas, imunidade material para emitir opiniões decisões no exercício das atividades judicantes etc”.

Tem direito de apresentar casos ao Tribunal: a Comissão, o Estado-Parte que tenha apresentado uma queixa à Comissão, o Estado-Parte contra o qual a queixa tenha sido apresentada na Comissão, o Estado-Parte cujo cidadão seja vítima de abuso de direitos humanos, e Organizações Intergovernamentais Africanas.

Vistas, em linhas gerais, a Carta, a Comissão e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, analisa-se doravante a questão da formação da família no bojo da carta, matéria objeto deste trabalho. Neste ponto, a Carta Africana, em seu artigo 18⁴⁶¹, é taxativa ao discorrer que “a família é o elemento natural e a base da sociedade. Ela tem que ser protegida pelo Estado, que deve zelar pela sua saúde física e moral”.

Note-se que o dispositivo protege a família, sem limitar seu alcance a um modelo familiar pré-estabelecido. E não poderia mesmo ser diferente, na medida em que a proteção do núcleo familiar não pode estar atrelada a padrões fixos, sob pena de autorização tácita de violação dos direitos fundamentais daqueles que fogem do que a maioria chama de “comum”.

Maria José Moraes Pires⁴⁶² anota que “o artigo 18.º visa proteger a família, a mulher, a criança, os idosos e os deficientes. As garantias visam não só a

⁴⁶⁰ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. Ed. São Paulo:Saraiva, 2016. p. 586

⁴⁶¹ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/> > . Acesso em 04/02/2019

⁴⁶² PIRES, Maria José Moraes. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Documentação e Direito comparado 79/80. P. 335. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_pires_carta_africana_direitos_povos.pdf > . Acesso em 05/02/2019

“discriminação positiva”, mas também impõem obrigações ao Estado, apesar dos termos genéricos e imprecisos”.

Não há como afastar, assim, da plena proteção da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, a formação de arranjo familiar poligâmico.

3.3.5 Direitos humanos no mundo muçulmano

Se o alinhamento teórico das disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) com o mundo Ocidental é um fato, o mesmo não se pode dizer em relação aos Muçulmanos.

Como destaca Hildemberg Alves da Frota⁴⁶³, “adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos — DUDH tem sua legitimidade questionada no mundo muçulmano, nomeadamente a partir da Revolução Islâmica do Irã em 1979, que derrubou a monarquia pró-Occidente do Xá Reza Pahlevi e instaurou República islâmica com contornos de teocracia de orientação xiita”.

Na mesma linha, Manoel Messias Peixinho⁴⁶⁴ diz que

Os documentos internacionais - a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e os outros pactos internacionais de direitos humanos de 1966 - são importantes referências para o Ocidente na proteção dos direitos fundamentais. Porém, a grande ambição de reunir todas as nações do mundo encontrou resistência de países de cultura islâmica, porque o projeto universalista inspirado na filosofia racional de feição exclusiva da cultura ocidental contrapunha-se às culturas islâmicas, em que se não percebe a separação absoluta entre Direito e religião. O Corão é não somente o livro sagrado, mas, também, fonte de Direito para o islã.

De fato, as principais razões da dissonância entre o mundo Ocidental e Muçulmano, acerca da aceitação da universalidade da DUDH, reside, por

⁴⁶³ FROTA, Hildemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**. Disponível em < <https://tematicasjuridicas.wordpress.com/2010/12/16/direitos-humanos-e-o-mundo-muculmano/> >. Acesso em 06/02/2019

⁴⁶⁴ PEIXINHO, Manoel Messias. **Os Direitos Fundamentais Islâmicos e Africanos: contribuição histórica para uma teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f49216e5390c53d> >. Acesso em 11/02/2019

exemplo, no fato de que a esta Declaração apregoa a liberdade de religião e de matrimônio, o que não encontra amparo no Sharia, que é a base doutrinária dos Muçulmanos.

Hildemberg Alves da Frota⁴⁶⁵ explica que os

(...) membros mais conservadores da comunidade muçulmana mundial passaram a por em xeque, de forma mais vigorosa, a “validade transcultural” de normas contidas na DUDH que ressoam princípios sedimentados no Direito ocidental, todavia estranhos ao *Shari’a* e à tradição islamita, a começar pela *liberdade religiosa* (art. 18) — que implica a separação entre o Estado e o clero, entre as autoridades secular e religiosa — e pela *liberdade de matrimônio* (art. 16). O exercício de tais liberdades concederia ao ser humano grau de discricionariedade pessoal blasfemo na ótica do Alcorão e o discurso da universalidade dos direitos humanos à moda ocidental teria como substrato a ideologia materialista do capitalismo globalizado.

Estas dissensões foram razões que impulsionaram a elaboração de documentos com vistas a regular a questão dos direitos humanos para os Estados Muçulmanos, alinhando-as exatamente com as disposições da Sharia.

O sistema de proteção aos direitos humanos no mundo árabe ainda padece de efetividade, já que não há ainda um Tribunal com jurisdição sobre os Estados-partes de forma a compelir o cumprimento das normas elencadas nas Declarações hoje em vigor. A este propósito, Valério Mazzuoli⁴⁶⁶ ressalta

Não se pode dizer já existir um “sistema” árabe de direitos humanos, para o que seria necessária a existência de órgãos sólidos de monitoramento das obrigações estatais, em especial a criação de um Tribunal com jurisdição sobre os *Estados-partes*.

Mas, como ressalta o próprio Mazzuoli⁴⁶⁷, ainda que não muito efetivas, “é importante que se compreenda quais as ações mínimas têm sido tomadas pelos países árabes no sentido de promover e proteger os direitos humanos”.

⁴⁶⁵ FROTA, Hildemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**. Disponível em < <https://tematicasjuridicas.wordpress.com/2010/12/16/direitos-humanos-e-o-mundo-muculmano/> >. Acesso em 06/02/2019

⁴⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 1.036

⁴⁶⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 1.036

Três são os principais documentos produzidos pelo mundo Muçulmano sobre Direitos Humanos, quais sejam, a Declaração dos Direitos do Homem no Islã, de 1990, a Carta Árabe dos Direitos do Homem, de 1994 (revisada em 2004) e a Declaração do Conselho Islâmico da Europa, de 1981. Neste trabalho serão analisados os dois primeiros, na medida em que este último, apesar de importante, não é documento interestatal, como os dois primeiros o são.

O primeiro é a Declaração dos Direitos do Homem no Islã, de 1990, também conhecida como Declaração de Cairo, formada pelo prefácio e mais 25 artigos.

Hidemberg Alves da Frota⁴⁶⁸ aduz que

... a Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã, de 1990, foi precedida pela desilusão de setores da comunidade muçulmana com o Ocidente e pelo ressurgimento dos movimentos islâmicos conservadores, ambos resultados quer da busca pela preservação da identidade islamita em meio aos embates ideológicos da Guerra Fria entre os Estados Unidos e a União Soviética, quer da derrota árabe (do Egito, Jordânia e Síria) para Israel na Guerra Árabe-Israelita de 1967, a nominada Guerra dos Seis Dias ou Guerra de Junho (ao cabo da qual Israel assumiu o controle da Península do Sinai, da Faixa de Gaza, das Colinas do Golã, da Cisjordânia e anexou Jerusalém Oriental), cujos reflexos jurídicos, antes de se fazerem presentes na Declaração do Cairo, de 1990, manifestaram-se no aparecimento da Constituição da República Islâmica do Irã, de 1979, e da Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos — DUIDH, de 1981.

O artigo 25⁴⁶⁹, da Declaração de Cairo, textualmente prevê que “a Sharia Islâmica é a única fonte de referência para a explicação ou esclarecimento de qualquer um dos artigos desta Declaração”.

O segundo documento é a Carta Árabe dos Direitos do Homem, de 1993.

⁴⁶⁸ FROTA, Hidemberg Alves da. **Uma universalidade dois direitos humanos no mundo muçulmano**. Anuário Mexicano de Direito Internacional, [SI], jan. 2006. ISSN 2448-7872. Disponível em: < <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/150/237> >. Data de acesso: 05 dez. 2018

⁴⁶⁹ Declaração de Cairo, disponível em < <http://hrlibrary.umn.edu/instree/cairodeclaration.html> >. Acesso em 08/02/2019

Mazzuoli⁴⁷⁰ explica, em resumo, a gênese da Carta Árabe

A Divisão Jurídica da Secretaria-Geral da Liga Árabe⁴⁷¹ foi responsável pela redação da primeira versão da *Carta*, que foi enviada para a análise dos membros da Liga em 1979. Em 1985, a Comissão Permanente Árabe para os Direitos Humanos, levando em consideração as observações da primeira versão, apresentou um novo texto substitutivo, mas que foi recusado pelo Conselho da Liga. Em 1993, no Cairo, a Comissão apresenta então uma terceira versão do projeto, que finalmente vem a ser aprovada pelo Conselho da Liga Árabe, em 15 de setembro de 1994, fazendo nascer finalmente a *Carta Árabe de Direitos Humanos*.

Urge salientar que a Carta Árabe de Direitos Humanos passou por uma revisão em 2004, conforme explica o mesmo Mazzuoli⁴⁷²

A *Carta* sofreu sérias críticas à época, especialmente providas das organizações não governamentais que não viam no texto padrões internacionais mínimos de aceitabilidade. Por tal motivo é que a *Carta* jamais entrou em vigor. Tendo em vista este fato, a Liga Árabe novamente se reuniu e concluiu, em 2004, um novo e mais “moderno” texto da *Carta*, que entrou em vigor em 15 de maio de 2008 (quando o mínimo de sete Estados ratificaram o texto, nos termos do art. 49, § 2º).

A Carta Árabe, em sua última versão, foi assim resumida por Mohamed Amin Al-Midani, citado por Zlata Drnas de Clément⁴⁷³

-Derechos individuales: derecho a la vida (artículos 5, 6 y 7); derecho a no ser sometido a torturas, tratos inhumanos o degradantes (artículos 8); seguridad frente a los experimentos científicos y proscripción del tráfico de órganos (artículo 9); proscripción de la esclavitud (artículo 10); igualdad ante la ley (artículo 11); derecho a la libertad y seguridad personales (artículos 14 y 18).

⁴⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 1.037

⁴⁷¹ “A Liga dos Estados Árabes (LEA), criada em 1945, tem sua sede na cidade do Cairo. A organização conta com 22 membros: Arábia Saudita, Argélia, Bahrein, Catar, Comores, Djibouti, Egito, Emirados Árabes Unidos, Iêmen, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, Líbia, Marrocos, Mauritânia, Palestina, Síria (suspensão), Omã, Somália, Sudão e Tunísia”. (Extraído do site < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/mecanismos-inter-regionais/3682-liga-dos-estados-arabes-lea> >. Acesso em 08/02/2019.

⁴⁷² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 1.036

⁴⁷³ CLÉMENT, Zlata Drnas de. **La Carta Árabe sobre Los Derechos Humanos**. Disponível em < <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-carta-arabe-sobre-derechos-humanos> >. Acesso em 08/02/2019.

2.-Reglas de la justicia: derecho de toda persona a la igualdad ante la ley (artículo 12); a la igualdad ante los tribunales (artículo 13); derecho al debido proceso en un juicio justo (artículos 15, 16, 17, 19, 20, 23).

3.-Derechos civiles y políticos: derecho a la libertad de las actividades políticas, asociación y reunión (artículo 24); derecho a la libertad de circulación (artículos 26 y 27); derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 21); derechos de las minorías (artículo 25); derecho de asilo político (artículo 28); derecho a adquirir una nacionalidad (artículo 29); libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 30); derecho a la propiedad privada (artículo 31); derecho a la información, libertad de opinión y expresión (artículo 32); derecho a la familia (artículo 33).

3.-Derechos económicos, sociales y culturales: derecho al trabajo con protección a la niñez (artículo 34); derecho a formar sindicatos y derecho de huelga (artículo 35); derecho a la protección social (artículo 36); derecho al desarrollo (artículo 37); derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 38); derecho a una vida sana (artículo 39); derecho a una vida digna para las personas con discapacidad (artículo 41); derecho a la educación y erradicación del analfabetismo (artículo 41); derecho a participar en la vida cultural (artículo 42).⁴⁷⁴

Com relação à matéria objeto deste trabalho, que é o acolhimento, pelos sistemas de proteção aos Direitos Humanos, de todas as formas de família, ainda que plurais, urge ressaltar que as duas declarações Muçulmanas acima descritas trazem como base, expressa ou tácita, a obediência a Sharia, que são as Leis que regem o Islã.

Ora, no capítulo I já se viu que o Islã aceita, textualmente, as relações poligâmicas, desde que masculinas, rechaçando a possibilidade da poliandria,

⁴⁷⁴ Tradução livre do autor: “ - Direitos individuais: direito à vida (artigos 5, 6 e 7); direito de não ser submetido a tortura, tratamento desumano ou degradante (artigo 8); segurança contra experimentos científicos e proibição do tráfico de órgãos (artigo 9); proibição da escravidão (artigo 10); igualdade perante a lei (artigo 11); direito à liberdade e segurança pessoal (artigos 14 e 18). 2. Regras de justiça: direito de todas as pessoas à igualdade perante a lei (artigo 12); à igualdade perante os tribunais (artigo 13); direito ao devido processo em um julgamento justo (artigos 15, 16, 17, 19, 20, 23). 3. Direitos civis e políticos: direito à liberdade de atividades políticas, associação e reunião (artigo 24); direito à liberdade de movimento (artigos 26 e 27); direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 21); direitos das minorias (artigo 25); direito de asilo político (artigo 28); direito de adquirir nacionalidade (artigo 29); liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo 30); direito à propriedade privada (artigo 31); direito à informação, liberdade de opinião e expressão (artigo 32); direito à família (artigo 33). 3.-Direitos econômicos, sociais e culturais: direito ao trabalho com proteção de crianças (artigo 34); direito de formar sindicatos e o direito de greve (artigo 35); direito à proteção social (artigo 36); direito ao desenvolvimento (artigo 37); direito a um padrão de vida adequado (artigo 38); direito a uma vida saudável (artigo 39); direito a uma vida digna para pessoas com deficiência (artigo 41); direito à educação e erradicação do analfabetismo (artigo 41); direito de participar da vida cultural (artigo 42).”

que, bom lembrar, é a relação de uma mulher com mais de um homem. Desta forma, inafastável é a proteção que os sistemas Muçulmanos de Direitos Humanos conferem à arranjos familiares múltiplos, com as reservas próprias da doutrina religiosa que seguem.

Bom que se diga que aqui não é objeto de análise se os sistemas de proteção Muçulmanos de Direitos Humanos, em sua totalidade, são justos ou eficazes. O exame aqui cinge-se apenas na questão da liberdade de formação de famílias.

Passasse a análise de eventual sistema de proteção aos direitos humanos no mundo Asiático.

3.3.6 Sistema de proteção aos direitos humanos no Mundo Asiático

Se viu acima que há sistemas de proteção aos Direitos Humanos interamericano, Europeu, Africano e Muçulmano.

A questão que resta é: há algum documento regional vinculante de proteção aos Direitos Humanos no mundo Asiático?

A resposta é negativa.

Realmente, o Continente Asiático não dispõe de nenhum tratado de proteção aos Direitos Humanos de abrangência Regional, como bem ressalta Mazzuoli⁴⁷⁵

O Continente Asiático tem ficado à margem de qualquer expectativa regional em matéria de proteção dos direitos humanos. De fato, até o presente momento não existe qualquer tratado-regente de proteção internacional sub-regional na região asiática, tampouco expectativa de criação de uma Comissão ou Corte asiática de direitos humanos. Tal faz com que a Ásia fique, entre todas as regiões do planeta, na posição mais atrasada relativamente à proteção dos direitos humanos...

⁴⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo: Editora Método, 2017. p. 165

Existem, é verdade, iniciativas para tentar estimular a criação de um sistema intergovernamental de Direitos Humanos na Ásia.

A primeira iniciativa é uma Declaração elaborada por expressivas ONGS em 1997, denominada Carta Asiática de Direitos Humanos que, para Piovesan⁴⁷⁶, “endossa os princípios da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos, bem como o direito ao desenvolvimento sustentável, à democracia e à paz, com a crítica à visão autoritária dos *Asian values*”.

Além da Carta destacada no parágrafo acima, há também uma Declaração de Direitos Humanos de 2012, adotada pelos países da ASEAN, que é a Associação de Nações do Sudeste Asiático, formado por 10 países⁴⁷⁷.

Valério Mazzuoli⁴⁷⁸ explica

Ainda que limitada aos dez países-membros da ASEAN, o certo é que a Declaração abre um precedente importante relativo à proteção dos direitos humanos na Ásia, mesmo que não obrigatória. Faltam, é certo, inúmeros países da região asiática (como Japão, China, Coreia do Norte e Coreia do Sul, para citar apenas alguns) a tomar iniciativas conjuntas dessa natureza, visando à criação de um futuro (ainda não à vista) sistema asiático de proteção dos direitos humanos. O primeiro passo, porém, foi dado (ainda que circunscrito a número limitado de países) pela Declaração da ASEAN. A Declaração contém 40 artigos assim divididos: princípios gerais (arts. 1.º a 9.º), direitos civis e políticos (arts. 10 a 25), direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 26 a 34), direito ao desenvolvimento (arts. 35 a 37), direito à paz (art. 38) e cooperação para a promoção e proteção dos direitos humanos (arts. 39 e 40).

Ainda que existam as iniciativas acima, certo é que não existe, como já se frisou, nenhum documento de abrangência regional vinculante de proteção de Direitos Humanos no mundo Asiático.

3.3.7 Convenção de Genebra – Convenção das Nações Unidas relativa aos Refugiados

⁴⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 8 ed. São Paulo:Saraiva, 2018. p. 113.

⁴⁷⁷ Brunei, Camboja, Filipinas, Indonésia, Laos, Malásia, Myanmar, Singapura, Tailândia e Vietnã.

⁴⁷⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo:Editora Método, 2017. p. 165

É certo, como já se viu, que tudo que se tratou até aqui de respeito à condição pessoal dos migrantes abrange não só aqueles que se deslocaram de modo forçado, mas também os que voluntariamente saíram de seu Estado de origem para outro.

Não obstante, não se pode olvidar que existe um instrumento universal específico para os casos de refugiados de guerra, onde o respeito aos direitos pessoais dos deslocados é taxativamente garantido. Assim, merece aqui ser abordado este instrumento.

Os aspectos Gerais da Convenção de Genebra já foram delineados no capítulo II. Especificamente sobre o tema objeto de análise neste subcapítulo, convém asseverar que, no tocante ao respeito aos direitos pessoais dos refugiados, ela é absolutamente expressa, no seu artigo 12, no sentido de que

Art. 12 - Estatuto pessoal

1. O estatuto pessoal de um refugiado será regido pela lei do país de seu domicílio, ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência.
2. Os direitos adquiridos anteriormente pelo refugiado e decorrentes do estatuto pessoal, e notadamente os que resultam do casamento, serão respeitados por um Estado Contratante, ressalvado, sendo o caso, o cumprimento das formalidades previstas pela legislação do referido Estado, entendendo-se, todavia, que o direito em causa deve ser dos que seriam reconhecidos pela legislação do referido Estado se o interessado não se houvesse tornado refugiado.

Com clareza extrai-se, da leitura da Convenção de Genebra, de 1951, em seu artigo 12, que: a) a escolha do arranjo familiar é um direito pessoal de cada um, sendo certo que a categoria “casamento” deve ser interpretada de forma extensiva à outras formas de união; b) esse direito pessoal obrigatoriamente deve ser respeitado pelo Estado receptor do Refugiado.

As ressalvas da parte final do artigo 12 suso transcrito devem ser aplicadas para aqueles que ainda não possuem família constituída no país de origem. Interpretação diversa violaria as declarações de direitos humanos já estudadas acima, pois, no caso, por exemplo, de refugiado proveniente de país que admita as relações poligâmicas e que já tenha optado por este tipo de

arranjo, o faria ter que escolher apenas uma(um) dos parceiros(os), abandonando a(o) outra(o), o que não se pode cogitar.

Encerrada a análise dos Sistemas universal e regionais de Direitos Humanos e da Convenção de Genebra de 1951, passa-se a análise da questão da Soberania em confronto com as normas previstas em Tratados internacionais.

3.4 O papel do Direito Internacional Privado em relação ao reconhecimento da Poligamia

Acima viu-se a questão das relações poligâmicas à luz do Direito Internacional Público. Defendeu-se que os Estados estão obrigados a acatarem a livre escolha do modelo de família da pessoa humana se aderirem, tais Estados, aos Tratados de proteção aos direitos Fundamentais vistos anteriormente.

Obviamente que, ao respeitarem os ditames dos tratados internacionais que aderiram, os Estados estarão, de uma forma ou de outra, respeitando o indivíduo estrangeiro. A relação legal entre este indivíduo e o país que o recepcionar é objeto de regulação por normas de Direito Internacional Privado.

Para Edoardo Mazzoli⁴⁷⁹

Per diritto internazionale privato si intende quella branca del diritto interno di uno Stato che si occupa di regolare e disciplinare i principi fondamentali dell'esercizio della giurisdizione interna nei confronti di soggetti stranieri. È necessario non confondere le norme di diritto internazionale c.d. pubblico, con quelle di diritto internazionale privato. Dal punto di vista sostanziale infatti, le prime hanno natura di norme extra-statali e sovrastatali, il cui esempio sono le Convenzioni e i Trattati internazionali stipulati tra due o più Stati al fine di regolare i rapporti tra i medesimi in una più determinate materie. Le norme di diritto internazionale private sono

⁴⁷⁹ MAZZOLI, Edoardo. **Diritto Internazionale privato: I enorme fondamentali**. Disponível em < <https://www.studiocataldi.it/articoli/21426-diritto-internazionale-privato-le-norme-fondamentali.asp> >. Acesso em 31/07/2019

invece norme interne, equiparabili, per fonte di produzione e natura giuridica a quelle del codice civile.⁴⁸⁰

Analisando sob outra ótica, Paulo Henrique Gonçalves Portela⁴⁸¹ diz que o Direito Internacional Privado é “o ramo do Direito que visa a regular os conflitos das leis no espaço em relações de caráter privado que tenham conexão internacional, determinando qual a norma jurídica nacional que se aplica a esses vínculos, que poderá tanto ser um preceito nacional como estrangeiro”.

A existência do Direito Internacional Privado se justifica na medida em que há óbvia diversidade legislativa entre os Estados, o que leva à necessidade de apreciar, nos casos concretos, qual norma se aplica ao estrangeiro migrante, se a da sua origem ou a do destino. Este alerta, aliás, é feito por Davide Strazzari⁴⁸², que afirma que

Because of immigration, European Countries have been experiencing a growing number of cases in which individuals claim, under private international law, to have a series of family and personal matters regulated by the law of their country of origin.⁴⁸³

Pois bem. Levando-se em conta que, como Del’Olmo⁴⁸⁴ adverte, “cabe ao Direito Internacional Privado de cada país verificar as circunstâncias de aquisição de direitos no estrangeiro e indicar as condições para o seu

⁴⁸⁰ Tradução livre do autor: “Direito internacional privado significa o ramo do direito interno de um Estado que trata da regulação e regulamentação dos princípios fundamentais do exercício da jurisdição interna em relação aos estrangeiros. É necessário não confundir as regras do direito internacional público com as do direito internacional privado. De fato, do ponto de vista substantivo, os primeiros têm a natureza de leis extraestatais e estaduais, cujo exemplo são as Convenções e Tratados internacionais estipulados entre dois ou mais Estados para regular as relações entre eles em vários assuntos específicos. As regras do direito internacional privado são, em vez disso, regras internas, comparáveis, por fonte de produção e natureza legal, às do código civil”.

⁴⁸¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 8 ed.. Salvador:jusPODIVM, 2016. p. 646

⁴⁸² STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

⁴⁸³ Tradução livre do autor: “Por causa da imigração, os países europeus têm experimentado um número crescente de casos em que os indivíduos reivindicam, sob o direito internacional privado, ter uma série de famílias e assuntos pessoais regulados pela lei do seu país de origem”.

⁴⁸⁴ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional privado**. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

reconhecimento no ordenamento jurídico interno”, analisa-se, neste ponto, a aplicação exatamente do Direito Internacional Privado especificamente nas hipóteses de casamentos (ou uniões estáveis) poligâmicas, que é o foco deste trabalho.

Não há, obviamente, no âmbito estrito de análise deste trabalho, como estudar como decide cada um dos Estados a respeito da aplicação da lei no espaço, se do país de origem ou de destino, até porque as decisões variam conforme a hipótese concreta. Assim, far-se-á uma análise genérica.

Uma das principais fontes do Direito Internacional Privado, curiosamente, vem de um instrumento típico de direito público, que são as Convenções, mais precisamente neste caso a Convenção de Haia, documento extraído da “*Conferenza Dell’Aia di diritto Internazionale privato*”, que, como explicado na Enciclopédia Treccani⁴⁸⁵, é uma

Conferenza di diritto internazionale privato, riunitasi per la prima volta nel 1893, su iniziativa di T. Asser. Divenne un’organizzazione internazionale permanente il 16 luglio 1955, con l’entrata in vigore dello Statuto. Attualmente ne fanno parte 72 Stati. Ha per scopo la progressiva unificazione delle norme di diritto internazionale privato, mediante l’elaborazione di trattati multilaterali volti a garantire la certezza del diritto nei rapporti di diritto privato aventi connessioni internazionali. I paesi membri si riuniscono ogni quattro anni in sessione plenaria (sessione diplomatica ordinaria), per negoziare e adottare progetti di convenzioni, che devono poi essere ratificati dagli Stati.⁴⁸⁶

A conferência de Haia conta hoje com 83 membros, conforme extrai-se da sua página oficial da internet.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ Enciclopedia on line Treccani. Disponível em < <http://www.treccani.it/enciclopedia/conferenza-dell-aia-di-diritto-internazionale-privato/> >. Acesso em 01/08/2019

⁴⁸⁶ Tradução livre do autor: “Conferência do direito internacional privado, realizada pela primeira vez em 1893, por iniciativa de T. Asser. Tornou-se uma organização internacional permanente em 16 de julho de 1955, com a entrada em vigor do Estatuto. Existem atualmente 72 estados. Sua finalidade é a unificação progressiva das regras do direito internacional privado, mediante a elaboração de tratados multilaterais destinados a garantir a segurança jurídica nas relações de direito privado com conexões internacionais. Os países membros se reúnem a cada quatro anos em sessão plenária (sessão diplomática ordinária), para negociar e adotar projetos de convenção, que devem então ser ratificados pelos estados”.

⁴⁸⁷ HCCH. HCCH members. Disponível em < <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> >. Acesso em 01/08/2019.

Fruto da conferência, as Convenções de Haia⁴⁸⁸ tratam de diversos temas em áreas como

a) la protezione dei minori (adozione, responsabilità parentale); b) la tutela degli adulti (convenzione del 2000 sugli incapaci); c) le relazioni tra gli sposi (matrimonio, divorzio, regime matrimoniale di proprietà, obblighi di mantenimento); d) il diritto di proprietà; e) l'assistenza giudiziale e conflitto di leggi; f) il diritto internazionale commerciale e finanziario.⁴⁸⁹

No que concerne ao casamento, o documento internacional de maior prestígio para regular as regras de Direito Internacional Privado é a Convenção de Haia nº 26⁴⁹⁰, que, em seu preâmbulo, aduz que “The States signatory to the present Convention, Desiring to facilitate the celebration of marriages and the recognition of the validity of marriages, Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed on the following provisions”.⁴⁹¹

Desta convenção extrai-se, logo no artigo 2º⁴⁹², que os requisitos formais para casamentos serão regidos pela lei do Estado de celebração. Mais adiante, no artigo 9, a mesma convenção dispõe que “a marriage validly entered into under the law of the State of celebration or which subsequently becomes valid under that law shall be considered as such in all Contracting States, subject to the provisions of this Chapter”.⁴⁹³

⁴⁸⁸ Enciclopedia on line Treccani. Disponível em < <http://www.treccani.it/enciclopedia/conferenza-dell-aia-di-diritto-internazionale-privato/> >. Acesso em 01/08/2019

⁴⁸⁹ Tradução livre do autor: “a) a protecção de menores (adopção, responsabilidade parental); b) a protecção de adultos (a convenção de 2000 sobre os incapazes); c) as relações entre cônjuges (casamento, divórcio, regime matrimonial, obrigações alimentares); d) o direito de propriedade; e) assistência judicial e conflito de leis; f) direito comercial e financeiro internacional”.

⁴⁹⁰ HCCH. Convention on Celebration and Recognition of the validity of Marriages. Disponível em <<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>>. Acesso em 01/08/2019.

⁴⁹¹ Tradução livre do autor: “Os Estados signatários da presente Convenção, desejando facilitar a celebração de casamentos e o reconhecimento da validade dos casamentos, resolvem celebrar uma Convenção para estes efeitos e acordaram sob as seguintes previsões”.

⁴⁹² HCCH. Convention on Celebration and Recognition of the validity of Marriages. Disponível em <<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>>. Acesso em 01/08/2019.

⁴⁹³ Tradução livre do autor: Um casamento validamente celebrado sob a lei do Estado da celebração ou que subsequentemente torna-se válido sob aquela lei será considerado como tal em todos os Estados contratantes, sujeito às previsões deste Capítulo”.

A leitura das cláusulas acima poderia fazer crer que o conflito das leis no espaço, entre os países signatários da convenção de Haia, estaria superado, e que, na hipótese de casamentos poligâmicos realizados legalmente nos países de origem, aplicar-se-iam as leis do Estado da Celebração ainda que os casados estivessem em outros países.

Mas não é o que ocorre.

A Convenção 26 de Haia, sob a ótica do Direito Privado, abre portas para a recusa união poligâmica pelos Estados monogâmicos. De fato, um Estado contratante pode recusar reconhecer a validade de um casamento somente onde, no momento do casamento, sob a lei daquele Estado, um dos cônjuges já era casado. Este é o teor do artigo 11 da Convenção 26 de Haia.

Além da regra restritiva do parágrafo anterior, os artigos 5 e 14 trazem uma hipótese de exceção de aplicação do direito estrangeiro, que ocorre quando à ofensa à ordem pública. Preceituam os aludidos artigos

Article 5

The application of a foreign law declared applicable by this Chapter may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy ("*ordre public*") of the State of celebration.⁴⁹⁴

....

Article 14

A Contracting State may refuse to recognise the validity of a marriage where such recognition is manifestly incompatible with its public policy ("*ordre public*").⁴⁹⁵

As hipóteses delineadas nos artigos 5 e 13 são chamadas de *ordre public exception* (exceção de ordem pública), sobre a qual discorre Davide Strazzari⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Tradução livre do autor: "A aplicação de uma lei estrangeira declarada aplicável por este capítulo pode ser recusada somente se tal aplicação é manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado da celebração".

⁴⁹⁵ Tradução livre do autor: "Um Estado contratante pode recusar reconhecer a validade de um casamento onde tal reconhecimento é manifestamente incompatível com a ordem pública".

⁴⁹⁶ STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In:

afirmando que o “private international law provides the States with instruments allowing them to hamper the application of foreign law or the enforcement of foreign decision when they appear to violate some fundamental principle of the legal order. This is done through the *ordre public* (public policy) exception”.⁴⁹⁷

De fato, não obstante haver convenção internacional clara no sentido de que os casamentos devem seguir as regras do local da celebração e que os Estados devem acolher os casamentos de estrangeiros realizados regularmente na origem, a mesma convenção traz uma regra de exceção de cunho absolutamente subjetivo, dando aos Estados o poder de não albergarem as uniões matrimoniais que violem a ordem pública.

Voltando à questão central deste trabalho – a poligamia – Davide Strazzari⁴⁹⁸ analisou a questão da aceitação (ou não) deste tipo de família na Bélgica e na França. Ressaltou o autor que ambos os Estados tem sido mais rigorosos na análise dos casos concretos, negando o reconhecimento destas uniões plurais, inclusive no tocante aos efeitos indiretos (ou periféricos), como reconhecimento de filhos, por exemplo.

O mesmo autor⁴⁹⁹ ressalta que

France dealt with the issue of polygamous marriage in the context of immigration rules in the '90s when a statute imposed the so called “decohabitation” process. Polygamous families were forced to Split facing otherwise a risk of being deported. Since then, no stay permit may be

Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the *ordre Public* Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

⁴⁹⁷ Tradução livre do autor: “Direito internacional privado fornece aos Estados instrumentos que lhes permitem impedir a aplicação de leis estrangeiras ou a execução de decisões estrangeiras quando parecem violar algum princípio fundamental da ordem jurídica. Isso é feito através da exceção de ordem pública (*public policy*) ”.

⁴⁹⁸ STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the *ordre Public* Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

⁴⁹⁹ STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the *ordre Public* Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

issued to the second spouses, nor to the sons of a polygamous marriage.⁵⁰⁰

No tocante à Bélgica, explica Strazzari⁵⁰¹ que esta também proibiu o reagrupamento familiar em favor do segundo cônjuge de uma união poligâmica e estendeu a proibição aos filhos. No entanto, o tribunal constitucional belga derrubou limitação relativa aos filhos, considerando-a que ela contrariava o melhor interesse da criança.

Apesar dessa resistência em reconhecer a validade dos casamentos poligâmicos, tanto a França como a Bélgica têm atualmente flexibilizado o reconhecimento dos efeitos secundários destas uniões plurais, determinando, em muitos casos, a partilha de pensões entre os membros da união, como registra Strazzari⁵⁰².

A questão que se coloca, frente ao que até agora se falou sobre a aplicação das regras de Direito Internacional Privado nos casos de poligamia, é: considerando que se vive em sociedades irreversivelmente multiculturais, a recusa do reconhecimento das famílias poligâmicas com base na “exceção de ordem pública” encontra amparo nos já citados e analisados Tratados Internacionais de Direitos Humanos? A resposta é claramente negativa.

Já se viu que o direito de escolha do modelo familiar é direito fundamental da pessoa humana e se encontra dentro da esfera da sua autonomia privada. Assim, mostra-se totalmente contrária às garantias previstas nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos recusa de reconhecimento da

⁵⁰⁰ Tradução livre do autor: “A França lidou com a questão do casamento polígamo no contexto das regras de imigração nos anos 90, quando uma lei impôs o chamado processo de “decohabitação”. Famílias poligâmicas foram forçadas a se dividir, enfrentando um risco de serem deportadas. Desde então, nenhuma autorização de permanência pode ser concedida aos segundos cônjuges, nem aos filhos de um casamento polígamo”.

⁵⁰¹ STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

⁵⁰² STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

família poligâmica com base exclusivamente em argumentos subjetivos como “ordem pública”. Que tipo de risco à ordem pública pode causar uma família somente porque é formada por mais de dois membros, sobretudo levando-se em conta ter sido ela constituída de acordo com as normas legais do país de origem? Esta é a questão que se coloca e a resposta é: nenhum risco há a ordem pública.

Conclui-se esta parte dizendo que as regras de Direito Internacional privado devem mesmo ser aplicadas em casos de imigrantes, analisando sempre o caso concreto. Cabe sim aos Estados analisar se aplicam as leis do país de origem, de destino ou um misto de ambas. Mas seguramente há limitações que devem ser observadas pelos Estados, e uma delas é a garantia dos Direitos Fundamentais dos migrantes, entre elas a de livre escolha de seu arranjo familiar.

3.5 Limitação da Soberania em relação aos Direitos Humanos

Viu-se acima que a Globalização e o aparecimento de uma sociedade multicultural são realidades inafastáveis e, sobretudo, irreversíveis. Um dos corolários dessa realidade é a formação de Blocos regionais de Países, que estreitam ainda mais as relações multilaterais.

Todas essas mudanças tiveram severas consequências na autonomia plena dos Estados. A Soberania dos Países, antes quase ilimitada, passou (e ainda passa) por um processo de relativização, fazendo com que os Países se submetam a regras internacionais, não só em relação às decisões no campo da economia, mas também em relação aos Direitos Humanos.

É sobre esse tema que trata o presente subcapítulo. Se busca uma análise da relativização do Poder Soberano dos Estados com foco nos Direitos Humanos.

3.5.1 Conceito clássico de Soberania

A Soberania, durante muito tempo, foi tida como o poder supremo e insuperável dado ao Estado, que poderia, em nome dessa mesma Soberania, praticar atos muitas vezes arbitrários.

O primeiro autor a tratar do tema Soberania foi Jean Bodin⁵⁰³. Para ele, a Soberania era um poder absoluto e perpétuo, somente limitado pelas leis divinas e naturais.

Reinhold Zippelius⁵⁰⁴ resume bem o entendimento de Bodin

Ele deu uma versão legal àquela força soberana. O distintivo (“le point principal”) da majestade soberana e poder absoluto consistiria na faculdade de legislar para os súbditos sem consentimento deles (Bodin, I 8). Ela residiria, pois, no poder de dispor dos meios normativos de direção que coordenam (...) os comportamentos dos indivíduos relativamente a um complexo de condutas juridicamente organizado”.

E completa

Aquela Soberania deveria ser independente (“absolute”) sob dois pontos de vista. A independência perante as forças internas deveria consistir na eficácia da ordem jurídica, mesmo sem o acordo dos governados (“sans leur consentement”), em especial sem o acordo das diversas classes ou Estados sociais. A independência perante as forças externas traduzia-se em que a faculdade de legislar apenas deveria depender daquelas condições que fossem impostas pelos mandamentos divinos e pelo direito natural (Bodin I 8, II 2).⁵⁰⁵

Já Paulo Márcio Cruz⁵⁰⁶, citando Bobbio, aduz

(...) que o conceito de Soberania pode ser concebido de maneira ampla ou de maneira estrita. Em sentido lato, indica o Poder de mando de última instância, numa Sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais organizações humanas, nas quais não se encontra este Poder supremo. Este conceito está, assim, intimamente ligado ao Poder político. Já em sentido estrito, na sua significação moderna, o termo

⁵⁰³ “Jean Bodin (1530-1596) foi um jurista e teórico político francês, que exerceu grande influência na Sociedade europeia através da formulação de suas teorias econômicas e seus princípios de “bom governo”, numa época em que os sistemas medievais foram dando lugar a Estados centralizados. Foi considerado o iniciador do conceito moderno de Soberania.” (Extraído do site Ebiografia.com. Disponível em < https://www.ebiografia.com/jean_bodin/>. Acesso em 03/12/2017

⁵⁰⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Antônio Cabral de Moncada. 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian:Lisboa. P. 57

⁵⁰⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Antônio Cabral de Moncada. 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian:Lisboa. P. 57

⁵⁰⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 8

Soberania aparece, no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o Poder estatal, sujeito único e exclusivo da política.

Para Hermann Heller⁵⁰⁷, de igual forma, “o poder do Estado é soberano, o que significa que é, dentro do seu território, poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo. A Soberania do Estado significa, pois, a Soberania da organização estatal como poder de ordenação territorial supremo e exclusivo”.

E arremata o autor⁵⁰⁸ que “Estado, como organização territorial Soberana, é criador supremo das normas e tem o monopólio do poder de coação física e legítima, a *ultima ratio* de todo o poder”.

Fácil notar que classicamente a Soberania não encontrava muitos limites e conferia a última palavra sempre ao Estado. Tanto é assim que Lenio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes⁵⁰⁹ destacam que ela “caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas”.

Traçando algumas características da Soberania, Dalmo de Abreu Dallari⁵¹⁰ anota, no mesmo norte, que

(...) a Soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. É una pois dentro do Estado só vigora um poder soberano, que sobrepõe-se aos demais. É indivisível pois é o mesmo poder que se aplica a todos os fatos ocorridos dentro do Estado. Em que pese utilizar-se órgãos distintos para distribuir funções, é o mesmo poder e autoridade que os anima, haja vista ser a Soberania indivisível. É inalienável, uma vez que desaparece aquele

⁵⁰⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*. p. 291

⁵⁰⁸ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*. p. 291

⁵⁰⁹ STRECK, Lenio. MORAES, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5ª Ed. Revista e atualizada. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2006. p. 138/139

⁵¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 115

que a detém quando fica sem ela. E, finalmente, é imprescritível, pois um poder superior não seria superior se tivesse prazo certo de duração

Ocorre que essa visão absolutista da Soberania, como poder Supremo do Estado, não parece se coadunar com as radicais mudanças que a Globalização vem operando nas últimas décadas.

Daniel Sarmento⁵¹¹, após comentar a velocidade do trânsito de informações geradas pelos avanços tecnológicos, sentencia

O Direito, como não poderia deixar de ser, não assiste impávido a estas transformações. A Globalização aprofunda a crise dos paradigmas do Direito Moderno, construídos ao longo de séculos de história e tradição. As novas variáveis econômicas, políticas e sociais emergentes do processo de Globalização implodem os pilares fundamentais sobre os quais se alicerçou o pensamento jurídico ocidental, desafiando o jurista a reexaminar os institutos e conceitos que formam o seu instrumental técnico sob novas perspectivas, despindo-se de preconceitos e dogmas.

Bom estar atento ao alerta de Anthony Giddens⁵¹², para quem “temos boas razões, razões objectivas, para pensar que estamos a viver um período histórico de transição muito importante. Além do mais, as mudanças que nos afectam não estão confinadas a nenhuma zona do globo, fazem-se sentir um pouco por toda a parte”.

De fato, como se verá a seguir, a autonomia dos Estados está sendo mitigada com a integração dos Países decorrentes da Globalização.

3.5.2 A relativização da Soberania – Blocos de integração e Tratados internacionais.

Não há dúvida – já se disse - que a Globalização operou mudanças consideráveis e irreversíveis nas relações entre os Estados, afetando de modo especial o conceito clássico e a extensão do que se entendia por Soberania.

⁵¹¹ SARMENTO, Daniel. **Constituição e Globalização**: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215:19-34, jan./mar. 1999. P. 19/20

⁵¹² GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. Lisboa:Presença, 2001. P. 15

Aquela Soberania intocável e ilimitada, herança do poder dos Reis que foi repassada ao Estado⁵¹³, não parece mais ter condições de sustentação porque os Países hoje já não são tão independentes quanto eram antes.

A vinculação dos Estados mostra-se patente com o surgimento dos Blocos de integração como o Mercosul e a União Europeia, que criaram normas supranacionais vinculando os Países membros e lhes retirando parte do Poder Soberano.

Sílvio Dobrowolski⁵¹⁴ ressalta, nesse sentido

(...) também deve ser objeto de consideração, a real perda do poder soberano do Estado, com a ascensão de novas fontes de produção jurídica. A nível externo, o fenômeno das integrações regionais exclui da capacidade decisória da organização estatal diversos tópicos, que passam a ser regidos por meio de acordos internacionais.

Além dos Blocos de integração entre Países, em geral feitos pela proximidade geográfica (mas não sempre, como se observa com a formação dos BRICS, composto por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), outra forma de relativização do Poder Soberano do Estado é a adesão dos Países a Tratados e Convenções internacionais.

Se é certo que a adesão a Tratados Internacionais é voluntária e faz parte do Poder Soberano do Estado⁵¹⁵, não menos certo é que, ao aderir de forma plena (incluindo todos os processos internos de validação legislativa), o Estado

⁵¹³ “Com a superação do Estado Absoluto e o consequente surgimento do Estado Moderno, a Soberania foi transferida da pessoa do soberano para a Nação, seguindo a concepção racional e liberal defendida por pensadores como Emanuel Joseph Sieyès, expressada em sua obra *A Constituinte Burguesa* e sistematizada através da sua teoria do Poder Constituinte.” (CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 8)

⁵¹⁴ DOBROWOSKI, Sílvio. **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. P. 305

⁵¹⁵ Nesse sentido Hans Kelsen diz que “em regra geral, pode-se dizer que o tratado não prejudica a Soberania, já que, definitivamente, esta limitação se baseia na própria vontade do Estado limitado; mais ainda: em virtude desta limitação, fica assegurada a Soberania estatal”. (KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del Estado*. 3 ed. Ciudad de México: UNAM, 1969. P. 421)

aderente passa a se submeter às regras previstas nos referidos Tratados e, portanto, tem sua Soberania limitada por tais regras.

Paulo Márcio Cruz⁵¹⁶, neste norte, doutrina

A Soberania Nacional, nos tempos atuais, debate-se para conciliar-se com um fato inegável: que as comunidades políticas - os Estados - fazem parte de uma Sociedade internacional, que é regida por normas próprias. O Estado Soberano encontra-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas junto com os demais Estados, obrigações estas que podem ter origens muito diversas. Podem ser resultado de Tratados bilaterais, de convenções multilaterais ou podem ser resultado da existência, reconhecida e consolidada, de uma prática costumeira no âmbito internacional.

Repita-se que a adesão aos Tratados é voluntária, mas a obediência às regras e seus demais consectários é cogente, de forma que o Estado não pode se valer do argumento da Soberania para rechaçar em parte aquilo que se obrigou espontaneamente.

Mister destacar que mesmo as normas já escritas anteriormente à adesão aos Tratados internacionais e a formação e integração dos Blocos de Países são afetadas pelas regras supranacionais. Inclusive a Constituição, que mesmo que não seja reescrita passa a ser reinterpretada conforme a nova realidade do Estado aderente.

Paulo Márcio Cruz⁵¹⁷ diz, neste mesmo caminho, que

(...) foi possível conceber uma nova dimensão, relativizada, da Soberania e da Constituição diante do processo de integração. Mesmo quando formalmente é mantida a autonomia do Poder Constituinte de cada Estado, não é menos correto reconhecer que a atuação das instituições supra-estatais – ou supranacionais – como ainda é o Caso da União Europeia, através de seus atos e suas normas, puderam, de fato, alterar os mandamentos constitucionais, inclusive em aspectos básicos.

⁵¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 9

⁵¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 19/20

E conclui o mesmo autor⁵¹⁸

Isto pôde ser produzido porque estes mandamentos serão re-interpretados à luz do Direito Comunitário, surgido da agregação de Estados em torno de Comunidades. Pode-se dizer que a Constituição muda de conteúdo normativo, mesmo quando seu enunciado literal não tenha sido alterado. Com isto, o Poder Constituinte, na prática, seria transferido a instâncias supranacionais. A Constituição passaria, desta forma, a ser lida à luz do Direito Comunitário e não ao contrário.

Uma questão que merece ser abordada é a que tange às medidas a serem adotadas em caso de descumprimento de Tratados internacionais.

De fato, se disse alhures que o Estado tem a faculdade de aderir aos Tratados Internacionais e aos Blocos de integração regionais, mas, uma vez o fazendo, tem a obrigação de cumprir as normas impostas pelo Direito Internacional

Ao descumprimento destas normas, obviamente, impõem-se sanções.

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza⁵¹⁹ lembra que

Hodiernamente, o descumprimento de obrigações internacionais pode acarretar sanções bastante intensas por parte de outros Estados, normalmente representados por um organismo específico. Progressivamente, o ordenamento internacional passa a dispor de mais armas, jurídicas e econômicas, destinadas a assegurar o cumprimento destas sanções.

Realmente, o descumprimento de Tratados Internacionais ou regras assumidas pelos Países aderentes à Blocos Regionais e Organizações como a ONU, por exemplo, ou ainda a violação de princípios estabelecidos por estes organismos, pode acarretar denúncias nos próprios organismos e em Tribunais internacionais e aplicação das penalidades próprias a cada tipo de violação.

⁵¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 19/20

⁵¹⁹ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Por um novo Modelo de Estado de Direito Ambiental**. In : ESPIRITO SANTO, Davi et PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) . Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado. Florianópolis: Insular, 2013.p.136

Veja-se a alguns exemplos.

O artigo 6º da Carta das Nações Unidas⁵²⁰ prevê penalidade aos Estados que persistentemente violarem seus princípios, podendo inclusive serem expulsos da organização. Eis a redação do aludido dispositivo.

O membro das Nações Unidas que houver violado persistentemente os Princípios contidos na presente Carta, poderá ser expulso da Organização pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança.

Também as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos estabelecem mecanismos de apuração e punição ao descumprimento das normas internacionais, conforme explica⁵²¹ Emerson Garcia

Os mecanismos convencionais de proteção têm tido grande desenvolvimento no âmbito regional, com especial realce para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os atos de direito internacional que os instituíram ora preveem a possibilidade de acesso por parte de indivíduos, o que importa no reconhecimento de sua capacidade jurídica internacional, ou por organizações não governamentais, ora restringem esse acesso aos Estados-partes ou a um órgão integrado à organização internacional que alberga os mecanismos de controle. No continente europeu, desde o Protocolo nº 11, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos tem admitido o acesso do indivíduo, ou de organização de que faça parte, ao respectivo Tribunal. No continente americano, a Convenção Americana dos Direitos Humanos exige que as notícias de ilícitos sejam inicialmente encaminhadas à Comissão e, se for o caso, desta para a Corte.

Estes são só alguns exemplos pinçados da possibilidade de punição aos Estados infratores de normas internacionais.

Evidentemente que não se olvida das dificuldades de aplicação das penalidades impostas e também não se é ingênuo ao ponto de imaginar que Estados mais poderosos são punidos com o mesmo rigor e frequência que os menos poderosos. Mas o que se pretende mostrar é que a violação a Tratados

⁵²⁰ Extraído do site < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em 07/12/2017

⁵²¹ GARCIA, Emerson. **Jus cogens e proteção internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em < <http://www.direitodoEstado.com.br/colunistas/emerson-garcia/jus-cogens-e-protecao-internacional-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 07/12/2017

e Princípios internacionais pode sim gerar punição. A forma de punir existe, a aplicação equânime e linear destas punições é outra coisa.

Retomando o ponto central desse capítulo, observou-se com clareza que não resta dúvida que a Soberania, em sua visão histórica já retratada acima, obteve radicais mudanças com relação à sua abrangência e extensão, limitada que é hoje pela Globalização.

Resta ver como essa limitação se aplica especificamente em relação aos Direitos Humanos.

3.5.3 A limitação da Soberania com foco nos Direitos Humanos.

Viu-se anteriormente que as categorias Direitos Humanos e Direitos Fundamentais podem – e neste trabalho serão – tratadas como sinônimos.

Observou-se, ainda, que o direito à intimidade e à vida familiar privada é um direito fundamental.

Pois bem. Dentro dessa linha de raciocínio e voltando ao tema central deste subcapítulo, qual seja, a relação entre a Soberania (e a sua relativização) com os Direitos Humanos, cumpre ressaltar, com Lenio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes⁵²² que “são os Direitos Humanos, (...), um dos aspectos fundamentais para que entendamos privilegiadamente o quadro das relações internacionais contemporâneas, em especial no que diz respeito ao problema da Soberania”.

Tema como Direitos Humanos envolve Dignidade da Pessoa Humana e, como diz Luis Roberto Barroso⁵²³, a “dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas

⁵²² STRECK, Lenio. MORAES, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5ª Ed. Revista e atualizada. Livraria do Advogado Editora:Porto Alegre, 2006. p. 143

⁵²³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Título original: *Here, there and anywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*. p. 88

coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”. Por esta razão, não se concebem soluções e decisões individuais dos Estados em relação a esta temática.

Já se disse mais de uma vez anteriormente que o Estado tem limitações em sua Soberania a partir do momento em que, se utilizando do próprio poder de decisão que eles têm, aderem a Tratados internacionais ou a Blocos de Países regidos por normas comuns.

Viu-se, antes, detalhadamente, que há diversos Tratados internacionais que, universal ou regionalmente, protegem as pessoas da violação de seus Direitos Fundamentais (Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), Convenção Americana dos Direitos do Homem, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, Convenção de Genebra – Convenção das Nações Unidas relativa aos Refugiados etc).

De fato, sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos é que não faltam. Todo o mundo encontra-se acobertado por Tratados internacionais que obrigam ao cumprimento de regras que visem dar à população uma vida digna.

É certo que nem tudo é tão fácil quanto parece.

Obviamente que a limitação da Soberania no campo dos Direitos Humanos não é bem aceita, atualmente, pelos Estados mais poderosos, sobretudo nas últimas décadas onde crises humanitárias promoveram o deslocamento de milhões de pessoas de Países em guerra ou atingidos por catástrofes ambientais, que migraram de sua origem para locais mais seguros e estruturados.

Quando firmados os Tratados relatados acima a realidade era outra. Esse contexto de retrocesso em relação aos Direitos Humanos foi bem retratado por Paulo Márcio Cruz⁵²⁴

⁵²⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em <

É exatamente no que diz respeito aos Direitos Humanos que o Estado Nacional vem mostrando notáveis indícios de exaustão diante da Globalização e das normas jurídicas internacionais. O reconhecimento e garantia de um conjunto de direitos do homem, considerados como fundamentais, foi elemento caracterizador do próprio Estado Moderno, desde sua origem. Apesar deste fato, a história tem mostrado que este reconhecimento estatal/nacional não pôde evitar, em muitas ocasiões e em muitos e diferentes Países, que fossem desrespeitados direitos considerados, na cultura moderna e contemporânea, inerentes à dignidade humana em qualquer momento ou circunstância. Particularmente as catástrofes humanas que estão acontecendo na África, em alguns Países da América Latina, no Oriente Médio, na Indochina e na Ásia.

E arremata Paulo Márcio Cruz⁵²⁵ dizendo que “o retrocesso dos Direitos Humanos em muitas áreas do planeta – inclusive naquelas consideradas como as mais ‘civilizadas’ e ‘cultas’ – está dando lugar a uma tendência de deterioração dos Direitos Humanos que foram reconhecidos através de documentos internacionais, como forma adicional de promover seu cumprimento”.

Importante ter em mente sempre o que diz Pasold⁵²⁶, para quem “o Estado Contemporâneo deve comportar-se sob a égide da primazia do humano, submetendo o econômico à força social”.

E arremata o mesmo autor que, “de minha parte, ressalto que o importante é que o princípio fundamental incidente sobre este fenômeno da realidade política contemporânea, seja o respeito ao Ser Humano, seus valores e crenças”.⁵²⁷

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 13

⁵²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017. p. 13

⁵²⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p.34

⁵²⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p.34

O certo é que, independentemente das dificuldades de implementação e respeito integral às normas de proteção aos Direitos Humanos, o fato é que elas existem e devem ser cumpridas e, se não o forem, cabe aos organismos internacionais agirem com mais rigor nas medidas punitivas possíveis, sem olvidar de tentar previamente soluções diplomáticas.

No caso específico do tema deste trabalho, ficou transparente que existem normas internacionais, baseadas na DUDH e nos diversos Tratados que determinam o respeito aos direitos da pessoa humana. Entre estes direitos, encontra-se o de livre formação da família, cujo conceito, hoje, é amplo e abrange toda forma de arranjo familiar, seja ele monogâmico ou poligâmico, heteroafetivo ou homoafetivo. Em consequência, os países aderentes aos Tratados estão obrigados a respeitar a condição pessoal dos migrantes que adentram ao seu país, ainda que eles tenham formação familiar plúrima admitida e contraída em seus países de origem.

Não se entra na obrigatoriedade de aceitação da poligamia das relações contraídas com base no direito interno de cada país. Mas repita-se: se um migrante tem família poligâmica legalmente constituída em seu país de origem, os Estados estão obrigados, ao aceitar a entrada e permanência destas pessoas em seus territórios, a acatar essa condição e promover o integral reagrupamento familiar daquelas pessoas, sob pena de violação dos direitos humanos encartados nos tratados internacionais correspondentes.

Entender o contrário seria compactuar com uma absurda e desumana escolha feita pelo migrante, que teria que optar, por exemplo, por uma esposa e filhos para viver em seu novo país, e abandonar a outra esposa e sua prole à própria sorte no país de origem. Essa situação avilta as mais mezinhas regras de direitos humanos.

Vista a questão da relativização da Soberania, passa-se a apreciação de decisões das Comissões e Cortes Internacionais aplicáveis direta ou indiretamente ao tema objeto deste trabalho.

3.6 Decisões sobre direito dos estrangeiros em relação à poligamia.

Que as relações poligâmicas estão em todos os continentes, isto é uma realidade incontornável. Isso tem gerado, há muito tempo, conflitos que chegam às barras das mais diversas Cortes espalhadas pelo mundo.

Muitos destes precedentes, apesar de regionalizados (no sentido lato da palavra), são importantes sobretudo porque podem ser levados em consideração em julgamentos similares mesmo que em Estados ou Tribunais diversos. Daniel Sarmiento⁵²⁸ giza que nessas interações jurisdicionais “há uma positiva troca de experiência, conceitos e ideias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo”.

Neste capítulo serão trazidas algumas decisões do Judiciário de três países da Europa que recebem um grande número de migrantes (Alemanha, Espanha e Itália). Além destes, serão abordadas decisões do Judiciário dos Estados Unidos da América, sabidamente um país com forte população poligâmica. Por fim, analisar-se-ão os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

3.6.1 Justiça dos Estados Unidos da América

Não é nenhuma novidade que em Utah, nos Estados Unidos, os Mórmons Fundamentalistas vivem uniões poligâmicas. Já se tratou disso anteriormente.

Assim, a Justiça daquele Estado Americano se depara de tempos em tempos com ações discutindo a legalidade dessas uniões plurais.

O mais famoso caso de guerra judicial envolvendo a poligamia em Utah teve início em 2010, com a estreia de uma série de televisão transmitida pela Rede TLC, chamada *Sister Wives*.

⁵²⁸ SARMENTO, Daniel. **O Direito Constitucional e o Direito Internacional**: diálogos e tensões. in PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Coords). *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-138.

*Sister Wives*⁵²⁹ é um *reality show* que acompanha a vida de uma família poligâmica formada pelo patriarca Kody Brown, suas quatro esposas e seus filhos. Em razão da exposição, Kody Brown foi investigado pela Promotoria de Utah e posteriormente a própria família plural entrou com uma ação contra o Estado alegando perseguição pela escolha de seu arranjo familiar.⁵³⁰

Em 13 de dezembro de 2013, o Juiz Clark Waddoups julgou o processo⁵³¹ e declarou inconstitucionais partes das leis anti-poligamia de Utah, alegando que nada impede a proibição de casamento poligâmico, mas fere os direitos das famílias a proibição de coabitações múltiplas. Assim, como Kody Brown era casado apenas com uma mulher, e com as demais apenas coabitava, ele não poderia ser punido.

Nos fundamentos da decisão do Juiz Clark Waddoups foi utilizado um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos que, em 2003, julgou o caso *Lawrence vs Texas*⁵³² e derrubou⁵³³ as leis de Sodomia do Estado do Texas, ao argumento que a vida privada de cada um deve ser respeitada e que a interferência do Estado ofende a 14ª Emenda da Constituição Americana. A

⁵²⁹ TLC Television. **Sister Wives**. Disponível em <<https://www.tlc.com/tv-shows/sister-wives/>>. Acesso em 24/02/2019

⁵³⁰ The Salt Lake Tribune. Disponível em <<https://archive.sltrib.com/article.php?id=52182460&itype=CMSID>> Acesso em 24/02/2019

⁵³¹ Integra da sentença disponível em <https://ecf.utd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?211cv0652-78>. Acesso e 24/02/2019

⁵³² “Em 1998, John Geddes Lawrence Jr., um tecnólogo médico gay de 55 anos, hospedou dois amigos gays, Tyron Garner e Robert Eubanks, em sua casa. Lawrence e Garner eram amigos há anos, e Eubanks e Garner tinham um relacionamento tumultuado. Ciumento que Lawrence estava flertando com Garner, Eubanks chamou a polícia, dizendo que havia “um homem negro enlouquecido com uma arma” no apartamento de Lawrence. A polícia chegou ao local e entrou pela porta da frente, destrancada, e os policiais relataram ter visto Lawrence e Garner fazendo sexo anal e oral. Lawrence foi acusado de acordo com a lei anti-sodomia do Texas, a Lei da “Conduta Homossexual”, que tornou uma contravenção de classe C quando alguém “se envolve em desviar relações sexuais com outra pessoa do mesmo sexo”. Lawrence foi ao tribunal e, com a ajuda de Lambda Legal, seu caso chegou à Suprema Corte dos EUA. Lá, eles esperavam derrubar todas as leis de homicídio gay em nível nacional. Em 2003, 14 estados tinham leis de sodomia, e o ato variou de uma contravenção a um crime. Na decisão de 6 a 3 do marco da Suprema Corte, derrubou as leis anti-sodomia no Texas e, portanto, em todos os estados e territórios americanos”. (Extraído do site <<https://hornet.com/stories/pt-pt/gay-criminalizacao/>>. Acesso em 24/02/2019)

⁵³³ Integra da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Lawrence vs Texas* disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf>> Acesso em 24/02/2019

mesma tese serve para embasar a ilegalidade da proibição das relações poligâmicas.

Não há, ainda, decisão específica da Suprema Corte sobre uniões plurais.

Uma outra decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos e que pode ser usada como precedente para a legalização, naquele país, das uniões poligâmicas, foi a tomada em 2013 quando considerou inconstitucional⁵³⁴ boa parte do “Defense of Marriage Act”⁵³⁵, ou, traduzindo, “Lei de Defesa do Matrimônio”, uma norma conservadora aprovada pelo congresso americano em 1996 que restringia o casamento à união entre um homem e uma mulher. Decidiu a Suprema Corte que a limitação a somente um tipo de arranjo familiar, no caso o matrimonial heterossexual, feria a 5ª Emenda dos Estados Unidos. Validou aquela Corte um casamento homoafetivo.

Dentro dessa mesma linha, no longínquo ano de 1967, a Suprema Corte Americana julgou o caso *Loving vs Virgínia*, onde decidiu⁵³⁶ ser inconstitucional a lei do Estado réu que proibia o casamento inter-racial.

A decisão citada no parágrafo anterior foi base para outra da mesma Corte, no caso *Obergefell v. Hodges*⁵³⁷, em 2015, ocasião em que restou assentado que o direito fundamental ao casamento é garantido também aos casais homoafetivos, argumentando o Tribunal maior Americano que

Choices about marriage shape an individual’s destiny. As the Supreme Judicial Court of Massachusetts has explained, because “it fulfills yearnings for security, safe haven, and connection that express our common humanity, civil marriage is an esteemed institution, and the

⁵³⁴ Íntegra da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *USA vs Windsor* disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/case.pdf> >. Acesso em 24/02/2019.

⁵³⁵ Disponível em <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-110/pdf/STATUTE-110-Pg2419.pdf>>. Acesso em 24/02/2019

⁵³⁶ A íntegra desta decisão somente está disponível na versão impressa, segundo informa o site da Suprema Corte dos Estados Unidos. (vide <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>. Acesso em 28/02/2019

⁵³⁷ Íntegra da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3203.pdf. Acesso em 28/02/2019

decision whether and whom to marry is among life's momentous acts of self-definition".⁵³⁸

Comentando o prefalado caso Obergefell v. Hodges, Stefano Rodotà⁵³⁹ disserta que

Nel 2015, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconosciuto il diritto al matrimonio delle coppie di persone dello stesso sesso con una decisione che si apre appunto con una sottolineatura eloquente: "la Costituzione promette a tutti una libertà che, nei suoi obiettivi, include alcuni specifici di ritti che consentano alle persone di definire e manifestare nella dimensione giuridica la loro identità". Identità è parola impegnativa, riguarda l'essere nel mondo, la rappresentazione del sé di cui nessuno può essere espropriato, la cui costruzione ha un incancellabile carattere soggettivo, poiché il potere di definirla e manifestarla è affidato alla persona stessa.⁵⁴⁰

E arremata o autor⁵⁴¹

La sentenza prosegue con toni che non lasciano dubbi. Non vi è nessuna "danza sulle uova" per conciliare l'inconciliabile, il discorso è netto, esemplare. "Molti, che ritengono sbagliato il matrimonio tra persone dello stesso sesso, giungono a questa conclusione in base a rispettabili premesse religiose e filosofiche, che qui non vengono screditate. Ma quando quella sincera, personale opposizione diventa legge o politica pubblica, la conseguenza inevitabile è dare legittimità da parte dello Stato ad una esclusione che immediatamente svaluta e discrimina quelli che vedono negata la loro libertà. In base alla Costituzione, le coppie formate da persone dello stesso sesso chiedono, per quanto riguarda il matrimonio, lo stesso trattamento delle coppie eterosessuali, e negare loro questo diritto porterebbe a screditare o sminuire le loro scelte".⁵⁴²

⁵³⁸ Tradução livre do autor: "As escolhas sobre o casamento moldam o destino de um indivíduo. Como o Supremo Tribunal Judicial de Massachusetts explicou, porque "cumpre anseios de segurança, refúgio e conexão que expressam nossa humanidade comum, o casamento civil é uma instituição estimada, e a decisão de se casar ou não com ele está entre os atos mais importantes da vida. auto-definição".

⁵³⁹ RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editori Laterza:Bari, 2015. p. 81

⁵⁴⁰ Tradução livre do autor: "Em 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito de se casar com casais do mesmo sexo com uma decisão que se inicia com uma ênfase eloquente: "a Constituição promete a todos uma liberdade que, em seus objetivos, inclui alguns direitos específicos que permitem às pessoas definir e expressar sua identidade na dimensão jurídica ". A identidade é uma palavra desafiadora, diz respeito a estar no mundo, a representação do eu de que ninguém pode ser desapropriado, cuja construção tem um caráter subjetivo indelével, já que o poder de defini-lo e manifestá-lo é confiado à própria pessoa".

⁵⁴¹ RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editori Laterza:Bari, 2015. p. 81

⁵⁴² Tradução livre do autor: "A decisão continua com tons que não deixam dúvidas. Não há "dança sobre os ovos" para conciliar o irreconciliável, o discurso é claro, exemplar. "Muitas pessoas que

Bem se vê, pois, que se é certo que a mais alta Corte da Justiça Norte Americana ainda não se debruçou sobre caso específico de poligamia, não menos certo é que instâncias inferiores da Justiça daquele país já reconheceram a validade de relações plurais e, ainda, certo é que, pelos precedentes acima, quando o caso aportar na Suprema Corte há reais possibilidades de acolhimento da família poligâmica como arranjo válido e eficaz naquela nação.

3.6.2 Justiça da Alemanha

A Alemanha, como se sabe, é um dos países que mais recebe migrantes no mundo. Dentre esses migrantes muitos são de origem Muçulmana e, como tais, seguem a Sharia que admite (já se viu anteriormente) as relações poligâmicas.

Os Tribunais Alemães já se depararam com casos envolvendo o reconhecimento – ou não – de relações poligâmicas, como se verá.

Em decisão⁵⁴³ proferida em março de 2004, um tribunal em Kloblenz concedeu à segunda esposa de um Iraquiano o direito de permanecer na Alemanha. A decisão baseou-se no fato de que o marido e suas duas mulheres – a primeira já tinha autorização para permanecer no país - já viviam por mais de 5 anos lá e não seria justo expulsar do território Alemão apenas uma delas.

Uma outra decisão partindo da Alemanha, bem mais recente e desta vez do Tribunal Federal de mais alta jurisdição Civil daquele país, suspendeu a

consideram o casamento homossexual como sendo errado chegam a essa conclusão com base em respeitáveis premissas religiosas e filosóficas, que não são desacreditadas aqui. Mas quando essa oposição sincera e pessoal se torna lei ou política pública, a consequência inevitável é dar legitimidade por parte do Estado a uma exclusão que imediatamente desvaloriza e discrimina aqueles que veem sua liberdade negada. Segundo a Constituição, os casais formados por pessoas do mesmo sexo solicitam, no que diz respeito ao casamento, o mesmo tratamento que os casais heterossexuais, e negar-lhes esse direito levaria a desacreditar ou diminuir suas escolhas ".

⁵⁴³ Íntegra da decisão do Tribunal Alemão disponível em < https://judicialis.de/Oberverwaltungsgericht-Rheinland-Pfalz_10-A-11717-03-OVG_Urteil_12.03.2003.html>. Acesso em 25/02/2019

eficácia de uma lei que proíbe o casamento Infantil. O caso envolve um casal sírio - uma menina de 14 anos casada com seu primo de 21 anos. Um resumo do caso, publicado na página da internet do próprio Tribunal prolator da decisão⁵⁴⁴, explica que

Der am 1. Januar 1994 geborene Antragsteller und die am 1. Januar 2001 geborene minderjährige Betroffene sind syrische Staatsangehörige. Sie wuchsen im selben Dorf in Syrien auf. Am 10. Februar 2015 schlossen sie vor dem Scharia-Gericht in Sarakeb/Syrien die Ehe. Aufgrund der Kriegssereignisse flüchteten sie über die sogenannte "Balkanroute" von Syrien nach Deutschland, wo sie im August 2015 ankamen. Nach ihrer Registrierung in einer Erstaufnahmeeinrichtung wurde die Betroffene, die bis dahin seit Februar 2015 mit dem Antragsteller zusammengelebt hatte, im September 2015 vom Jugendamt in Obhut genommen, vom Antragsteller getrennt und in eine Jugendhilfeeinrichtung für weibliche minderjährige unbegleitete Flüchtlinge verbracht. Das Amtsgericht stellte das Ruhen der elterlichen Sorge fest und ordnete Vormundschaft an. Zum Vormund wurde das zuständige Stadtjugendamt bestellt.⁵⁴⁵

Para o Tribunal prolator da decisão, todos os casamentos baseados na Sharia são válidos de acordo com a legislação básica Alemã. O caso ainda será submetido à Corte Constitucional daquele país.

O precedente acima pode perfeitamente ser aplicado aos casamentos poligâmicos baseados igualmente na Sharia.

3.6.3 Justiça da Espanha

⁵⁴⁴ Disponível em < <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&anz=537&pos=25&nr=90437&linked=pm&Blank=1>>. Acesso em 25/02/2019

⁵⁴⁵ Tradução livre do autor: "O recorrente nascido em 1 de janeiro de 1994 e o menor em causa, nascido em 1 de Janeiro de 2001, são nacionais sírios. Eles cresceram na mesma aldeia na Síria. Em 10 de fevereiro de 2015, eles se casaram com a corte da Sharia em Sarakeb, na Síria. Devido à guerra, eles fugiram através da chamada "rota dos Balcãs" da Síria para a Alemanha, onde chegaram em agosto de 2015. Depois de ter sido registado num centro de acolhimento inicial, a pessoa em causa, que anteriormente vivia com o requerente desde fevereiro de 2015, foi detida pelo Gabinete do Bem-Estar dos Jovens em setembro de 2015, separada do requerente e transferida para um centro de bem-estar juvenil para mulheres menores de idade desacompanhadas. O tribunal distrital determinou o descanso do cuidado parental e ordenou a tutela. O guardião foi nomeado o responsável pelo escritório de bem-estar da juventude da cidade".

A Espanha é um país cuja legislação é bastante radical quanto à não aceitação da forma poligâmica de casamento. Neste sentido destacam Martinez e González⁵⁴⁶

(...) el Derecho español no admite la poligamia. Y no sólo no está admitida en las leyes civiles. Constituye un delito prohibido y castigado por el art. 217 del Código Penal español. El ordenamiento jurídico español considera que la poligamia genera una situación de desigualdad entre hombres y mujeres contrario al art. 14 CE 1978. El Derecho de Familia español arranca, en efecto, del principio básico de la monogamia matrimonial, de modo que la poligamia atenta contra la dignidad constitucional de la muje”.⁵⁴⁷

Não obstante, em que pese o Estado não aceitar a poligamia, a justiça Espanhola admite a existência de alguns efeitos periféricos do arranjo familiar plural. Pilar Juárez Pérez⁵⁴⁸ que

Esta aparente contradicción no es tal si tenemos en cuenta la distinción entre “efectos jurídicos nucleares y efectos jurídicos periféricos”. Los primeros engloban los efectos constitutivos del matrimonio y son los que el sistema español rechaza de forma rotunda en los términos expuestos. Los segundos se integran por las consecuencias jurídicas que, derivándose del matrimonio, no afectan a su propia esencia o existencia: reagrupación familiar, derecho de alimentos, pensión de viudedad, régimen económico matrimonial, filiación, derechos sucesorios, etc. Pese al no reconocimiento de los efectos nucleares del matrimonio, el juego de la doctrina del orden público atenuado permite conceder ciertos efectos en este segundo ámbito, en aras a la protección de las partes más débiles de este vínculo matrimonial: la esposa y los hijos.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ MARTÍNEZ, Maria José Valverde. GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Poligamia em Marruecos y Pensión de Viudedad em España**. El Tribunal Supremo y el Orden Público Internacional Atenuado. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 718-731

⁵⁴⁷ Tradução livre do autor: "A lei espanhola não admite a poligamia. E não só não é permitido em leis civis. Constitui uma ofensa proibida e punida pelo art. 217 do Código Penal Espanhol. O sistema jurídico espanhol considera que a poligamia gera uma situação de desigualdade entre homens e mulheres contrário ao art 14 CE 1978. O Direito de Família espanhol começa, de fato, a partir do princípio básico da monogamia matrimonial, de modo que a poligamia ameaça a dignidade constitucional das mulheres "

⁵⁴⁸ PÉREZ, Pilar Juárez. **Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?**. In Revista Eletronica de Estudios Internacionales. Disponível em < [file:///C:/Users/mauricio/Downloads/estudio_JUAREZ_Pilar%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/mauricio/Downloads/estudio_JUAREZ_Pilar%20(2).pdf)>. Acesso em 28/02/2019

⁵⁴⁹ Tradução livre do autor: "Essa aparente contradição não é verdadeira se levarmos em conta a distinção entre "efeitos legais nucleares e efeitos legais periféricos". Os primeiros abrangem os efeitos constitutivos do casamento e são aqueles que o sistema espanhol rejeita de imediato nos termos estabelecidos. As segundas são integradas pelas consequências jurídicas que, derivadas do casamento, não afetam sua própria essência ou existência: reagrupamento familiar,

Levando-se em conta exatamente essa distinção entre efeitos nucleares e efeitos periféricos das relações poligâmicas, o Tribunal Superior de Justiça da Galícia, Espanha, em decisão⁵⁵⁰ proferida em 02 de abril de 2002, reconheceu que, apesar da proibição da bigamia naquele país, duas viúvas de um homem com casamento plural devem partilhar a pensão previdenciária. Houve, pois, o reconhecimento de fato da existência da relação bígama. Vale citar que o falecido neste caso era Senegalês e havia contraído os matrimônios em seu país de origem.

Claro está, pois, que não se pode fugir da realidade fática da existência de um grande número de polígamos na Espanha e que as consequências jurídicas destas relações existirão independentemente do rigor das leis no sentido de vedar essa forma de arranjo familiar.

3.6.4 Justiça da Itália

As leis italianas - como as de quase todos os países do mundo - proíbem a poligamia e sustentam, por consequência, o princípio da monogamia.

Karin Golaski⁵⁵¹ ressalta que

In Italia, così come nella maggior parte delle legislazioni straniere, il rapporto coniugale riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico è quello monogamico. Malgrado negli ultimi settant'anni la disciplina della famiglia sia stata oggetto di radicali e innovative modifiche in ambito civilistico, in campo penale il legislatore ha mantenuto una concezione granitica del ruolo della famiglia nella società, che si riverbera nel mantenimento del reato di bigamia.⁵⁵²

legislação alimentar, pensão de viúva, regime econômico matrimonial, filiação, direitos de herança, etc. Apesar do não reconhecimento dos efeitos nucleares do casamento, o jogo da doutrina da ordem pública atenuada permite que certos efeitos sejam concedidos nesta segunda área, a fim de proteger as partes mais fracas deste vínculo matrimonial: a esposa e os filhos”.

⁵⁵⁰ Íntegra da decisão do Tribunal Superior de Justiça da Espanha disponível em <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=2783477&links=bigamia&optimize=20040131&publicinterface=true>>. Acesso em 25/02/2019

⁵⁵¹ GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi de Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 110

⁵⁵² Tradução livre do autor: “Na Itália, como na maioria das leis estrangeiras, a relação conjugal reconhecida e protegida pelo sistema legal é monogâmica. Apesar de nos últimos setenta anos a disciplina familiar ter sido objeto de mudanças radicais e inovadoras no campo do direito civil,

Em julgamento proferido pela Corte di Cassazione (sentenza nº 4.948⁵⁵³), no dia 23 de fevereiro de 2013, o Tribunal Italiano negou o visto de permanência pedido por um filho em favor de sua mãe Marroquina. Disse a Corte que o pai morava na Itália e neste país já havia se casado novamente. Caso fosse autorizada a permanência da mãe do requerente, seria constituída uma família poligâmica, arranjo vedado na Itália. Sustentou a decisão⁵⁵⁴ que

(...) ritenuto, in ordine al secondo motivo, che la norma applicabile (art. 29 comma primo ter D.Lgs. n. 286 del 1998) stabilisce un divieto che opera oggettivamente nei confronti delle richieste di ricongiungimento familiare proposte in favore del coniuge di un cittadino straniero già regolarmente soggiornante con altro coniuge in Italia, non distinguendo soggettivamente la provenienza della domanda, e al contrario mirando ad evitare l'insorgenza nel nostro ordinamento di una condizione di poligamia, contraria al nostro ordine pubblico anche costituzionale.⁵⁵⁵

Não obstante, assim como ocorre nos demais países receptores de migrantes, a poligamia está disseminada também na Itália, tanto que reportagem publicada no Il Giornale.it⁵⁵⁶, em 20/08/2016, mostra que existiam, naquele ano, mais de 20.000 casos de poligamia no país.

Stando infatti a quanto raccontato da Angel Gomez Fuentes, nel Bel Paese ci sono state 7mila **unioni poligame** nel 2009, salite a 13.500 nel 2013 e arrivate oggi ad essere **più di 20mila**. I dati sono stati forniti dal Centro culturale Averroé e dall'Acmid-Donna (Associazione donne marocchine in Italia). E in merito, il giornalista spagnolo ha scritto nel suo

o legislador mantém uma concepção granítica do papel da família na sociedade, que repercute na manutenção do crime de bigamia”.

⁵⁵³ CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza nº 4.948, del 28 febbraio 2013. Disponibile em < <https://www.studiocerbone.com/cassazione-sentenza-n-4948-del-28-febbraio-2013-ricongiungimento-familiare-e-visto-dingresso/> >. Acesso em 15/05/2019

⁵⁵⁴ CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza nº 4.948, del 28 febbraio 2013. Disponibile em < <https://www.studiocerbone.com/cassazione-sentenza-n-4948-del-28-febbraio-2013-ricongiungimento-familiare-e-visto-dingresso/> >. Acesso em 15/05/2019

⁵⁵⁵ Tradução livre do autor: "(...) considerou, em relação à segunda razão, que a lei aplicável (art. 29, parágrafo 1º, ter do Decreto Legislativo nº 286 de 1998) estabelece uma proibição que atua objetivamente contra pedidos de reagrupamento familiar propostos em favor da esposa de um cidadão estrangeiro já residindo legalmente com outro cônjuge na Itália, não distinguindo subjetivamente a origem do pedido e, ao contrário, visando evitar o surgimento em nosso sistema de uma condição de poligamia, contrária à nossa ordem pública, mesmo constitucional."

⁵⁵⁶ Il Giornale.it. **In Italia sono 20mila i casi di poligamia**. Disponibile em < <http://www.ilgiornale.it/news/mondo/italia-sono-20mila-i-casi-poligamia-1297833.html> >. Acesso em 28/02/2019

articolo: "Per lo più si tratta di matrimoni per fede, ma ci sono anche quelli per interesse: casi di musulmani già sposati nel loro Paese d'origine che sposano un'italiana per poter lavorare poi in Italia". E poi il corrispondente spagnolo ha proseguito dicendo: " per la legge italiana i matrimoni poligami **sono un reato**, però di fatto esistono e vengono celebrati. Le unioni celebrate nelle moschee non devono obbligatoriamente essere registrate da un punto di vista civile. Ciò significa che sono valide per i fedeli musulmani ma non per lo stato italiano".⁵⁵⁷

De fato, como ressalta Marco Rizzuti⁵⁵⁸, não se pode afastar da realidade diária da chegada de milhares de imigrantes em solo Italiano, em condições de emergência. Lembra o autor que se é verdade que as entradas dos migrantes não podem ser chamadas de “regulares”, não menos verdade é que não podem ser taxadas de clandestinas, visto que acontecem “à luz do sol”. Assim, como a própria Corte Constitucional teve oportunidade de decidir (Tribunal Constitucional, 25 de julho de 2011, No. 245, in Foro it, 2012, c 362), a simples condição de estrangeiro irregular no país não pode ser considerado impedimento matrimonial e nem ao menos um obstáculo ao significado jurídico da relação familiar de facto em que o imigrante está envolvido.

Rizzuti⁵⁵⁹ ainda destaca que esse problema do reconhecimento das uniões poligâmicas pode atingir não só os migrantes, mas também os locais que seguem a religião Islâmica

Peraltro, la relazione familiare poligamica potrà presentarsi all'ordinamento italiano come fattuale pure nell'ipotesi del matrimonio meramente religioso e privo di effetti civili, che potrebbe del resto riguardare non soltanto gli stranieri immigrati ma anche la non

⁵⁵⁷ Tradução livre do autor: “De fato, de acordo com o que foi dito por Angel Gomez Fuentes, no Bel Paese havia 7 mil sindicatos poligâmicos em 2009, subiu para 13.500 em 2013 e hoje são mais de 20 mil. Os dados foram fornecidos pelo Centro Cultural Averroé e pelo ACID-Women (associação de mulheres marroquinas na Itália). E, a esse respeito, o jornalista espanhol escreveu em seu artigo: ‘Principalmente, eles são casamentos pela fé, mas há também os de interesse: casos de muçulmanos já casados em seu país de origem que se casam com um italiano para poder trabalhar então na Itália’. E então o correspondente espanhol passou a dizer: ‘sob a lei italiana, os casamentos polígamos são um crime, mas na verdade eles existem e são celebrados. Os sindicatos celebrados nas mesquitas não devem necessariamente ser registrados do ponto de vista civil. Isso significa que eles são válidos para os fiéis muçulmanos, mas não para o estado italiano’ ”.

⁵⁵⁸ RIZZUTI, Marco. **Il problema dei rapporti familiar poligamici**. Napoli:Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 164

⁵⁵⁹ RIZZUTI, Marco. **Il problema dei rapporti familiar poligamici**. Napoli:Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 164

insignificante quota di autoctoni convertitisi alla religione islamica (cfr. E. Pagano, Napoli-slam, Milano, 2016) o di persone di origine straniera che abbiano acquisito la cittadinanza.⁵⁶⁰

E arremata Rizzuti⁵⁶¹ dizendo que a Poligamia logo passará a ser um problema não só de direito internacional, mas também de direito interno

Insomma, come osserva N. Colaianni, op. cit., p. 245, “la poligamia è destinata a trasformarsi da questione solo di diritto internazionale... a questione soprattutto di diritto interno”. Dal punto di vista quantitativo, stime ufficiose di qualche anno fa avevano ipotizzato la presenza di circa 15.000-20.000 poligami, tra cittadini e stranieri, in Italia (F. Caferri, La poligamia nacosta tra gli islamici d'Italia, in la Repubblica, 2 aprile 2008, M. Crosetti, Poligami d'Italia, in La Repubblica, 27 novembre 2009), e ci sembra ragionevole supporre che il loro numero non possa che essere aumentato negli ultimi tempi.⁵⁶²

Não há como fugir dessa realidade que só tende a aumentar.

Não há decisão conhecida dando validade direta a casamento poligâmico na Itália. Mas, como tem acontecido ao redor do mundo, os efeitos periféricos das relações plurais têm sido reconhecidos em decisões judiciais de forma a solucionar problemas que surgem entre pessoas que adotam essa forma de arranjo familiar.

Neste sentido decisão⁵⁶³ da Corte de Apelos de Torino, de 11 de abril de 2001, que determinou a concessão de autorização de permanência no país de

⁵⁶⁰ Tradução livre do autor: “Além disso, a relação poligâmica familiar pode apresentar-se ao sistema jurídico italiano como factual, mesmo na hipótese de um casamento puramente religioso sem efeitos civis, que poderia, além do mais, preocupar não apenas os estrangeiros imigrantes, mas também a parte insignificante dos nativos convertidos à religião islâmica (conforme E. Pagano, Naples-slam, Milão, 2016) ou de pessoas de origem estrangeira que adquiriram cidadania”.

⁵⁶¹ RIZZUTI, Marco. **Il problema dei rapporti familiar poligamici**. Napoli:Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 164/165

⁵⁶² Tradução livre do autor: “Em suma, como observado por N. Colaianni, op. cit., p. 245, “a poligamia está destinada a transformar-se de uma questão apenas do direito internacional ... para uma questão acima de tudo do direito interno”. Do ponto de vista quantitativo, estimativas não oficiais de alguns anos atrás levantaram a hipótese da presença de cerca de 15.000 a 20.000 polígamos, entre cidadãos e estrangeiros, na Itália (F. Caferri, A poligamia entre os muçulmanos islâmicos da Itália, na República, 2 Abril de 2008, M. Crosetti, Poligami d'Italia, em La Repubblica, 27 de novembro de 2009), e parece-nos razoável supor que o seu número só pode ser aumentado nos últimos tempos.

⁵⁶³ Íntegra da decisão da Corte de Apelo de Torino disponível em < http://old.asgi.it/home_asgi.php%3Fn=documenti&id=1633&l=it.html>. Acesso em 26/02/2019

uma mãe, juntamente com seu filho fruto de um relacionamento bígamo do pai. A Corte registrou que

Anche l'ulteriore argomento del Tribunale secondo cui osterebbe alla concessione dell'autorizzazione il fatto che si convaliderebbe una situazione di famiglia poligamica contraria ai principi del nostro ordinamento non è condivisibile. Ciò avverrebbe infatti se il permesso fosse concesso ai sensi degli artt. 28 e 29 per consentire a un coniuge di ricongiungersi con l'altro coniuge in una situazione di famiglia poligamica, ma nel caso di specie l'autorizzazione viene concessa nell'interesse del figlio minore per garantirgli la vicinanza del genitore, indipendentemente dal fatto che questo sia o meno sposato con l'altro genitore del figlio, e che sia sposato in regime monogamico o poligamico. L'autorizzazione è quindi finalizzata a tutelare non una situazione coniugale in ipotesi contraria ai principi dell'ordinamento, ma a realizzare il diritto di un minore a ricongiungersi al genitore o a non essere da lui separato. Del resto la norma in esame dice espressamente che l'autorizzazione può essere data anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico.⁵⁶⁴

Nesta mesma direção precedente citado por Sara Vigliotti⁵⁶⁵

Un ulteriore caso da menzionare è quello affrontato nel 2003 dal Tribunale di Bologna che, con un'ordinanza del 12 marzo, autorizzò l'ingresso della seconda moglie di un cittadino marocchino già regolarmente soggiornante in Italia con la prima moglie. Nonostante nel 2002 l'ambasciata italiana di Rabat avesse emesso un provvedimento di diniego del visto di ingresso, il Tribunale annullò tale provvedimento permettendo alla seconda moglie di ricongiungersi con il figlio, anch'egli regolarmente soggiornante in Italia, sostenendo che la permanenza delle due mogli non era da considerarsi contraria all'ordinamento del nostro paese tenuto conto del fatto che il secondo matrimonio non poteva essere considerato valido nel nostro ordinamento ed era quindi privo di effetti civili.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Tradução livre do autor: “Além disso, o argumento adicional do Tribunal de Primeira Instância, segundo o qual impediria a concessão de autorização, o facto de uma situação familiar poligamista ser contrária aos princípios do nosso sistema jurídico não pode ser partilhado. Tal seria o caso se a autorização fosse concedida nos termos dos artigos 28.º e 29.º para permitir ao cônjuge ser reencontrado com o outro cônjuge numa situação familiar poligâmica, mas no caso presente a autorização é concedida no interesse da criança. menor para garantir-lhe a proximidade do pai, independentemente se este é ou não é casada com o outro progenitor da criança, e se casar em regime monogâmico ou polígamo. A autorização visa, portanto, proteger não uma situação conjugal em hipóteses contrárias aos princípios do sistema jurídico, mas para perceber o direito de um menor para se juntar ao pai ou não ser separado dele. Além disso, a lei em questão declara expressamente que a autorização também pode ser concedida em derrogação das outras disposições do texto consolidado”.

⁵⁶⁵ VIGLIOTTI, Sara. **Matrimonio e divorzio nel diritto di famiglia marocchino, evoluzione e conservazione**. Casistica e problematiche relative alla recepitibilità nell'ordinamento giuridico italiano. Tesi di Laurea. Università Ca'Foscari Venezia. 2014/2015. p. 133

⁵⁶⁶ Tradução livre do autor: “Um outro caso a mencionar é o enfrentado em 2003 pelo Tribunal de

A mesma Sara Vigliotti⁵⁶⁷, aliás, após dizer que a Itália não admite as relações poligâmicas, conclui que “é possibile riscontrare un atteggiamento della Giurisprudenza italiana tutt'altro che homogêneo nei confronti della poligamia, restando il divieto di stipula di un matrimonio poligamico in Italia ma, dall'altro lato, consentendo il riconoscimento dello status costituitosi in seguito a matrimonio poligamico legittimamente contratto all'estero”.⁵⁶⁸

Percebe-se, pois, com clareza, que a resistência em reconhecer e regular a existência das famílias poligâmicas somente ajuda a criar um constrangimento para os Estados, na medida em que eles mantêm a proibição legal das famílias plurais mas de outro vértice com elas convivem e precisam reconhecer os efeitos decorrentes destas relações.

3.6.5 Corte Interamericana de Derechos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 17 de setembro de 2010, apresentou perante a Corte Interamericana uma demanda contra o Estado do Chile, pedindo um posicionamento em relação ao “caso Atala Rizzo e filhas”, acusando o Chile de discriminação e interferência arbitrária na vida privada e familiar que havia sofrido a senhora Karen Atala Rizzo, que perdeu a guarda de suas três filhas por conta de sua orientação sexual.⁵⁶⁹

Bolonha, que, com um despacho de 12 de março, autorizou a entrada da segunda esposa de um cidadão marroquino que já residia legalmente na Itália com sua primeira esposa. Embora em 2002 a embaixada italiana em Rabat tenha emitido uma recusa de visto de entrada, o Tribunal anulou esta disposição permitindo que a segunda esposa se reunisse com seu filho, que também residia regularmente na Itália, alegando que a estadia das duas esposas não era para ser considerado contrário à lei de nosso país, considerando o fato de que o segundo casamento não podia ser considerado válido em nosso sistema e, portanto, era desprovido de efeitos civis”.

⁵⁶⁷ VIGLIOTTI, Sara. **Matrimonio e divorzio nel diritto di famiglia marocchino, evoluzione e conservazione**. Casistica e problematiche relative alla recepitività nell'ordinamento giuridico italiano. Tesi di Laurea. Università Ca'Foscari Venezia. 2014/2015. p. 133

⁵⁶⁸ Tradução livre do autor: “É possível encontrar uma atitude de jurisprudência italiana que é tudo menos homogênea no que diz respeito à poligamia, com a proibição de celebrar um casamento poligâmico em Itália, mas, por outro lado, permitindo o reconhecimento do estatuto constituído após casamento polígamo legitimamente contratado no exterior”.

⁵⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.cni.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>>. Acesso em 10/12/2018

Em suma narra a decisão da Corte Interamericana que

A senhora Atala casou-se com Ricardo Jaime López Allendes em 29 de março de 1993. As crianças M., V. e R. nasceram em 1994, 1998 e 1999, respectivamente. A senhora Atala tem um filho mais velho, Sergio Vera Atala, nascido de um casamento anterior. Em março de 2002, a senhora Atala e o senhor López Allendes decidiram terminar seu casamento por meio de uma separação de fato. Como parte dessa separação de fato, estabeleceram por acordo mútuo que a senhora Atala manteria a guarda e o cuidado das três crianças na cidade de Villarrica, com um regime de visita semanal à residência do pai em Temuco. Em novembro de 2002, a senhora Emma de Ramón, companheira sentimental da senhora Atala, começou a conviver na mesma casa com ela, as três filhas e o filho mais velho.

Em janeiro de 2003, o pai das meninas ajuizou uma ação requerendo a guarda das mesmas, alegando que a condição de homossexual da senhora Atala e o fato de ela estar vivendo com outra mulher a incapacitava para cuidar das crianças. O processo judicial no Chile teve seu curso e o caso chegou até a Corte Suprema da Justiça que concedeu a guarda definitiva das crianças ao genitor.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos então, em sentença prolatada em 24 de fevereiro de 2012, entendeu que houve violação dos direitos de Atala Rizzo. Nos fundamentos da decisão sobre esse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a existência de outras formas de família, sentenciando que

O Tribunal constata que, no âmbito das sociedades contemporâneas ocorrem mudanças sociais, culturais e institucionais voltadas para desdobramentos mais inclusivos de todas as opções de vida dos cidadãos, o que se evidencia na aceitação social de casais inter-raciais, das mães ou pais solteiros ou dos casais divorciados, que em outros momentos não haviam sido aceitos pela sociedade. Nesse sentido, o Direito e os Estados devem contribuir para o avanço social; do contrário se corre o grave risco de legitimar ou consolidar diferentes formas de discriminação violatórias dos direitos humanos.⁵⁷⁰

E, mais adiante, arremata

⁵⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Disponible em <
<http://www.cni.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>
 >. Acesso em 10/12/2018

A Corte constata que na Convenção Americana não se encontra determinado um conceito fechado de família nem tampouco se protege só um modelo “tradicional” de família. A esse respeito, o Tribunal reitera que o conceito de vida familiar não se reduz unicamente ao matrimônio, e deve abranger outros laços familiares de fato, onde as partes têm vida em comum fora do casamento.⁵⁷¹

Mas não é só.

Em 09 de janeiro de 2018 a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou a Opinião Consultiva nº 24⁵⁷², de 24 de novembro de 2017, que analisou as “obligaciones Estatales em relación com el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de um vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, em relación com el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Em outras palavras, tratou-se do tema identidade de gênero e não discriminação de casais do mesmo sexo.

A aludida Opinião Consultiva foi provocada pelo governo da Costa Rica e reitera, em suas conclusões, a jurisprudência da CIDH no sentido de que a orientação sexual e a identidade de gênero são direitos protegidos pelo Pacto de San Jose (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Mas o que tem a ver essa Opinião Consultiva 24 com o tema objeto deste trabalho, qual seja, a liberdade de formação de arranjo familiar poligâmico?

É que, nos fundamentos da Opinião Consultiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou que

189. En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es “la protección

⁵⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Disponible en <<http://www.cni.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>>. Acesso em 10/12/2018

⁵⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva nº 23. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf> . Acesso em 11/03/2019

de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna.

190. El vínculo afectivo que la Convención protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde su jurisprudencia más temprana, esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia. La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas.⁵⁷³

Claro está, pois, por precedentes da própria Corte Interamericana, que o artigo 17 da CADH protege a formação e exige dos países/ membros o respeito a toda modalidade de arranjo familiar, inclusive o poligâmico.

3.6.6 Corte Europeia dos Direitos do Homem

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concede uma ampla margem de discricionariedade aos Estados Contratantes na regulamentação do direito da família.

Esta margem de discricionariedade é bem presente na Diretiva 2003/86/CE do Conselho da União Europeia⁵⁷⁴, cujos países, já se viu acima, são aderentes à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Aliás, Gianluca Bascherini⁵⁷⁵ critica esta Diretiva 2003/86/CE justamente pela sua pouca efetividade naquilo que seria o seu objeto principal, ou seja, o reagrupamento familiar

⁵⁷³ Tradução livre do autor: “ 189. Com efeito, uma interpretação restritiva do conceito de “família” que exclui a proteção interamericana do vínculo afetivo entre casais do mesmo sexo frustraria o objeto e o objetivo da Convenção. A Corte recorda que o objetivo e propósito da Convenção Americana é “a proteção dos direitos fundamentais do ser humano”, sem distinção. 190. O vínculo emocional que a Convenção protege é impossível de quantificar ou codificar, e é por isso que, a partir de sua jurisprudência mais antiga, essa Corte entendeu o conceito de família de maneira flexível e abrangente. A riqueza e a diversidade da região refletiram-se nos casos submetidos à jurisdição contenciosa do Tribunal, o que explica as diversas configurações familiares que podem ser protegidas, inclusive as famílias poligâmicas.

⁵⁷⁴ Directiva 2003/86/CE. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Acesso em 28/02/2019

⁵⁷⁵ BASCHERINI, Gianluca. *Immigrazione e diritti fondamentali. L’esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*. Napoli: Jovene editore, 2007. p. 321.

La direttiva 2003/86, che in materia di ricongiungimento avrebbe dovuto costituire il punto di arrivo della prima fase di comunitarizzazione delle materie legate alle migrazioni decisa ad Amsterdam, ha incontrato ostacoli lungo il procedimento di adozione che si riflettono nello scarto tra quel che questa proclama nelle sue premesse ed il suo gracile contenuto. Colpisce la distanza tra la consapevolezza dell'importanza del contributo dato dal ricongiungimento familiare "a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione permettendo di promuovere la coesione economica e sociale" (Cons. n. 4) e la soluzione adottata per trovare un accordo tra i governi, che conduce ad un'armonizzazione limitata e di poca sostanza, che lascia gli stati liberi di recepire o meno le parti che hanno dato luogo alle maggiori difficoltà (categorie di familiari ammesse al ricongiungimento, requisiti per la richiesta, trattamento dei familiari ricongiunti), che riconosce ai cittadini extracomunitari un più limitato diritto al ricongiungimento rispetto ai cittadini comunitari e che finisce per penalizzare i soggetti più deboli tra quelli interessati: le donne ed i minori.⁵⁷⁶

Esta Diretiva 2003/86/CE, já se disse, trata do direito ao Reagrupamento Familiar, que é definido no próprio documento como "a entrada e residência num Estado-Membro dos familiares de um nacional de um país terceiro que resida legalmente nesse Estado, a fim de manter a unidade familiar, independentemente de os laços familiares serem anteriores ou posteriores à entrada do residente".⁵⁷⁷ Nela o Conselho da União Europeia (não confundir com Conselho da Europa, que abrange todos os países do Continente e não só os membros da União Europeia) traz textualmente regras sobre o reagrupamento de família poligâmicas.

⁵⁷⁶ Tradução livre do autor: "A Directiva 2003/86, que em matéria de reagrupamento deveria ter sido o ponto de chegada da primeira fase de comunitarização dos assuntos relacionados com a migração decidida em Amesterdã, encontrou obstáculos ao longo do processo de adoção que se refletem na lacuna entre o que esta proclama na sua premissa e o seu conteúdo delicado. A distância entre a consciência da importância do contributo dado pelo reagrupamento familiar é marcante "para criar uma estabilidade sociocultural que facilite a integração através da promoção da coesão económica e social" (Cons. No. 4) e a solução adotada para encontrar um acordo entre os governos, que leva à harmonização limitada e de pouca substância, que deixa os estados livres para aceitar ou não as partes que deram origem às maiores dificuldades (categorias de membros da família que podem ser reunidas, requisitos para o pedido, tratamento de membros da família reunidos), que concede aos cidadãos não comunitários um direito mais limitado ao reagrupamento familiar do que os cidadãos da UE e que acaba por penalizar os sujeitos mais frágeis entre os interessados: mulheres e menores".

⁵⁷⁷ Artigo 2º, letra D, da Directiva 2003/86/CE. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Acesso em 28/02/2019

No que concerne ao reagrupamento de famílias poligâmicas que tem filhos, o preâmbulo da Diretiva, em seus itens 10 e 11, claramente transfere aos Estados o direito de aceitar ou não o reagrupamento familiar

Preâmbulo, item 10 - Cabe aos Estados-Membros decidir se desejam autorizar a reunificação familiar no que respeita aos ascendentes em linha directa, aos filhos solteiros maiores, aos parceiros não casados ou registados, bem como, em caso de casamentos polígamos, aos filhos menores de um outro cônjuge e do requerente do reagrupamento. O facto de um Estado-Membro autorizar o reagrupamento familiar destas pessoas não prejudica a possibilidade de os Estados-Membros, que não reconhecem a existência de laços familiares nos casos abrangidos pela presente disposição, não concederem às referidas pessoas o tratamento de familiares no que se refere ao direito de residir noutro Estado-Membro, tal como definido na legislação comunitária relevante.

Preâmbulo, item 11 - O direito ao reagrupamento familiar deverá ser exercido na necessária observância dos valores e princípios reconhecidos pelos Estados-Membros, designadamente dos direitos das mulheres e das crianças, observância que justifica a eventualidade de poderem ser tomadas medidas restritivas em oposição a pedidos de reagrupamento familiar de agregados familiares polígamos.⁵⁷⁸

Quando não envolve diretamente menores, a Diretiva impõe uma norma de conduta aos Estados quando, em seu Artigo 4º, item 4, prevê que “em caso de casamento polígamo, se o requerente do reagrupamento já tiver um cônjuge que com ele viva no território de um Estado-Membro, o Estado-Membro em causa não autorizará o reagrupamento familiar de outro cônjuge”.⁵⁷⁹ Esta regra, no entanto, confronta diametralmente com outras previstas no mesmo documento.

De fato, do preâmbulo da Diretiva 2003/86/CE⁵⁸⁰ extrai-se que

As medidas relativas ao agrupamento familiar devem ser adoptadas em conformidade com a obrigação de protecção da família e do respeito da vida familiar consagrada em numerosos instrumentos de direito internacional. A presente directiva respeita os direitos fundamentais e

⁵⁷⁸ Directiva 2003/86/CE. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Acesso em 28/02/2019

⁵⁷⁹ Directiva 2003/86/CE. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Acesso em 28/02/2019

⁵⁸⁰ Directiva 2003/86/CE. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Acesso em 28/02/2019

observa os princípios reconhecidos, designadamente, no artigo 8º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Ora, ao impor a não aceitação do reagrupamento familiar poligâmico a Diretiva do Conselho da União Europeia afronta nitidamente o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo teor, não é demais lembrar, impõe o respeito à vida privada familiar e proíbe a ingerência da autoridade pública neste direito.

Bom lembrar, com Guido Sirianni⁵⁸¹, que

Il diritto a farsi accompagnare o a farsi raggiungere dai membri della propria famiglia costituisce il presupposto da cui dipende la possibilità per lo straniero di esercitare il proprio diritto alla vita familiare, di assolvere al diritto-dovere di educare i figli, e, per converso il diritto dei figli minori di ricevere dai genitori la necessaria assistenza. Nel suo nucleo essenziale, il diritto al ricongiungimento consiste nel riconoscimento al suo titolare della facoltà di farsi accompagnare o raggiungere dai familiari (...) ⁵⁸²

Mas não é só.

Considerando que a maioria das famílias poligâmicas são provenientes de países muçulmanos e professam essa religião – que admite a forma poligâmica de união – a não aceitação dessa condição fere, ainda que indiretamente, a liberdade de religião prevista no artigo 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Maria Chiara Locchi⁵⁸³ relata este problema

Le costituzioni e i principi costituzionali, in effetti, svolgono un ruolo ambivalente riguardo alle rivendicazioni dell'identità culturale, essendo utilizzati altresì in qualità di limiti pressoché invalicabili al riconoscimento

⁵⁸¹ SIRIANNI, Guido. **Il diritto degli stranieri alla unità familiare**. Giuffrè Editore:Milano. 2006. p. 1

⁵⁸² Tradução livre do autor: “O direito de ser acompanhado ou a ser alcançado pelos membros da própria família constitui o pressuposto sobre o qual a possibilidade de os estrangeiros exercerem o seu direito à vida familiar, para cumprir o direito e dever de educar os seus filhos, e, inversamente, o direito de filhos menores para receber a assistência necessária de seus pais. Em seu núcleo essencial, o direito à reunificação consiste em reconhecer seu titular da faculdade de ser acompanhado ou acompanhado por membros da família (...)”.

⁵⁸³ LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Carocci Editore:Roma, 2011. p. 173

di pratiche culturalmente fondate: è il caso, in particolare, di alcuni istituti riconducibili alla tradizione giuridica islamica - come il matrimonio poligamico e il ripudio- rispetto ai quali è generalizzata la chiusura degli ordinamenti europei sia in sede di determinazione dei legami familiari tutelabili attraverso il ricongiungimento familiare sia con riferimento all'ambito del diritto internazionale privato e all'individuazione del diritto straniero applicabile.⁵⁸⁴

E concludi a autora⁵⁸⁵

Rispetto al primo profilo, la Direttiva 2003/86/CE in tema di ricongiungimento familiare impedisce agli Stati di autorizzare l'ingresso del secondo coniuge quando il richiedente abbia già un coniuge convivente sul territorio; in relazione ai figli minorenni del richiedente e del secondo coniuge, inoltre, la Direttiva consente agli Stati di limitare le possibilità di ricongiungimento, poiché "il diritto al ricongiungimento familiare dovrebbe essere esercitato nel necessario rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne e di minorenni".⁵⁸⁶

No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos não há, até pelos fundamentos acima, nenhuma análise direta da validade das relações poligâmicas e da aceitação dessa modalidade de família em toda sua plenitude.

⁵⁸⁴ Tradução livre do autor: "As Constituições e princípios constitucionais, na verdade, desempenham um papel ambivalente no que diz respeito às reivindicações de identidade cultural, sendo também utilizados como limites praticamente insuperáveis para o reconhecimento de práticas culturalmente fundamentadas: é o caso, em particular, de algumas instituições atribuíveis à tradição. Lei islâmica - como casamento polígamo e repúdio - a respeito do qual o fechamento dos sistemas jurídicos europeus é generalizado tanto na determinação dos laços familiares que podem ser protegidos através do reagrupamento familiar e com referência à esfera do direito internacional privado quanto à identificação do direito estrangeiro aplicável".

⁵⁸⁵ LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Carocci Editore: Roma, 2011. p. 173

⁵⁸⁶ Tradução livre do autor: "No que se refere ao primeiro perfil, a Diretiva 2003/86 / CE em matéria de reagrupamento familiar impede que os Estados autorizem a entrada do segundo cônjuge quando o requerente já tiver um cônjuge a viver em conjunto no território; além disso, em relação aos filhos menores do recorrente e do segundo cônjuge, a directiva permite aos Estados limitar a possibilidade de reagrupamento, uma vez que 'o direito ao reagrupamento familiar deve ser exercido no respeito necessário dos valores e princípios reconhecidos pelos Estados-Membros, nomeadamente se os direitos das mulheres e menores entram em jogo' ".

Uma decisão⁵⁸⁷ interessante, no entanto, é a tomada pelo Tribunal da Função Pública da União Europeia, que reconheceu a possibilidade de divisão de pensão a dois cônjuges de uma funcionária bígama.

Apesar de ficar registrado na decisão citada no parágrafo anterior que “o facto de uma Instituição da União reconhecer a duas pessoas a qualidade de cônjuge sobrevivente de uma mesma e única antiga funcionária falecida, para efeitos da atribuição de uma vantagem pecuniária, não constitui, de modo algum, uma aceitação, nem mesmo implícita, ao nível da União, da bigamia, aceitação que seria susceptível de suscitar uma questão de compatibilidade com os princípios e normas superiores de direito, nomeadamente se cada uma das pessoas interessadas beneficiasse da totalidade da vantagem prevista para «o» cônjuge sobrevivente”⁵⁸⁸, a verdade é que se reconhece, sim, efeitos colaterais de uma relação plural, mostrando uma vez mais que regras escritas não apagarão uma realidade que de fato só aumenta, que é miscigenação cultural decorrente do fenómeno das migrações.

⁵⁸⁷ Íntegra da decisão do Tribunal da Função Pública da União Europeia disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007FJ0045_SUM>. Acesso em 28/02/2019

⁵⁸⁸ Trecho extraído da decisão do Tribunal da Função Pública da União Europeia disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007FJ0045_SUM>. Acesso em 28/02/2019

CAPÍTULO 4

A POLIGAMIA NO BRASIL

Neste capítulo será tratada a questão da poligamia no direito interno brasileiro.

Abordar-se-á, assim, não somente a questão da aplicação dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, como se fez até aqui em relação aos demais países, mas também as normas constitucionais e infraconstitucionais do direito interno do Brasil acerca do tema e as consequências jurídicas do reconhecimento de uma relação plural.

Antes, no entanto, far-se-á um breve apanhado histórico sobre a tradição monogâmica do Brasil.

4.1 A origem da tradição monogâmica no sistema jurídico brasileiro e a resistência social às famílias plurais

Não é nenhuma novidade a resistência social do mundo ocidental em geral, e do brasileiro em especial, à aceitação das famílias poligâmicas.

Focando especialmente no Brasil, esta resistência decorre, como se verá a seguir, de uma forte influência do Direito Canônico em nossa legislação civil e também a influência social dos dogmas da igreja.

O ser humano por instinto vive em sociedade. Aliás, com a maioria dos outros seres vivos ocorre o mesmo fenômeno. Esses agrupamentos sociais possuem microssistemas que são unidos mais proximamente em razão, via de regra, por vínculos afetivos. A esses microssistemas, quando se trata dos seres humanos, denominam-se famílias.

Maria Berenice Dias⁵⁸⁹ lembra que

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instituto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim, que se considera natural a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ao qual a espécie de agrupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

Pois bem. Por serem as famílias formadas justamente pela necessidade natural de agrupamento do ser humano, não seria certo dizer que a religião tem influência na sua formação. A família deveria se formar independentemente de dogmas religiosos. Elas estariam presentes ainda que a humanidade não tivesse crença alguma. A sua formação, como já disse, é natural.

Ocorre que se por um lado a formação natural da família independe da religião, por outro não há dúvida alguma que ela (a família) tem sua regulação moral calcada fortemente em preceitos por vezes ultraconservadores de ordem religiosa.

José Sebastião de Oliveira⁵⁹⁰ destaca, neste sentido, falando em relação ao conceito de direito de família em nosso país, que

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

⁵⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. P. 25

⁵⁹⁰ 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, v. 4, n. 1, 2004, p. 33-34.

Esse não é um fenômeno local. A influência da igreja (lato senso), através do Estado, nas relações familiares é observada na legislação muitos países e desde priscas eras.

Numa-Denys Fustel de Coulanges⁵⁹¹, historiador Francês, em sua vetusta obra “A cidade antiga”, editada em 1864, já alertava

Observai as instituições dos antigos, sem atentar para suas crenças; achá-las-eis obscuras, bizarras, inexplicáveis (...) Mas, à frente dessas instituições e dessas leis, colocai as crenças, e os fatos tornar-se-ão claros e sua explicação tornar-se-á evidente.

Realmente, existem normas que se observadas fora de um contexto religioso, perdem completamente a razão. De outra banda, analisando a época e a crença do local onde ela foi editada, a mesma norma passa a ter sentido e ser compreensível.

No campo do Direito de Família isso é muito presente.

Ficando somente dentro das fronteiras deste país, sabe-se que no período colonial Brasileiro, as pessoas vindas da Europa e que por aqui aportavam para colonizar estas terras tinham forte costume de formar suas famílias de acordo com os ditames da igreja Católica, obedecendo as rígidas regras do Concílio de Trento, que nada mais foi que uma resposta da igreja católica à reforma Protestante, como esclarece Marcos Alves da Silva⁵⁹²

O concílio de Trento, instalado em 13.12.1545, estendeu-se por quase duas décadas. Representou uma resposta à reforma Protestante Seus decretos expressam as máximas da chamada contrarreforma.

É exatamente aí, nas regras tridentinas, que reside o formato de família que nosso povo adotou como sendo o modelo de padrão moral, ou seja, a família monogâmica heteroaferiva, formada então por um homem, uma mulher e sua prole. Qualquer modelo diverso afronta, portanto, as regras não só da igreja, mas também as normas civis, que igualmente encontram base no Direito Canônico.

⁵⁹¹ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961. p 8-9

⁵⁹² SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**. Curitiba:Juruá. 2013. P. 68-69

O mesmo Marcos Alves da Silva⁵⁹³ giza que

Para a compreensão da regulação jurídica do casamento no Brasil e da consagração do princípio da monogamia como ingrediente estruturante do estatuto jurídico da família é imprescindível tomar em consideração o regramento tridentino. O Concílio de Trento constitui referencial importante porque condensou e sistematizou o pensamento da igreja católica em relação ao matrimônio e sua repercussão alongou-se por séculos⁵⁹⁴

De fato, quando se fala em formação de família e de influência da igreja, chega-se a outra categoria que com a família tem estreita ligação, mas que com ela não se confunde (ou não deveria se confundir), qual seja, o casamento. Sobre o casamento e o Concílio de Trento, Orlando Gomes é taxativo:

O Concílio de Trento, de 1545 a 1563, estatui normas que influenciaram de modo decisivo na evolução do instituto do casamento. São de origem canônica muitas disposições legais consagradas nos Códigos, como, por exemplo, as que disciplinam os impedimentos matrimoniais. A noção de casamento nulo, a consolidação da monogamia...⁵⁹⁵

Pois bem. Viu-se que os colonizadores vieram ao Brasil Colônia e aqui formavam suas famílias com base nas regras estabelecidas na Europa, regras essas que eram baseadas em sua totalidade, no que tange ao casamento, nos ditames do Concílio de Trento.

Mas o que diz o Concílio de Trento acerca de casamento e família?

Toda a matéria relativa a matrimônio no Concílio de Trento encontra-se na sua Sessão XXIV, que é dividida em XII Cânones, que assim foram redigidos

Cânones do Sacramento do Matrimônio

Cân. I - Se alguém disser que o Matrimônio não é verdadeiro e propriamente um dos sete Sacramentos da lei Evangélica, instituído por Cristo nosso Senhor, porém, inventado pelos homens na Igreja, e que não confere a graça, seja excomungado.

⁵⁹³ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**. Curitiba:Juruá. 2013. P. 68-69

⁵⁹⁴ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**. Curitiba:Juruá. 2013. P. 68

⁵⁹⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed., Rio de Janeiro:Forense, 2000. p. 67.

Cân. II - Se alguém disser que é lícito aos cristãos ter ao mesmo tempo muitas mulheres, e que isto não está proibido por nenhuma lei divina, seja excomungado.

Cân. III - Se alguém disser que apenas os graus de consanguinidade e afinidade que se expressam no Levítico, podem impedir o matrimônio e extinguir o que já está contraído, e que não pode a Igreja dispensar em alguns daqueles ou estabelecer que outros muitos impeçam e extingam, seja excomungado.

Cân. IV - Se alguém disser que a Igreja não pode estabelecer impedimentos que dirimam o Matrimônio ou que errou em estabelecê-los, seja excomungado.

Cân. V - Se alguém disser que se pode dissolver o vínculo do Matrimônio pela heresia ou coabitação desgostosa ou ausência fingida do consorte, seja excomungado.

Cân. VI - Se alguém disser que o Matrimônio de pouco tempo, mas não consumado, não se extingue por votos solenes de religião de um dos consortes, seja excomungado.

Cân. VII - Se alguém disser que a Igreja erra quando ensina, segundo a doutrina do Evangelho e dos Apóstolos, que não se pode dissolver o vínculo do Matrimônio pelo adultério de um dos consortes, e quando ensina que nenhum dos dois, nem mesmo o inocente que não deu motivo ao adultério, pode contrair outro matrimônio, vivendo com outro consorte, e que cai em fornicção aquele que casar com outra, deixada a primeira por ser adúltera, ou a que deixando ao adúltero se casar com outro, seja excomungado.

Cân. VIII - Se alguém disser que erra a Igreja quando decreta que se pode fazer por muitas causas a separação do leito, ou da coabitação entre os casados por tempo determinado ou indeterminado, seja excomungado.

Cân. IX - Se alguém disser que os clérigos ordenados de ordens maiores ou os regulares que fizeram promessa solene de castidade, podem contrair Matrimônio, e que é válido aquele que tenham contraído sem que lhes proíba a lei eclesiástica nem o voto, e que ao contrário não é mais que condenar o Matrimônio, e que podem contraí-lo todos os que sabem que não tem o dom da castidade, ainda que a tenham prometido por voto, seja excomungado, pois é constante que Deus não recusa aos que devidamente Lhe pedem este Dom, nem tampouco permite que sejamos tentados mais que podemos.

Cân. X - Se alguém disser que o estado de Matrimônio deve ser preferido ao estado de virgindade ou de celibato, e que não é melhor nem mais feliz manter-se em virgindade ou celibato que casar-se, seja excomungado.

Cân. XI - Se alguém disser que a proibição de celebrar núpcias solenes em certos períodos do ano é uma superstição tirânica emanada das

superstições dos gentios, ou condenar-se as bênçãos e outras cerimônias que usa a Igreja nos Matrimônios, seja excomungado.

Cân. XII - Se alguém disser que as causas matrimoniais não pertencem aos juízes eclesiásticos, seja excomungado.

Uma leitura, ainda que perfunctória, das disposições acima, mostra o rigorismo e o conservadorismo com que é tratado o casamento no Concílio de Trento, o que se explica quando se recorda que ele foi editado no Século XVI.

Para este trabalho, importa a regra absoluta da monogamia prevista no Cânone II, que prevê, como se viu alhures, que se “alguém disser que é lícito aos cristãos ter ao mesmo tempo muitas mulheres, e que isto não está proibido por nenhuma lei divina, seja excomungado.”

Ora, não é novidade a força que a igreja católica tinha (e ainda tem, mas em muito menor escala) na formação da legislação secular. Bem por isso, como descreve John Gilissen⁵⁹⁶

Para reagir contra a reforma, a igreja toma, no Concílio de Trento, medidas importantes para transformar a sua concepção de casamento. Pelo Decreto Tametsi, de 1563, o casamento torna-se um contrato solene, ou seja, exigindo o respeito de certas formalidades para ser válido.

(...)

A aplicação do decreto Tametsi foi muito diferente de país para país. Em Itália, em Espanha e em Portugal, os decretos do Concílio de Trento foram facilmente recebidos e aplicados; o mesmo aconteceu na Bélgica até o edicto de José II (1784).

Especificamente em relação aos nossos colonizadores Lusitanos, a recepção das rigorosas regras matrimoniais do Concílio de Trento foi de tal ordem que “D. João II e o Cardeal D. Henrique, que era seu irmão, fizeram circular, em Portugal, as diretrizes tridentinas mais de dez anos antes de o Papa confirmar os decretos do Concílio”.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 573.

⁵⁹⁷ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**. Curitiba:Juruá. 2013. p. 77

O respeito ao Direito Canônico, representado, no Século XVI, em Portugal, pelas normas do Concílio de Trento, associaram-se às normas expostas nas Ordenações Filipinas, que eram

[...] uma compilação jurídica marcada pelas influências do Direito Romano, Canônico e Germânico, que juntos constituíam os elementos fundantes do Direito Português. E como não poderia deixar de ser, foram forçadas em tom patriarcalista e patrimonialista.

A fase do Brasil-Colônia caracteriza-se pela aplicação das Ordenações Filipinas, legislação Portuguesa que já era, no dizer de Coelho da Rocha, 'atrasada, retrógrada', mantendo em vigor, na época moderna, regras do século XV. Trazidas para o Brasil, consolidou-se aqui esse atraso.(AMARAL, 2003, p. 126)

Foram compiladas durante os reinados de Filipe I e Filipe II e publicadas no ano de 1603. Vigeram desde o início do século XVII até a proclamação da independência brasileira em 1822. Regeram o ordenamento jurídico privado no Brasil por mais de 300 anos, portanto. Foi quando, finalmente, o Direito privado brasileiro teve que se emancipar e trilhar rumo próprio.⁵⁹⁸

Marcos Alves da Silva⁵⁹⁹ destaca ser “necessário ainda referir que as Ordenações, especialmente, as Filipinas, não se distanciaram do firme desiderato de conceder poderes à igreja, mormente, em matéria matrimonial”.

Note-se, portanto, que até aqui viu-se que os colonizadores do Brasil aqui chegaram regulando as relações familiares baseado em normas absolutamente alinhadas com as regras do Concílio de Trento, as quais serviram de base para as Ordenações Filipinas, que era a norma vigente no início da história deste país.

É cediço que o Brasil se tornou independente em 1822, mas tal independência não representou de imediato uma ruptura com as normas dos colonizadores Portugueses. Tanto é assim que Lei de 20 de outubro de 1823⁶⁰⁰, em seus artigos 1º e 2º, determinavam a aplicação das normas em vigor no Brasil Colônia até que outras não fossem editadas, nestes termos

⁵⁹⁸ RODRIGUES, Renata de Lima. **As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 03 de abril de 2009.

⁵⁹⁹ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**. Curitiba:Juruá. 2013. p. 81

⁶⁰⁰ Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em 28/03/2019

Art. 1o As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Art. 2o Todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabella junta, ficam igualemnte valiosos, emquanto não forem expressamente revogados.

Paço da Assembléa em 27 de Setembro de 1823.

Essa situação de submissão das normas seculares às regras Tridentinas, que na Europa, sobretudo na França, começou a ruir com vagar a partir da Revolução Francesa, perdurou no Brasil pelo menos até 1890/91, com a primeira Constituição da República e com a entrada em vigor do Decreto 181.

A submissão do Estado perante a Igreja Católica em nosso país era tal que, como descreve Marcos Alves da Silva⁶⁰¹

Se na França o liame entre a Igreja e o Estado em matéria matrimonial é perceptível, no Brasil, pelas peculiaridades da tardia proclamação da República, este vínculo foi muito mais notável. Basta lembrar que até 1891, quando foi promulgada a primeira Constituição Republicana, o controle e registro da vida civil estavam nas mãos da igreja católica. Todos os registros de nascimento (batismo), casamento e morte eram realizados pela Igreja. O Estado brasileiro Imperial jamais manteve registro civil. Estas situações reguladas e controladas pela Igreja geravam efeitos de natureza jurídica relativos à propriedade, meação e herança. A Igreja acabava por determinar a validade e a eficácia de muitos atos civis. Em última instância, no Brasil Império, o poder eclesiástico é que detinha a palavra sobre o status jurídico das pessoas.

Significativa mudança ocorreu, como já se disse acima, com a edição do Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que regulou o casamento civil em nosso país.

⁶⁰¹ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**. Curitiba:Juruá. 2013. p. 85

Esta norma instituiu o casamento civil colocando-o como o único válido no Brasil, tirando esta prerrogativa do casamento canônico, como se observa pela redação dos artigos 108 e 109 do referido decreto 181/90⁶⁰²

Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brazil, si o forem de accordo com as suas disposições.

Parapho unico. Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião delles.

Art. 109. Da mesma data por diante todas as causas matrimoniaes ficarão competindo exclusivamente á jurisdição civil. As pependentes, porém, continuarão o seu curso regular, no fôro ecclesiastico.

Note-se que mesmo inovador para a época, o decreto 181 não se afastou das normas básicas do casamento canônico, apesar de nomeá-lo como civil. Tanto é assim que lá estava presente, também, a monogamia como imposição estatal, prevendo o artigo 7º, parágrafo segundo, que

Art. 7º São prohibidos de casar-se:

(...)

§ 2º As pessoas que estiverem ligadas por outro casamento, ainda não dissolvido.

A constituição de 1891, em seu artigo 72, § 4º, refirmou que o casamento era civil e, no mesmo artigo, mas no § 7º, estabeleceu que “nenhum culto ou igreja gozará de subvenção official, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados”.

Daí para frente, não importa sob a égide de qual Constituição, nem sob a submissão de qual norma ordinária, as regras referentes ao casamento e à constituição de famílias sempre tiveram os mesmos contornos delineados pela Igreja Católica no Concílio de Trento.

⁶⁰² Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm>. Acesso em 29/08/2017

Ainda que constitucionalizada no início da vida independente do nosso País a separação Igreja/Estado, o fato é que a formação das famílias sempre seguiu as normas canônicas, reproduzindo as leis seculares os ditames da igreja, dentre elas a monogamia.

Tal situação perdura até hoje. O Código Civil de 2002 ainda traz, em seu bojo, normas relativas ao casamento semelhantes às aquelas estampadas no Código Civil de 1916. Este, por sua vez, segundo Arnold Wald⁶⁰³, era bem estruturado mas manteve, “num estado laico, uma técnica canônica e, numa sociedade evoluída do século XX, o privatismo doméstico e o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações”.

Eis aí, então, a tradição monogâmica do Brasil. Normas de Direito Canônico incorporadas em na legislação Civil e princípios religiosos incutidos na sociedade desde os tempos do descobrimento.

Feito este resumo histórico para a contextualização da questão da monogamia/poligamia no Brasil, analisa-se, em seguida, a aplicação da regra geral do direito dos estrangeiros neste país.

4.2 Aplicação das regras dos Direitos dos Estrangeiros no direito interno Brasileiro

Viu-se, nos capítulos precedentes, que a escolha do modelo familiar se encontra dentro da esfera do direito pessoal de cada um e, portanto, é um direito fundamental protegido pelos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

Concluiu-se, ainda, que os países aderentes a estes Tratados internacionais de Direitos Humanos têm sua soberania relativizada e, mais especificamente no que tange à escolha do arranjo familiar, estão obrigados a respeitar a escolha feita pelos estrangeiros que migram para dentro do seu território, seja essa migração voluntária ou forçada.

⁶⁰³ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P.

O caso do Brasil, obviamente, não é diferente dos demais.

O Brasil depositou sua Carta de Adesão ao Pacto de San José da Costa Rica em 25 de setembro de 1992 e, em 06 de novembro do mesmo ano, o vice-presidente Itamar Franco, então no exercício da Presidência da República, através do decreto 678, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nestes termos

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74;

Considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea D, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado".

Com a adesão e ratificação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil obriga-se a respeitar, em todos os seus termos, as suas disposições e, como consequência insuperável, tem que aceitar a escolha do modelo familiar dos estrangeiros provenientes de nações poligâmicas que adentrarem ao país, seja na condição de migrante voluntário, seja na de deslocado forçado (refúgio, asilo ou deslocado ambiental).

Relatou-se, anteriormente, mas não custa lembrar, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já registrou que não existe um modelo familiar padrão. Ao revés, disse, textualmente, na Opinião Consultiva nº 24, que uma interpretação restritiva do conceito de "família" frustraria o objeto e o objetivo da Convenção Americana dos Direitos do Homem que tem como propósito a proteção dos direitos fundamentais do ser humano, sem distinção. Por estas razões, disse a Corte, que o conceito de família deve ser feito de maneira flexível e abrangente protegendo as diversas formas de família, inclusive as poligâmicas.⁶⁰⁴

Assim, aplicando-se a lógica dos fundamentos já alinhados neste trabalho, o Brasil deve acatar a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de violação do Pacto de San José da Costa Rica, ficando, se isso ocorrer, vulnerável à aplicação das sanções correspondentes.

Caso desrespeite o Direito Fundamental de livre escolha do modelo familiar das pessoas, submete-se o país ser alvo de processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos podendo ser condenado não só a fazer cessar a violação, como também a pagar indenização para as vítimas, que tem inclusive o direito de executar aqui dentro do Estado Brasileiro essa sentença condenatória, sem a necessidade de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme anota Valério Mazzuoli⁶⁰⁵

Segundo a nossa concepção, as sentenças proferidas por tribunais internacionais dispensam homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso específico das sentenças proferidas pela Corte Interamericana não há que se falar na aplicação da regra contida no art. 105, I, i, da Constituição, repetida pelo art. 961 do CPC, que dispõe que "A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de **sentença estrangeira** ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado." (grifo nosso). Sentenças proferidas por "tribunais internacionais" não se enquadram na roupagem de sentenças estrangeiras a que se referem os dispositivos citados. Por sentença estrangeira se deve entender aquela proferida por

⁶⁰⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva nº 24. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 11/03/2019

⁶⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016. P. 975.

um tribunal afeto à soberania de determinado Estado, e não a emanada de um tribunal internacional que tem jurisdição sobre os Estados.

Além da clara obrigação decorrente da adesão voluntária do país ao Pacto de San José da Costa Rica, como mostrou-se anteriormente, o Brasil ainda contém norma interna que dispõe exatamente sobre os direitos e deveres do Migrante. Trata-se da Lei 13.445, de 24 de maio de 2017⁶⁰⁶, de onde também se extrai a necessidade do respeito à eventual condição de polígamo dos migrantes.

De fato, o artigo 3º, incisos I, VIII e XVIII, da já citada Lei 13.445/17⁶⁰⁷, estabelecem

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;

(...)

VIII - garantia do direito à reunião familiar;

(...)

XVIII - observância ao disposto em tratado;

(...)

Ora, ao adotar, o Brasil, como Princípios em sua lei específica sobre migrações a “universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” e a “observância ao disposto em tratado”, nada mais faz do que reforçar a absoluta e insuperável vinculação do país às normas de Direito Internacional Convencional já citada acima, exigindo a aceitação da condição familiar dos migrantes, ainda que se trate de famílias plurais.

Na mesma linha de raciocínio, violaria frontalmente o Princípio da Garantia de reunião familiar, insculpido no inciso VIII supracitado, a eventual

⁶⁰⁶ Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>>. Acesso em 14/03/2019

⁶⁰⁷ Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>>. Acesso em 14/03/2019

exigência do Brasil para que o migrante escolhesse, por exemplo, apenas uma de suas duas esposas e desprezasse a outra, juntamente com eventual prole, não permitindo a permanência em território Brasileiro de todo o agrupamento familiar poligâmico legalmente estabelecido no país de origem do migrante.

Mas não é só.

O artigo 4º, incisos I e III, e § 1º, também da Lei 13.445/17⁶⁰⁸, dispõem que

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;

(...)

III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;

(...)

As normas acima reforçam os princípios trazidos no artigo 3º, ao reeditarem as garantias de liberdades civis, sociais e culturais dos migrantes e, sobretudo, a garantia de reunião familiar.

Além das claras disposições acima, o artigo 5º, inciso V, da Lei 13.684/18⁶⁰⁹, que dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, estabelece textualmente que estas medidas visam a ampliação das políticas de garantia dos direitos humanos.

⁶⁰⁸ Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>>. Acesso em 14/03/2019

⁶⁰⁹ Lei 13.684/18. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13684-21-junho-2018-786881-publicacaooriginal-155890-pl.html>>. Acesso em 14/03/2019

Acerca da relevância dos Direitos Humanos como normas e valores universais, Maria Rosaria Marella e Giovani Marini⁶¹⁰ assinalam que

I diritti umani costituiscono il simbolo dell'idea stessa di diritto che opera su basi universali, al tempo stesso naturale e positivo. I diritti umani come norme, come valori o come linee di policy sono oggi potenzialmente rilevanti in ogni tipo di controversia, anche all'interno del diritto di famiglia. Di più: essi costituiscono un momento fondamentale nella costruzione di una sorta di diritto di famiglia globalizzato, in un certo senso aprendo una nuova fase di occidentalizzazione del diritto dopo quella inaugurata dall'imperialismo del Diciannovesimo secolo e continuata con la diffusione del pensiero sociale.⁶¹¹

Mas não é só por estas razões que o Estado Brasileiro está obrigado a aceitar as relações poligâmicas dos estrangeiros.

É que, consoante o estatui o parágrafo primeiro, do artigo 4º, da Lei 13.445/17⁶¹², “os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, (...), e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte”.

Ora, como se verá adiante, a Constituição da República Federativa do Brasil recepciona o modelo de família plural. Deve esse arranjo, então, ser aceito não só aos estrangeiros como também aos Brasileiros indistintamente, e é isso que será abordado daqui em diante.

4.3 Famílias plurais da Constituição – A plena liberdade na formação dos arranjos familiares

⁶¹⁰ MARELLA, Maria Rosaria. MARINI, Giovanni. **Di cosa Parliamo quando parliamo di famiglia**. 5ª edição. Editora Laterza: Roma-Bari. 2018. p. 41/42

⁶¹¹ Tradução livre do autor: “Os direitos humanos são o símbolo da própria ideia de lei que opera em bases universais, ao mesmo tempo naturais e positivas. Os direitos humanos como normas, como valores ou como linhas de política são hoje potencialmente relevantes em qualquer tipo de disputa, mesmo dentro do direito da família. Mais: constituem um momento fundamental na construção de uma espécie de direito familiar global - em certo sentido, abrindo uma nova fase de ocidentalização da lei após a inauguração do imperialismo do século XIX e continuou com a disseminação do pensamento social”.

⁶¹² Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>>. Acesso em 14/03/2019

Fruto da evolução constante da sociedade, que experimenta valores e princípios mais liberais, o conceito de família ganhou novos contornos e, como consequência, outras formas de entidade familiar surgiram e começaram a ser aceitas social e juridicamente, não obstante a forte resistência de alas mais conservadoras.

A nova visão da família, no pós-modernismo, foi bem traçada por Jeni Vaitsman⁶¹³, para quem

Ao valorizar as experiências particulares de grupos e indivíduos, as tendências pós-modernas rejeitam qualquer ideia de totalidade, desde a concepção de uma história universal da humanidade até o domínio de um único estilo ou solução técnica. Quando se fala em pós-moderno, seja na arte, na arquitetura, na cultura, no texto literário, na economia, na política ou na família, está se falando da aceitação da coexistência e da mistura de códigos e de mundos, do reconhecimento da heterogeneidade que existe na sociedade contemporânea; mas sobretudo de uma heterogeneidade que agora se quer reconhecida como legítima. No pós-modernismo, a pluralidade, o particular e local contrapõem-se à ideia de unidade, de geral e de universal, que constituem o eixo do modernismo.

No mesmo sentido Luiz Edson Fachin⁶¹⁴ ressalta essa transformação das famílias, vinculando-as às mudanças da própria sociedade, ao dizer que é “inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”.

De fato, não é novidade que a família do início do século passado era patriarcal, hierarquizada e baseada quase que exclusivamente na procriação e na assistência à prole, essa em regra numerosa. Essa família, para ter a proteção legal ampla, deveria seguir as normas de direito, ou seja, deveria ser a família matrimonial heteroafetiva. Não se cogitava em famílias formadas pelo

⁶¹³ VAITSMAN, Jeni. **Flexíveis e plurais – identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 43

⁶¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 11

afeto. Família não era fato, era só direito. O casamento, assim, deveria ser o Civil e só dessa forma uma família era formada.

Obviamente que outros tipos de família existiam, de fato, na sociedade. Assim, não há dúvida, por exemplo, que vários casais homoafetivos tinham vida em comum, como se casados fossem. Ocorre que a resistência social fazia dessas relações ato clandestino e sem qualquer proteção jurídica aos seus membros. Eles eram um “nada jurídico”. Eram invisíveis à luz do Direito, mesmo que plenamente visíveis no seio da sociedade.

A entrada em vigor da Constituição Federal Brasileira de 1988 foi o ponto de partida para o reconhecimento de outras formas de família. Primeiro porque o próprio Constituinte inseriu, no texto da Carta Magna, a União Estável⁶¹⁵ e a Família Monoparental⁶¹⁶ que, com a família matrimonial, passaram a formar os três arranjos com proteção constitucional expressos.

Mas não é só. Além disso, a Constituição trouxe em seu bojo o princípio da afetividade implícito, o que deu azo ao reconhecimento, como entidade familiar, da formação de pessoas ligadas por relações afetivas.

Neste norte, Paulo Lôbo⁶¹⁷ relata que o Princípio da Afetividade é que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida”. E continua dizendo que tal princípio

Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais.⁶¹⁸

⁶¹⁵ Art. 226...§ 3º, da Constituição Federal do Brasil: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁶¹⁶ Art. 226...§ 4º, da Constituição Federal do Brasil: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

⁶¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**, vol. 5. São Paulo:Saraiva Jur, 2018. P. 70

⁶¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**, vol. 5. São Paulo:Saraiva Jur, 2018. P. 70

Na mesma senda, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁶¹⁹ ressalta que

A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.

Mas obviamente que não basta só a relação ser afetiva para se caracterizar como família.

Além da afetividade, a família moderna deve ser também estável e pública, ou seja, não pode ter feições clandestinas. Anderson Schreiber⁶²⁰ doutrina que

Embora reconhecendo o caráter aberto do fenômeno familiar, os juristas têm procurado apontar traços conceituais distintivos, que permitiram extremar as entidades familiares de outras formas de convívio que seriam estranhas à noção (ou às noções) de família. Assim, como requisitos imprescindíveis à configuração de uma entidade familiar, a doutrina tem mencionado: (i) a afetividade; (ii) a estabilidade; e (iii) a ostentabilidade.

Presentes a afetividade, a estabilidade e a publicidade, um outro elemento é fundamental para a formação de uma família: a vontade de constituí-la. Esta vontade se traduz no desejo efetivo de os componentes formarem um arranjo familiar, no chamado *intuito familiae*. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal⁶²¹, ao tratar dos requisitos da União Estável, explicam que

(...) é o *intuito familiae*, também chamado de *affectio maritalis*, que distingue a união estável de outras figuras afins, como, por exemplo, um namoro prolongado, afinal os namorados não convivem como se estivessem enlaçados pelo matrimônio. Também aparta a união estável de um noivado, pois neste as partes querem, um dia, estarem casadas,

⁶¹⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. P. 211

⁶²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 299

⁶²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. 10 ed. Salvador:Juspodivm, 2018. P. 483

enquanto naquela os companheiros já vivem como casados. Neste passo, mesmo que presentes, eventualmente, em um namoro ou em um noivado, algum, ou alguns dos requisitos caracterizadores da união estável, sendo ausente o ânimo de estar vivendo uma relação nupcial, como se casados fossem, não se caracterizará a entidade familiar e, via de consequência, não decorrerão efeitos pessoais ou patrimoniais.

Bem se vê, pois, que a formação da família moderna prescinde da formalidade do casamento civil tradicional. Ela se forma não pelo documento, não pelo direito, mas sim pelo fato, pela presença da vontade dos envolvidos, da publicidade da união e da estabilidade do relacionamento.

Visto deste ângulo, fácil compreender que a Constituição Federal de 1988 abriu um leque não taxativo de possibilidades de formação de arranjos familiares, na medida em que desvinculou de forma inarredável a família da solenidade do matrimônio civil.

Dimas Messias de Carvalho⁶²² diz que

A Constituição Federal, ao eleger como princípio a liberdade de planejamento familiar e o pluralismo de entidades familiares, sem distinção ou hierarquia, todas merecedoras de proteção estatal, alargou o conceito de família, que não ocorre mais apenas no modelo jurídico do casamento, que se constitui previamente pela celebração, ou na filiação biológica. Também se constitui pela situação de fato, consistente na convivência socioafetiva, no querer recíproco de seus membros nucleares em ser família, de desenvolver um projeto de vida em comum, independentemente de qualquer ato formal de constituição.

Nesta mesma linha de raciocínio, Maria Berenice Dias⁶²³ destaca que “a vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana”.

E continua dizendo que

⁶²² CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 6 ed.. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. P. 44

⁶²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 36

A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vem sendo improvisadas em torno da necessidade – que não se alterou – de criar filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem.⁶²⁴

Assentindo com o entendimento acima, Tartuce⁶²⁵ defende que “diante desses novos modelos de família é que se tem entendido que a família não pode se enquadrar numa moldura rígida, em um suposto rol taxativo (numerus clausulus), como aquele constante do Texto Maior. Em outras palavras, o rol constante do art. 226 da CF/1988 é meramente exemplificativo (numerus apertus) ”.

Mas não é só a doutrina que entende que o rol das possibilidades de formações familiares é exemplificativo no bojo da Constituição do Brasil, e que todo tipo de formação familiar pública, estável e provida de *intuite familiae* é aceita e merece a proteção estatal. O próprio Supremo Tribunal Federal, intérprete da Constituição da República, já assentou textualmente tal posicionamento.

De fato, ao julgar, em conjunto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF⁶²⁶, que tratavam da legalidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo, a Corte Suprema do Brasil, em decisão da relatoria do Ministro Ayres Britto, decidiu que

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988,

⁶²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 36

⁶²⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 5. 9ª ed.. São Paulo:Método, 2014. Pág. 38

⁶²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 12/03/2019

ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

No corpo de sua decisão, o relator deixa claro que a família, para receber a proteção Constitucional, prescinde da quantidade e qualidade dos seus membros. Diz ele que

a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.⁶²⁷

Todos estes fundamentos usados pelo Supremo Tribunal Federal mostram, às escâncaras, que qualquer modelo familiar honesto, baseado na boa-fé, no afeto, na publicidade e na estabilidade deve e tem que ser reconhecido como família em toda sua plenitude, com a proteção e as garantias que são destinadas às formas mais tradicionais de arranjo familiar, como é, por

⁶²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadornet/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 12/03/2019

exemplo, a matrimonial. Nesta categoria se encontra, sem dúvida, a família poligâmica.

Ao responder ao questionamento “o que caracteriza, do ponto de vista ontológico, uma família?”, o relator da ação acima citada conclui

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.⁶²⁸

Fundado nesta realidade bem traçada pelo Supremo Tribunal Federal, de ampla liberdade na formação de qualquer tipo de arranjo familiar, vários tipos de família hoje existem em nosso país, como se mostrará a seguir.

4.3.1 – Inconstitucionalidade do crime de bigamia e do impedimento matrimonial do artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil

Antes de falar sobre os tipos de família no Brasil, imprescindível abordar a questão relativa a (in)constitucionalidade dos dois dispositivos legais em vigor no Brasil que impedem/penalizam a poligamia.

O primeiro é o artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil, que dispõe, ao tratar dos impedimentos matrimoniais, que não podem casar as pessoas casadas. Este artigo, à toda evidência, sucumbe quando se sabe que a Constituição da República agasalha todas as formas de família, inclusive a Poligâmica, como exhaustivamente se tratou acima. A questão se resolve facilmente no campo da hierarquia das normas, onde a Constituição encontra lugar no topo, acima, portanto das leis ordinárias, como é o Código Civil.

⁶²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 12/03/2019

Rafael da Silva Santiago⁶²⁹ lembra, ainda, que

O fato de a monogamia ser a identidade relacional que conta com um maior número de adeptos na sociedade ocidental só serve para se definir estatísticas. Não é possível impedir que praticantes do poliamor – dotados de dignidade, liberdade, autonomia e autodeterminação afetiva – vivenciem uniões estáveis ou matrimônios a partir do simples fundamento de esse não ser o padrão dominante de relacionamentos no mundo ocidental. Diante desse cenário, tal impedimento à constituição de união estável ou de casamento deve ser considerado inconstitucional

Não haveria qualquer inconstitucionalidade no artigo supracitado se sua redação fosse “não podem casar as pessoas casadas não autorizadas pelo cônjuge do matrimônio anterior”. Aí sim, estar-se-ia vedando uma segunda união mas não pela pluralidade dos seus membros, mas sim em razão da sua clandestinidade e má-fé, pois se trataria de adultério.

Além da proibição civil do casamento de pessoas casadas, outra norma infraconstitucional brasileira que penaliza a poligamia (nesse caso denominado bigamia) é o artigo 235 do Código Penal, que prevê

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

Trata-se do crime de bigamia, que no Brasil está tipificado desde as Ordenações Filipinas. De fato, o livro V, título XIX, da Ordenações previa que

Todo homem que sendo casado e recebido uma mulher, e não sendo o matrimônio julgado por inválido per juízo da Igreja, se com outra casar, morra por isso, dando em seguida, igual tratamento ao ato praticado por mulher.

E esta mesma pena haja toda mulher que dois maridos receber, e com eles casar pela sobredita maneira...

⁶²⁹ SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do Direito Civil-Constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor**. Dissertação de Mestrado do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasil. UNB, Brasília, 2014.

Questiona-se de início, também neste caso: como pode o Código Penal criminalizar um tipo de família se a Constituição da República, norma de hierarquia superior, admite a sua formação?

Ora, muito claro está, que o supracitado artigo 235, do Código Penal, padece de clara inconstitucionalidade, ao tipificar como crime um tipo de família cuja formação a Carta Magna alberga e lhe dá proteção.

Não custa lembrar que o bem jurídico tutelado pelo crime de bigamia é a própria família. Ocorre que Código Penal Brasileiro é de 1940, época em que o conceito de família era muito diverso do atual. É desarrazoado estagnar a norma penal à interpretação dos modelos de família da época em que ela foi editada.

Assim, basta que se atualize o conceito de família, dando-lhe a extensão que a Constituição da República reconhece, que se verá o quão absurdo se mostra o entendimento segundo o qual o crime de bigamia ainda existe.

Giselda Hironaka⁶³⁰ diz que

Os mecanismos do Direito Penal postos à disposição da asseguuração desta proteção incumbida ao Estado, portanto, devem ver e entender o conceito de família tal qual ele se apresenta hoje, reescrito em múltiplos modelos, para além do tradicional modelo matrimonializado e patriarcalista, como por exemplo, a família informal, a família monoparental, a família anaparental, a família hetero ou homoafetiva, a família biológica ou socioafetiva, a família mosaico ou reconstituída, entre tantos outros arranjos familiares. Esta é a nova feição da família: plural, democrática, igualitária, afirmando-se o seu caráter instrumental e tornando-se meio de promoção da pessoa humana, à busca de seu projeto pessoal de felicidade. A família eudemonista, enfim.

Outro ponto interessante de se observar é a incoerência do legislador ordinário, que revogou⁶³¹, em 2005, o crime de adultério, mas manteve como tipo penal a bigamia. Como entender que o legislador possa achar menos reprovável uma traição, um ato de má-fé, como o adultério, do que um casamento bígamo,

⁶³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de família e sua organização jurídica**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 71.

⁶³¹ Lei nº 11.106/2005

que pode até ser realizado com o consentimento de todos os envolvidos na família plural?

Mas não é só.

Não há divergência quanto ao fato de que a bigamia no Brasil só se consuma com a celebração do segundo casamento civil. Duas uniões estáveis, ou um casamento e uma união estável, não caracterizam o crime. É que o artigo 235, do Código Penal, claramente fala em casamento e, como se sabe, não se pode dar interpretação extensiva à uma norma de Direito Penal para criar crime. Montalvão⁶³² lembra que é “permitido no Direito Penal tudo aquilo que não for expressamente proibido. Logo, quando o legislador quer proibir o faz de modo limpidamente descrito para que o agente, de antemão, conheça as consequências dos seus atos”.

Essa distinção não encontra amparo Constitucional. Se todos são iguais perante a lei, como se pode punir aquele que casa duas vezes e não punir aquele que mantém duas uniões estáveis, se a situação fática dos dois é rigorosamente a mesma? Como ser mais rigoroso com aquele que legaliza formalmente as uniões, e menos rigoroso com aquele que mantém igualmente dois liames afetivos sem as formalidades exigidas para o casamento?

Já se disse lá no primeiro capítulo que poligamia é poligamia. Seja de direito ou de fato. O que caracteriza a família não é o formalismo de um casamento civil. O que a caracteriza são as relações de afeto entre seus membros, dotadas de lealdade e boa-fé.

Neste sentido Vacchiatti⁶³³ ressalta que

(...) considerando que o princípio da igualdade veda diferenciações jurídicas desprovidas de fundamentação lógico-racional que as justifiquem com base nos critérios diferenciadores erigidos, entendemos ser inconstitucional a criminalização da bigamia (art. 235 do Código Penal) e também inconstitucional o impedimento matrimonial ao casamento civil entre pessoas casadas (artigo 1.521, VI, do Código Civil), por inexistente motivação lógico-racional que justifique a negativa de

⁶³² MONTALVÃO, Marcel Maia. União estável e o Direito Penal. *In* Revista da Esmese, nº 06, p. 163

⁶³³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida.** *Revista Libertas*. n. 2, jul./dez., 2016

reconhecimento jurídico às famílias conjugais poliafetivas que não gerem a opressão de um cônjuge relativamente ao (s) outro (s).

Por todas estas razões, mostram-se inconstitucionais a vedação prevista no artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil, e o crime de Bigamia previsto no artigo 235, do Código Penal.

4.4 Tipos de família no Direito Brasileiro

Como se demonstrou, a Constituição da República agasalha como ente familiar legítimo todo o arranjo honesto, ostensivo e formado pelo afeto.

Fulcrado neste entendimento, vários tipos de família já foram reconhecidos doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil, como se verá agora.

4.4.1 Família Matrimonial.

Família Matrimonial é aquela fruto do casamento civil, ou, em outras palavras, decorrente do matrimônio. Era a única reconhecida no ordenamento jurídico Brasileiro até a entrada em vigor da Constituição Federal, em 1988.

Até 2011 não se cogitava em outra forma de matrimônio que não fosse aquele contraído por pessoas de sexos diferentes. A grande mudança neste tipo de família (a matrimonial) ocorreu a partir de 05/05/2011, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional o não reconhecimento da união estável homoafetiva, através do julgamento das ações já mencionadas acima.⁶³⁴

Aplicando-se o mesmo entendimento sufragado pela Corte Constitucional Brasileira para a União Estável, começaram a surgir inúmeros pedidos de habilitação de casamento civil de pessoas do mesmo sexo.

A resistência inicial para a validade do casamento civil homoafetivo caiu por terra quando o Conselho Nacional de Justiça, então presidido pelo Ministro

⁶³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 12/03/2019

Joaquim Barbosa, editou a Resolução nº 175⁶³⁵, de 2013, que apenas em dois artigos, dispunha:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Esses dois artigos resolveram um problema que desde 1995 o Congresso Nacional do nosso país se omitiu em solucionar. Realmente, no ano de 1995, a então deputada Marta Suplicy apresentou o projeto de lei nº 1.151 que, em seu artigo primeiro, previa que “é assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei”. Este Projeto de Lei nunca foi levado a votação em plenário, por resistência das bancadas mais conservadoras.

Apenas dois anos após a publicação da Resolução 175, que ocorreu em maio de 2013, já haviam sido realizados 3.700 casamentos civis de pessoas do mesmo sexo no Brasil, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça⁶³⁶.

Assim, consolidado está, apesar de com atraso e por meio de decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça, o casamento civil de pessoas do mesmo sexo.

4.4.2 Família Informal

Família informal é aquela não matrimonializada, ou seja, ela existe independentemente da existência do seu registro civil. Pode ser de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diversos ou, ainda, de várias pessoas que juntas formam um arranjo familiar poliafetivo, do qual já se falou no capítulo I.

⁶³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> >. Acesso em 14/03/2019

⁶³⁶ Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79374-brasil-ja-realizou-3-7-mil-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo> >. Acesso em 25/05/2016

Rolf Madaleno⁶³⁷ anota

Disse Friederich Engels que a família progride na medida em que progride a sociedade, que vai se modificando porque a família é produto do sistema social e a cultura da época irá refletir no sistema. A família informal é uma resposta concreta a essa evolução e ela já foi sinônima de família marginal, muito embora figurasse como panaceia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito brasileiro, ela serviu como válvula de escape para quem, desquitado, não podia casar novamente porque o matrimônio era um vínculo vitalício e indissolúvel.

Apesar de ser uma forma antiga de formação familiar, somente em 1988, através de promulgação da Constituição Federal, é que a família informal ganhou status e proteção jurídica, já que, como viu-se, foi alçada então a União estável como entidade familiar constitucionalizada.

Carlos Alberto Menezes Direito⁶³⁸ ressalta a importância da inclusão da União Estável no texto Constitucional

A Constituição Federal de 1988 ao reconhecer a união estável como entidade familiar livrou a união livre do opróbrio em que se encontrava. Veio impor a proteção jurídica à vida em comum, comprovada por tempo que configure estabilidade de convivência, com vocação de permanência, até mesmo como meio de espancar injustiças de desprezo.

Mais tarde a União Estável – exemplo clássico de família informal, mas não a única forma desse tipo de família - surgiu na legislação codificada, mais precisamente no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, que prevê que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Bom que se registre que a família informal clássica é mesmo a decorrente da união estável, mas a família paralela, que será vista mais adiante, não se constitui em uma união estável, mas também é um tipo de família informal.

4.4.3 Família homoafetiva

⁶³⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2018. P. 08.

⁶³⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Da União Estável como Entidade Familiar**, in *Família e Sucessões: Entidades Familiares*/ Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2). p. 652

Família homoafetiva é a união estável, ou casamento, formado por pessoas do mesmo sexo. Pode ser, portanto, uma família matrimonial ou informal.

Como já se disse alhures, foi reconhecida juridicamente, em nosso país, de forma vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, através do julgamento simultâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.⁶³⁹

Bom deixar claro que muitos anos antes da decisão do STF já eram reconhecidos direitos decorrentes de relações afetivas de pessoas do mesmo sexo. O que fez a Suprema Corte foi sedimentar um entendimento que muitos julgadores já tinham sobre a matéria.

A importância da decisão da Corte Maior Brasileira não se perde pelos precedentes anteriores das Cortes Ordinárias. Ao revés, em face do imprescindível caráter vinculante, entendimentos conservadores e ditados por vezes por dogmas religiosos tentaram impedir, por muito tempo, o reconhecimento do arranjo homoafetivo como forma de família.

Como exemplo dessa resistência em dar às uniões de mesmo sexo o *status* de família, basta dizer que em 2010, apenas um ano antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça teve que sedimentar o entendimento no sentido de que caberia às Varas de Família processar e julgar ações decorrentes de relações de pessoas do mesmo sexo.⁶⁴⁰ Para o Ministério Público Gaúcho, que foi o autor do recurso especial, relações entre pessoas do mesmo sexo eram equivalentes a contratos entre pessoas capazes e representavam a constituição apenas de uma sociedade de fato, e não de uma família, razão porque não poderiam os processos correspondentes ser julgados por juízes das Varas Especializadas em feitos da Família.

⁶³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 12/03/2019

⁶⁴⁰ (<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100428613/varas-de-familia-tem-competencia-sobre-questoes-ligadas-a-uniao-homoafetiva>). Acesso em 25/05/2016

Para evitar casos tais, insistentes e dissonantes da realidade atual, é que a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo como ente familiar as uniões homoafetiva foi fundamental.

Em vários países da Europa o casamento civil de pessoas do mesmo sexo já encontra fundamento legal.

Marella e Marini⁶⁴¹ relacionam

Olanda, Belgio, Spagna, Norvegia, Svezia, Portogal- lo, Islanda, Danimarca, Francia e Regno Unito, in quest'ordine, sono i Paesi europei che hanno intro- dotto il matrimonio fra persone dello stesso sesso nei propri ordinamenti giuridici. Altri Paesi fra cui la Finlandia, l'Ungheria, la Germania, l'Austria e l'Irlanda prevedono forme di riconoscimento giuridico dell coppie omosessuali diverse dal matrimonio.⁶⁴²

Com relação à Itália, a Lei Cirinnà⁶⁴³, que entrou em vigor em 5 de junho de 2016, prevê a união civil de pessoas do mesmo sexo, mas não iguala essa união ao casamento. O artigo 1º, número 2, desta Lei, prevê

Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni.⁶⁴⁴

A família homoafetiva, pois, já é uma realidade insuperável em todo o mundo moderno.

4.4.4 Família paralela ou simultânea

⁶⁴¹ MARELLA, Maria Rosaria. MARINI, Giovanni. **Di cosa Parliamo quando parliamo di famiglia**. 5ª edição. Editora Laterza:Roma-Bari. 2018. p. 41/42

⁶⁴² Tradução livre do autor: “Holanda, Bélgica, Espanha, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Dinamarca, França e Reino Unido, nesta ordem, são os países europeus que introduziram o casamento de pessoas do mesmo sexo em seus sistemas legais. Outros países, incluindo Finlândia, Hungria, Alemanha, Áustria e Irlanda preveem outras formas de reconhecimento legal de casais homossexuais que não o casamento”.

⁶⁴³ ITALIA. Legge n. 70 di 20 maggio 2016. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Disponível em http://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-05-21&atto.codiceRedazionale=16G00082&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario >. Acesso em 14/03/2019

⁶⁴⁴ Tradução livre do autor: “Dois adultos do mesmo sexo constituem uma união civil por declaração perante o oficial de estado civil e presença de duas testemunhas”.

A família paralela ou simultânea é a formada por aquele(s) que já possui(em) outro relacionamento, seja através de união estável ou casamento. O relacionamento decorrente da união paralela é chamado concubinato, conforme artigo 1.727, do Código Civil Brasileiro, que diz que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Sobre esse tipo de família já se tratou no capítulo I, quando se falou de poligamia não consentida ou adultério, ao qual remete-se o leitor.

Há muito se discute o chamado “Direito do Concubino(a)”.

Anos atrás algumas decisões de Tribunais Brasileiros reconheciam direitos pessoais e previdenciários àqueles atores de relações paralelas. Parecia que os Tribunais seriam, portanto, mais liberais neste particular.

Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶⁴⁵, em 2008, que:

A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verifica em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável.

Seguindo a mesma toada, mas no campo previdenciário, o Tribunal Regional Federal, da 4ª região, decidiu em 2007 que “conforme orientações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que fazem emergir a isonomia entre o casamento e a união estável, é de se reconhecer os efeitos que gera o concubinato, ainda que impuro, no âmbito previdenciário, devendo a pensão ser rateada entre a esposa, a concubina e os demais dependentes”.⁶⁴⁶

As coisas se reverteram, no entanto.

⁶⁴⁵ TJRS – Apelação Cível n.º 70022775605/08 - Relator Desembargador Rui Portanova, julgado em 07.08.2008

⁶⁴⁶ Tribunal Regional Federal - 4ª Região – Ap. Civ. 2000.72.05.003747-5/SC – Turma Suplementar – Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira – Publicado em 3-4-2007

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu que “a titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina”.⁶⁴⁷

A orientação da Corte Maior começou a servir de paradigma para a matéria. Assim, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que “a existência de impedimento para o casamento disposto no art. 1.521 do Código Civil impede a constituição de união estável e, por consequência, afasta o direito ao recebimento de pensão por morte...”.⁶⁴⁸

Em matéria de partilha de bens, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em decisão unânime, também foi restritivo. Para a Corte Catarinense

(...) a existência de relacionamento público e notório de uma das partes com outrem não permite o reconhecimento de união estável paralela, pois configura concubinato impuro. O relacionamento afetivo, pois, não goza de *affectio maritalis* apto a justificar o provimento jurisdicional pretendido. Ora, a boa-fé é princípio do Código Civil vigente e deve permear todas as relações jurídicas; deste modo, não há como pretender-se o reconhecimento de direitos a um relacionamento cuja boa-fé não fica demonstrada.⁶⁴⁹

Se certo é que não se pode falar em partilha de bens ou de pensão previdenciária decorrente da relação concubinária, não menos certo é que representaria enriquecimento indevido não admitir a partilha de patrimônio adquirido com a efetiva contribuição dos conviventes, ainda que clandestina a relação, como ocorre no adultério.

Neste sentido, a vetusta súmula nº 380⁶⁵⁰ do Supremo Tribunal Federal, publicada em 1964 e que regulava a questão patrimonial relativa ao então

⁶⁴⁷ Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 397762, Bahia – BA, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 03/06/08, publicação em 12/09/08

⁶⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça – Agravo Regimental no Resp 1418167/CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/03/2015.

⁶⁴⁹ Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Apelação Cível nº 2015.008713-2, de Jaraguá do Sul, relator Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, julgado em 22-03-2016.

⁶⁵⁰ Supremo Tribunal Federal – Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.S.FLSV.&base=baseSumulas> >. Acesso em 20/03/2019

chamado “concubinato puro”, hoje união estável, já apregoava que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Igual entendimento deve ser hoje adotado para o concubinato.

Ora, ao adquirir um bem com esforço comum, nada mais ocorre que a instituição de um condomínio entre os formadores do concubinato, não se podendo afastar, portanto, a partilha do bem na proporção dos recursos empregados na aquisição.

O Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, que “logo, desde que o concubino comprove que houve efetiva participação sua na constituição do patrimônio de seu partícipe no adultério, fará jus a parcela dos bens na medida de sua colaboração. Para tanto será necessário que o concubino que se sinta prejudicado prove judicialmente a sua colaboração na aquisição do patrimônio, o que pode ser deverás trabalhoso”.⁶⁵¹

Maria Berenice Dias⁶⁵² reforça o moderno entendimento ao dizer, sobre as relações adulterinas, que

A jurisprudência amplamente majoritária nega a existência desses relacionamentos, não os identificando como união estável. No máximo é invocado o direito societário como reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante indispensável prova da participação efetiva para a aquisição patrimonial. Nada mais é deferido.

Vista a família paralela, passa-se a análise da polêmica família poliafetiva.

4.4.5 Família monoparental

É, tradicionalmente, a constituída por um dos genitores e sua prole e encontra amparo constitucional.

⁶⁵¹ Superior Tribunal de Justiça - AgRg no Ag nº 746042 SP 2006/0031416-5, Relator Ministro Fernando Gonçalves, data de julgamento: 04/09/2007

⁶⁵² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 53.

De fato, o art. 226, § 4º, da Constituição Federal do Brasil, prevê que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Maria Berenice Dias⁶⁵³ estende, com razão, o conceito de família monoparental, incluindo neste conceito a

(...) entidade familiar chefiada por algum parente que não um dos genitores, igualmente, constitui vínculo monoparental. Mesmo as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas que tenha crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem receber a mesma denominação. Basta haver diferença de gerações entre um de seus membros com os demais e que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles para se ter configurada uma família monoparental.

Mas a família pode ser formada, também, sem que haja relação paterno filial. É a chamada família anaparental, que será tratada a seguir.

4.4.6 Família Anaparental

A família anaparental é aquela em que duas ou mais pessoas vivem como família afetiva, sem interesse sexual e sem que haja figura paterna/materna. Daí o prefixo “ana” (negação).

Não precisam os membros da família anaparental necessariamente ter relação de parentesco.

Susileine Kusano⁶⁵⁴ esclarece que “não só da parentalidade decorre a família anaparental, mas também da convivência de pessoas, do mesmo sexo ou não, que, sem conotação sexual, vivem como se família fossem. A exemplo de duas amigas aposentadas que resolveram compartilhar um mesmo lar, e que, vivendo juntas por muitos anos, dividem alegrias e tristezas, e pelo esforço mútuo acabam por adquirir bens na constância da convivência”.

E continua

653 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 193.

654 KUSANO, Susileine. **Da família anaparental**: Do reconhecimento como entidade familiar. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559. Acesso em 25/05/2016

O Estado, similarmente ao que ocorre com a família composta pelos irmãos, não a vê como uma entidade familiar. Mas não há como negar que essa união, bem como a existente na família formada pelos irmãos, são sim, entidades familiares, afinal, todos os pressupostos para se configurar uma família em ambas se fazem presentes.⁶⁵⁵

Ademais, verifica-se nessa o elemento principal, que é o afeto e o carinho como bases de sua constituição. E a família, para assim ser entendida, não precisa possuir aquela estrutura clássica formada biologicamente por pai, mãe e filhos, hoje, as famílias não possuem mais um molde pré-definido; eles vivem com amigos, primos, tios, enfim, vivem com aqueles que melhor lhe proporcionem os meios para alcançar a realização pessoal, vivendo uma vida digna, plena e feliz, o que, afinal, é o fim precípua da família, e, alcançado este, é ela também uma entidade familiar, merecedora da proteção especial do Estado.

Não poderia mesmo ser diferente. Se o afeto é ator principal das uniões estáveis e se o afeto é também elemento essencial do reconhecimento de paternidade, porque uma família anaparental exigiria relação de parentesco para se constituir? Seria contraditório.

O reconhecimento da família anaparental suplanta a mera discussão acadêmica e já foi reconhecida em precedente jurisprudencial.

De fato, é sabido que as entidades familiares, reconhecidas juridicamente como tais, são beneficiárias de proteções legais específicas, como se vê pelos exemplos práticos abaixo.

A lei 8.009/90 protege o bem de família de casal ou entidade familiar⁶⁵⁶.

Assim, duas irmãs solteiras, que moram juntas, se não reconhecidas como entidade familiar, não receberiam a dita proteção. O Superior Tribunal de Justiça, então, reconhecendo esse arranjo como família anaparental, estendeu-lhes a impenhorabilidade da lei 8.009/90.⁶⁵⁷

655 KUSANO, Susileine. **Da família anaparental:** Do reconhecimento como entidade familiar. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559. Acesso em 25/05/2016

656 Lei 8.009/90 “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

657 “Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada aos embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/90.” (STJ – Resp. nº 57606 MG 1994/0037157-8, Relator Ministro Fontes de Alencar, Data de Julgamento: 11/04/1995, Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 15/05/1995 p. 13410)

Outro exemplo.

Reconhecendo como anaparental uma família formada por dois irmãos, autorizou o Superior Tribunal de Justiça a adoção de um menor por ambos, como se colhe do seguinte precedente

Consignou-se, ademais, que, na chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2º, do ECA. ...

Na espécie, embora os adotantes fossem dois irmãos de sexos opostos, o fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si como para o infante, e naquele grupo familiar o adotando se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, encontrando naqueles que o adotaram a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte. Dessarte, enfatizou-se que, se a lei tem como linha motivadora o princípio do melhor interesse do adotando, nada mais justo que a sua interpretação também se revista desse viés.⁶⁵⁸

Pelos casos acima nota-se o quão fundamental é uma visão moderna acerca dos núcleos familiares, garantindo-se aos membros das entidades seus direitos fundamentais.

4.4.7 Família Pluriparental

A família Pluriparental é também chamada pela doutrina de Composta, Mosaico, Ensamblada (ensamblar significa juntar-se para atingir objetivos comuns), Recompоста ou Reconstruída.

É aquela formada por um casal e os filhos que ambos tiveram nos casamentos (uniões estáveis) anteriores e ainda os filhos que tiveram em comum. É o que doutrinariamente é conhecido como “os meus, os seus, os nossos”.

Waldyr Grisard Filho⁶⁵⁹ conceitua

658 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.217.415-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012.

659 GRISARD Filho, Waldyr., **Famílias Reconstituídas** – novas uniões depois da separação. São

Família reconstituída é a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior. Numa formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou madrasta. Ou que exista ao menos um filho de uma união anterior de um dos pais. Nesta categoria entram tanto as sucessivas uniões de viúvos e de viúvas como de divorciados e divorciadas com filhos de uma relação precedente e as primeiras de mães e pais solteiros.

Se a compreensão deste tipo de família é bastante simples, a aplicação prática do seu reconhecimento, aliado aos efeitos jurídicos daí decorrentes, às vezes, surpreende.

Neste sentido, reconhecendo o arranjo pluriparental, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶⁶⁰ concedeu direito de visitas a madrasta após o fim da união desta com o pai biológico da menor. Destacou o relator, na ementa, que:

(...) o direito de visitação não pode ser abrigado só em razão do acordo judicial, pois decorre, em verdade, não de vínculo parental biológico, mas do (inequívoco) vínculo parental socioafetivo entre a autora e a criança, já reconhecido.

Além do direito de visitas, há decisões que reconhecem a obrigação do padrasto ou madrasta de conceder alimentos⁶⁶¹ aos enteados, justamente pelo fato de que a união desfeita era entidade familiar pluriparental e, como tal, geradora de direitos e deveres entre todos os seus membros.

4.4.8 Família Eudemonista

É aquela em que cada indivíduo formador da família busca a sua felicidade através do afeto mútuo.

Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pag. 85

660 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Cível 70057350092 RS, Relator Desembargadora Líslena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 11/06/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: DJ do dia 13/06/2014

661 “Direito de Família – Alimentos – Pedido feito pela enteada – Artigo 1.595 do Código Civil – Existência de Parentesco – Legitimidade passiva. O Código Civil atual considera que as pessoas ligadas por vínculo de afinidade são parentes entre si, o que se evidencia pelo uso da expressão “parentesco por afinidade”, no parágrafo 1º. de seu artigo 1.595. O artigo 1.694, que trata da obrigação alimentar em virtude do parentesco, não distingue entre parentes consanguíneos e afins.” (TJMG, AC n. 1.0024.04.533394-5/001, 4ª CC, Rel. Des. Moreira Diniz, J. 20/10/2005, DJMG 25/10/2005.)

A palavra “eudemonista” vem do grego “eudaimonia”, que significa felicidade.

Neste sentido Maria Berenice Dia ressalta que “surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros”⁶⁶²

Camila Andrade⁶⁶³ também elucida:

Eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão para qual os juristas entendem por bem considerá-los como formadores de mais de um núcleo familiar.

De se notar que obviamente todos os tipos de família encerram, em si, uma busca pela felicidade. O que diferencia a família puramente eudemonista das demais é o fato de que a única coisa que lhes une é efetivamente o afeto sem interesse sexual e a busca pela felicidade.

Os membros da família puramente eudemonista não são parentes, não são amantes, não são companheiros (união estável), não são casados, não têm relação parental (biológica ou afetiva). São amigos que se tornam uma família porque moram juntos e buscam a felicidade.

Esse conceito ainda está em formação.

Teoricamente não é difícil aquilatar o que seja uma entidade familiar eudemonista. Na prática, no entanto, ainda não se verificou caso de aplicação pura e simples da família eudemonista, desacompanhada da característica presente em outros tipos de família.

662 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 52).

663 ANDRADE, Camila. O que se entende por família eudemonista? Artigonal. Diretório de Artigos Gratuitos. 03 out. 2008. Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/117577/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista-camila-andrade> . Acesso em: 27/05/2016.

4.5 Obstáculos à possíveis mudanças na constituição ou legislação infraconstitucionais para proibir outros tipos de família – a evolução da interpretação normativa

Mostrou-se anteriormente que a Constituição do Brasil admite qualquer outro tipo de arranjo familiar, desde que formado por relações de afeto e calcados na boa-fé, publicidade e no desejo de seus integrantes de constituir efetivamente uma família, ou seja, o *intuite familiae*.

Neste rol de possíveis novas famílias, não há dúvida, esta albergada a família poligâmica, já que, como se demonstrou adrede e não é demais repetir, o Supremo Tribunal Federal decidiu⁶⁶⁴, em votação unânime, que o ente familiar se forma pelo afeto, não limitando a Corte Maior o número de pessoas que o compõem e do gênero delas.

Claro que esta interpretação do Supremo Tribunal Federal foi construída fulcrada na evolução de pensamento e comportamento experimentada em nossa sociedade desde de 05 de outubro de 1988, quando a Constituição entrou em vigor, até os tempos atuais.

É cediço que muitas vezes a atualização das normas não precisa ser feita através da modificação legislativa do seu texto, mas sim dando às mesmas normas interpretações mais condizentes com a realidade do tempo em que vivemos. Este entendimento aplica-se, obviamente, também às Constituições e é isso que as tornam perenes, conforme bem acentua Celso Ribeiro Bastos⁶⁶⁵

Nisto reside o segredo das Constituições duradouras: na possibilidade de acomodarem-se os anseios populares pela via da interpretação, que finda por dispensar as alterações frequentes através de emenda, que em nada engrandecem a socialidade da Lei Maior. Em síntese, há necessidade de comprometer-se o povo com a realidade constitucional, invocando-se a

⁶⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 12/03/2019

⁶⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo:Saraiva, 2001. P. 90

presença conivente do Judiciário como aquele apto a vocalizar a vontade da Lei Maior, influída pelo clamor popular.

Adilson Abreu Dallari⁶⁶⁶, há muito, já disse que “toda norma legal, inclusive constitucional, decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição”.

E continua Dallari⁶⁶⁷ asseverando que esse ambiente do momento em que a norma é editada muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes.

E arremata⁶⁶⁸

É certo, portanto, que a melhor interpretação da lei (entre as várias possíveis) vai variar ao longo do tempo de sua vigência. Uma interpretação incontestavelmente correta adotada em um momento do passado, pode tornar-se inaceitável em ocasião posterior, pois obviamente, não faz sentido dar-se a mesma solução para um problema que se tornou diferente, em razão de alterações no plano da realidade fática.

Nesta mesma linha de raciocínio, Hermann Heller⁶⁶⁹ anota

Que a permanência da norma possa ser harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social, deve-se, em grande parte, a que a normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai-se transformando na corrente imperceptível da vida diária. Mediante a evolução gradual dos princípios jurídicos pode acontecer, que não obstante permanecer imutável o texto do preceito jurídico, o seu sentido experimente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do Direito perante os membros da comunidade jurídica.

⁶⁶⁶ DALLARI, Adilson Abreu. **Privatização, Eficiência e Responsabilidade**. In *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (organizador). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 211

⁶⁶⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Privatização, Eficiência e Responsabilidade**. In *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (organizador). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 211

⁶⁶⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Privatização, Eficiência e Responsabilidade**. In *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (organizador). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 211

⁶⁶⁹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*. P. 306

Mais necessária ainda é essa atualização de entendimentos e interpretações quando se trata do Direito das Famílias, pois é nesta área que “se sentem mais facilmente as mudanças sociais e a dificuldade do ordenamento jurídico, através de seu subsistema normativo, em acompanha-las, integrando-se e adaptando-se à realidade social”.⁶⁷⁰

Pois bem. Diante desta nova interpretação do texto constitucional, que elastece as possibilidades de formação de famílias no Brasil, surgiram vozes mais conservadoras buscando saídas para impedir o reconhecimento jurídico e os efeitos legais a esses novos entes familiares que surgiram.

Neste subcapítulo se tratará dessas buscas conservadoras às mudanças e também se mostrará que estes entendimentos desalinhados com a realidade social fática do século XXI não podem prosperar por encontrarem obstáculos insuperáveis.

4.5.1 A eventual mudança da legislação Constitucional ou infraconstitucional, a autonomia privada na formação da família e a vedação do retrocesso social

Uma das primeiras saídas que os mais conservadores encontram para tentar proibir legalmente a formação de outras formas de família, diversas da heterossexual monogâmica, é a edição de norma infraconstitucional restringindo ao matrimônio ou à união estável entre um homem e uma mulher os efeitos e garantias legais dadas à família.

De fato, assim que surgiram as primeiras decisões judiciais em nosso país reconhecendo, por exemplo, as uniões homoafetivas como entes familiares, começaram os congressistas pátrios das alas conservadoras a apresentar projetos de lei restritivos a essas interpretações judiciais mais liberais.

O principal desses projetos que segue tramitando no Congresso Brasileiro é o chamado “Estatutos da Família” (PL 6583/2013), que estabelece, em seu artigo 2º, que

⁶⁷⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora RT, 2002. P. 77

Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Na justificação feita pelo autor do Projeto, Deputado Anderson Ferreira, ele afirma que pretende “o fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher, ao estabelecer o conceito de entidade familiar”.⁶⁷¹ Fica bastante claro que o objeto é mesmo a limitação do reconhecimento das formas de família. Ocorre que este projeto e qualquer outra norma infraconstitucional que tenha a mesma finalidade padecem de clara inconstitucionalidade.

Não bastasse a prefalada decisão do Supremo Tribunal Federal⁶⁷², que já torna de plano inconstitucional lei de hierarquia inferior que limite as formações familiares de boa-fé, limitação que a Constituição não faz, qualquer outra norma nesse sentido estaria afrontando outro princípio basilar previsto implicitamente em nossa Carta Magna e em Tratados de defesa dos Direitos Humanos, que é a autonomia privada da família.

De fato, conforme destaca Giovanni Doria⁶⁷³, “il matrimonio (...) è e deve essere costruito come un atto di autonomia”.⁶⁷⁴

Entende-se por autonomia privada o princípio que apregoa que os indivíduos podem se autodeterminar, ou seja, que lhes dá a capacidade de regerem suas próprias vidas. Ou, como define Borges⁶⁷⁵ é

⁶⁷¹ Câmara dos Deputados. PL 6583/2013. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF9F717A6CD6208D3C8734F32F356408.proposicoesWebExterno2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013 >. Acesso em 21/03/2019

⁶⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 12/03/2019

⁶⁷³ DORIA, Giovanni. **Autonomia Privata e ‘Causa’ Familiare**. Milano: A. Giuffrè Editore, 1996. p. 56.

⁶⁷⁴ Tradução livre do autor: “O casamento, (...), é e deve ser construído como um ato de autonomia”.

⁶⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo, Saraiva. 2005. p. 47

(...) o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou determinar o conteúdo e efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

Conforme se falou, trata-se de um princípio constitucional implícito e, como lembra Maria Berenice Dias⁶⁷⁶, a “doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo destacar que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos”.

Não há dúvida que este princípio está presente em vários dispositivos da nossa Constituição, como bem relaciona Wilson Steinmetz⁶⁷⁷, ao sustentar que a autonomia privada

(...) resulta do argumento cujas premissas são o direito geral de liberdade (CF, art. 5º, caput), o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e art. 170, caput), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), o direito de propriedade (CF, art. 5º caput e XXII), o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), **o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável** (CF, art. 226, caput, § de 1º a 4º) e cuja conclusão é o poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas tutelado pela Constituição. Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional.

Ora, se pessoas elegem uma formação familiar que se adequa àquilo que eles entendem como o melhor para as suas vidas e se assim eles são felizes, como admitir a intervenção estatal na vida privada destas pessoas, editando leis restringindo situação que em nada influenciará na vida dos demais indivíduos que os cercam?

⁶⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 61

⁶⁷⁷ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 200 – 201. (grifo do autor)

José Sebastião de Oliveira⁶⁷⁸ lembra que, “espaço de realização pessoal dos seus membros, a família não é instrumento de dominação e de controle por parte do Estado”.

A propósito, o próprio Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.513, dispõe que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Funda-se este dispositivo exatamente na consagração do princípio da liberdade ou da não-intervenção na esfera do Direito de Família.

Obviamente que se sabe que não é “possível taxar a autonomia privada como um poder absoluto, alheio à interferência estatal, pois contemporaneamente impõem-se limites à sua realização, seja no âmbito legal ou na esfera constitucional”.⁶⁷⁹

Claro que o Estado, através exatamente da edição de norma jurídicas, pode moldar a autonomia privada fazendo uma conjugação entre o privado e o interesse público. Conforme exemplifica Luciano de Camargo Penteado⁶⁸⁰, “se a autonomia privada é uma massa de argila, o ordenamento seria formado pelo conjunto de moldes que se prestam a sua expressão de acordo com uma determinada maneira específica”.

Mas, no caso da formação das famílias, onde está em jogo o Direito Fundamental dos seus membros de livre escolha de seu arranjo familiar e envolve, ainda, a dignidade daqueles que querem somente ser felizes através da formação afetiva que elegeram, a autonomia privada deve prevalecer e a intervenção pública mostra-se despropositada.

⁶⁷⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora RT, 2002. P. 280

⁶⁷⁹ PIRES, Eduardo. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Maio-agosto 2015. Disponível em < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07/4724> >. Acesso em 25/03/2019

⁶⁸⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Autonomia privada e negócio jurídico – breves notas**. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org). *Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 300

Conforme José Sebastião de Oliveira⁶⁸¹ adverte

O Estado atual, nos moldes traçados pela Constituição Federal, está estruturado para garantir liberdade e felicidade e, jamais poderia atingir este desiderato através de ingerências na família.

Sua função é garantir que os membros de uma família vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Assim, saúde, higiene, alimentação, segurança, educação e uma velhice digna são funções a serem cumpridas pelo Estado atual. Sabe bem o Estado da importância da família e, por isto, preocupa-se em regulamentá-la sem interferir na vida privada de seus membros.

E arremata, peremptoriamente, que

A manutenção do liame familiar é deixado ao livre arbítrio dos seus membros. O Estado não tem mais o poder, nem tampouco o direito de impor (normativamente) a união familiar, como fazia anteriormente através de uma legislação petrificada.

Havendo no interior da família afetividade suficiente para vencer os embates e as divergências que naturalmente surgem da união de experiências distintas de cada membro, a família permanecerá unida.⁶⁸²

Não se pode olvidar que o objeto da família é a pessoa humana, e não o Estado. Antônio Cezar Peluso⁶⁸³ recorda que “as pessoas são tuteladas, pelo Direito, dentro da família, porque esta é um organismo destinado a promover e garantir a dignidade da pessoa e o pleno desenvolvimento de todas as suas virtualidades, ou seja, *lugar de tutela da vida e da pessoa humana*”.

E finaliza Peluzo⁶⁸⁴ dizendo que “não são, portanto, os interesses supremos e orgânicos do Estado que devem predeterminar a visão e a

⁶⁸¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora RT, 2002. P. 281

⁶⁸² OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora RT, 2002. P. 281

⁶⁸³ PELUSO, Antônio Cezar. **A culpa na Separação e no Divórcio**. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Coord.). *Direito de Família e Ciências humanas. Cadernos de Estudos nº. 2*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, agosto de 2000. (grifo no original)

⁶⁸⁴ PELUSO, Antônio Cezar. **A culpa na Separação e no Divórcio**. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Coord.). *Direito de Família e Ciências humanas. Cadernos de Estudos nº. 2*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, agosto de 2000.

ordenação jurídica da família, senão os interesses concretos das pessoas em busca da realização pessoal, na situação da família”.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 878.694/MG⁶⁸⁵, decidiu de forma clara e irretocável que

(...) modificou-se a compreensão a respeito do papel do Estado na proteção das relações familiares. Ao Estado importa garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos, assegurando o ambiente e os meios propícios para que possam perseguir as suas próprias concepções de vida boa. Essa missão é a justificativa e também o limite do Estado para intervir nas relações familiares e na liberdade dos indivíduos. É, portanto, sua justa medida. Qualquer intervenção a mais ou a menos será tida como ilegítima.

Em outras palavras: na escolha do arranjo familiar, havendo entrechoque entre os Princípios da Autonomia Privada e do Interesse Público, prevalece o primeiro.

Ademais, como bem adverte Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, “considerando que a família poliafetiva surge do exercício da autonomia privada, não causando prejuízo a ninguém, descabido se mostra negar o direito de viver a felicidade desamparado de regulamentação jurídica”.⁶⁸⁶

Mas não é só a violação ao princípio da autonomia privada em direito de Família que levaria à inconstitucionalidade das leis porventura restritivas de formação de arranjos familiares diversos do heterossexual monogâmico. Também o Princípio da Vedação do Retrocesso Social estaria sendo violado nesta hipótese.

O princípio da vedação do retrocesso social sacramenta a impossibilidade de qualquer alteração normativa tendente a retirar direitos fundamentais já garantidos por normas anteriores, bem como impõe ao Estado a obrigação de

⁶⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 878694/MG. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf> >. Acesso em 25/03/2019

⁶⁸⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Os efeitos do Poliamorismo no Direito Contemporâneo: Uma análise à luz da Dignidade Humana.** In Revista Síntese – Direito de Família, ano XVI, n. 93, Dez-Jane. 2016.

sempre “melhorar esses direitos”, como bem assinalam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer⁶⁸⁷, para quem

(...) a garantia constitucional da proibição do retrocesso contempla dois conteúdos normativos que se complementam: se, por um lado, impõe-se ao Estado a obrigação de ‘não piorar’ as condições normativas hoje existentes em determinado ordenamento jurídico – e o mesmo vale para a estrutura organizacional-administrativa -, por um lado, também se faz imperativo (...), uma obrigação de ‘melhorar’, ou seja, de aprimorar tais condições normativas – e também fáticas – no sentido de assegurar um contexto cada vez mais favorável só desfrute de uma vida digna e saudável pelo indivíduo e pela coletividade como um todo.

Cristian Courtis⁶⁸⁸ salienta, no mesmo norte, que

Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo e Ejecutivo e las posibilidades de regulamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder regulamentario la adopción de regulamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población.⁶⁸⁹

Ora, eventuais leis limitadoras do Direito da livre formação das famílias, já garantido na Constituição Federal de 1988, indubitavelmente estariam ferindo de morte os avanços já consagrados em nosso sistema jurídico e, portanto, estariam em confronto com o Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

O Supremo Tribunal Federal⁶⁹⁰ já assentou, após tratar do papel do Estado em relação à Família, que a Vedação do Retrocesso Social é um

⁶⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Constituição.** Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5.ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 294/295

⁶⁸⁸ COURTIS, Cristian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.** Buenos Aires: Del Puerto, 2006. P. 17

⁶⁸⁹ Tradução livre do autor: “Do ponto de vista conceitual, a obrigação de não-regressividade constitui uma limitação que os tratados de direitos humanos pertinentes e, eventualmente, a Constituição impõem aos Poderes Legislativo e Executivo e as possibilidades de regulação dos direitos econômicos, sociais e culturais. A obrigação impede que o legislador e o titular do poder regulador adotem regulamentações que revoguem ou reduzam o nível de direitos econômicos, sociais e culturais da população”.

⁶⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 878694/MG. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em 25/03/2019

Princípio Constitucional implícito e “é extraído princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais”.

E conclui a Suprema Corte Brasileira⁶⁹¹

Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.

Assim, muito claro está que também pelo Princípio da Vedação do Retrocesso Social não há como, por lei infraconstitucional, alterar o entendimento no sentido de que qualquer formação familiar, inclusive a poligâmica, encontrara amparo em nosso sistema jurídico consolidado.

Mas, poder-se-ia dizer, então, que se as leis infraconstitucionais não podem limitar a livre formação das famílias - já que a própria Constituição Federal não as limita - uma alteração do próprio texto constitucional, através de uma Emenda, poderia ser eficaz para resolver esse “problema” apontado por aqueles que resistem à autonomia do indivíduo na escolha livre do formato da sua relação afetiva.

Ledo engano.

Primeiro porque os Princípios estudados acima (Vedação do Retrocesso Social e Autonomia Privada da Família) estão, como se viu, implícitos na

⁶⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 878694/MG. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em 25/03/2019

Constituição Federal. Ou seja, também uma Emenda Constitucional deve observá-los.

Mas não é só.

Já se tratou anteriormente de relacionar a livre escolha do arranjo familiar afetivo e feliz como um Direito Fundamental de todo indivíduo. Ora, como Direito Fundamental, não pode ele ser suprimido por Emenda Constitucional, por se constituir em Cláusula Pétrea, nos precisos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal

Art. 60 (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

Bom lembrar que Cláusulas Pétreas podem ser definidas como sendo “um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais”.⁶⁹²

De outra banda, é essencial descartar de plano o entendimento segundo o qual estariam abrangidos pelas Cláusulas Pétreas apenas os Direitos e Garantias Individuais e Coletivos previstos no artigo 5º da CF/88.

Sobre esse tema, discorre Fábio Martins de Andrade⁶⁹³

Quais os “direitos fundamentais” que são protegidos como cláusulas pétreas na Constituição? Uma primeira interpretação literal ou gramatical

⁶⁹² PEDRA, Adriano Sant’Anna. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. Revista de Informação Legislativa. ano 43, n. 172, p. 135-148. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out./dez. 2006.

⁶⁹³ ANDRADE, Fábio Martins de. **As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais**. Revista de Informação Legislativa. ano 46, n. 181, p. 207-226. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, jan/mar. 2009

do inciso IV do § 4º do art. 60 levaria à absurda conclusão de que apenas aqueles inseridos na “Declaração de Direitos” constante no art. 5º estariam abrangidos pela referida proteção. Essa interpretação não deve prevalecer, já que coloca categorias equivalentes de direitos fundamentais em patamares distintos de proteção. Por outro lado, a partir de uma interpretação sistemática, é perfeitamente possível atribuir maior alcance à proteção dos direitos fundamentais pelas cláusulas pétreas, que devem necessariamente abranger também os direitos políticos, sociais e dos contribuintes, entre outros.

Assim, diante de tudo que se disse acima, certo é que não existe como retroceder, nem por norma infraconstitucional e nem por alteração da Carta Magna através de Emenda, sendo certo que a liberdade de escolha da forma de família é direito insuperável, ainda que se trate de família poligâmica, já que, repita-se, está ela incluída no rol extenso dos arranjos formado pelo afeto dos seus membros.

4.6 Efeitos jurídicos da família poligâmica

Certa a existência das famílias poligâmicas e constatada a constitucionalidade deste tipo de família no sistema jurídico pátrio, urge analisar, ainda que de forma perfunctória, as consequências jurídicas do seu reconhecimento ou, vendo sob outro prisma, os efeitos jurídicos decorrentes da instituição e/ou dissolução da família plural.

Estes efeitos jurídicos desembocam em várias áreas da vida dos envolvidos e podem atingir os membros da relação, considerados em si mesmos, ou ainda gerar consequências em relação a eventual prole surgida durante a união.

Se analisará, então, os efeitos sucessórios, os eventuais alimentos devidos, a guarda de prole comum, o direito de convivência dos genitores com esta mesma prole e a partilha de patrimônio

Antes, porém, imprescindível destacar que não há, obviamente, no Brasil, legislação que regule as relações poligâmicas. A pergunta é: como então resolver os problemas decorrentes destas uniões?

Ora, sabe-se que “um ordenamento jurídico é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe

apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema”.⁶⁹⁴ Este não é o caso das relações poligâmicas no Brasil, visto que, nesta hipótese, já se disse, não há lei que regule a matéria.

De outra banda, prevê o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Quando, como ocorre no caso das famílias plurais no Brasil, não há lei específica que a contemple, deve-se proceder, então, à integração das normas, como esclarece Flávio Tartuce⁶⁹⁵

Pela literalidade do artigo 4º da Lei de Introdução, quando a lei for omissa serão aplicadas as denominadas forma de integração da norma jurídica, que são ferramentas para correção do sistema, utilizadas quando não houver norma prevista para o caso concreto.

Das formas de integração das normas jurídicas, a que melhor se adequa ao caso em estudo é, sem dúvida, a analogia, que para Bobbio⁶⁹⁶ é um método de auto integração, por ele definido como a “integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante”.

O mesmo Bobbio define a analogia como “o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª Ed., 1995. P. 115

⁶⁹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil I – Lei de Introdução e Parte Geral**. 11ª ed., São Paulo: Editora Método. 2015. P. 6

⁶⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª Ed., 1995. P. 147

⁶⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª Ed., 1995. P. 151

Ora, em não havendo regulação normativa alguma específica na Legislação Pátria acerca das uniões poligâmicas, deve-se utilizar, analogicamente, as regras existentes aplicáveis às uniões monogâmicas, com as adaptações interpretativas necessárias aos casos concretos.

Idêntico procedimento já se observou quando do julgamento dos casos relativos às uniões homoafetivas, que, diga-se, igualmente ainda não encontram na legislação Brasileira nenhuma norma reguladora, ainda sendo aplicado aos casos concretos a analogia.

Maria Berenice Dias⁶⁹⁸, sobre o tema e falando sobre as uniões homoafetivas, dissertou que

O silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz atender à determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e fazer uso da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito das Famílias. Não há dúvida de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso⁶⁹⁹, entende que

A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.

⁶⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – O Preconceito & a Justiça**. 3ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006, p. 93

⁶⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. in Temas de Direito Constitucional, tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 214-215

E arremata⁷⁰⁰

Nesse caso, a forma adequada da integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum.

O Superior Tribunal de Justiça⁷⁰¹ já sedimentou o entendimento nesta mesma direção

O Juízo da Vara de Família é competente para dirimir as questões relativas à união estável homoafetiva, diante da aplicação isonômica da legislação que regula a união estável.

Aplica-se às relações estáveis homoafetivas, por analogia, a legislação atinente às relações estáveis heteroafetivas, tendo em vista a caracterização dessa relação como modelo de entidade familiar (STF, ADI n. 4.277/DF, Relator Ministro AYRES BRITTO, DJe 5/5/2011).

Assim, diante dos fundamentos acima e usando a regra de integração das normas jurídicas da analogia, aplicam-se às uniões poligâmicas as normas vigentes no Brasil que regulam as relações monogâmicas.

Passa-se a análise dos efeitos jurídicos das relações plurais, iniciando-se com os direitos sucessórios.

Antes de verificar como ficariam os direitos sucessórios dos membros de uma relação poligâmica, mister gizar que o artigo 1.829, inciso III, do Código Civil, confere aos cônjuges a qualidade herdeiro do autor da herança.

Mas não é só. Em 10 de maio de 2017, ao julgar os Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694⁷⁰², o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil brasileiro, assentando que “no

⁷⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. in Temas de Direito Constitucional, tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 214-215

⁷⁰¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 964.489/RS, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Quarta Turma, julgado em 12/03/2013

⁷⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 878694/MG. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em 25/03/2019

sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil. ”

Em assim sendo, as regras sucessórias previstas para o casamento civil também se aplicam à união estável, ou, contextualizando com o tema em análise neste trabalho, os direitos sucessórios são os mesmos para as relações poligâmicas de direito (decorrentes do casamento) e de fato (poliamor/poliafetividade).

Em três situações o cônjuge ou o companheiro podem herdar bens deixados pelo consorte falecido.

A primeira é quando concorrerem com descendentes do falecido, ocasião em que o recebimento de herança dependerá do regime matrimonial eleito pelos cônjuges/companheiros, conforme se vê pela redação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

A segunda é quando o falecido não tiver descendentes, caso em que a herança será entregue aos ascendentes em concorrência com o cônjuge.⁷⁰³

A terceira hipótese é quando não há ne descendentes e nem ascendentes do **de cujus**, e nesta hipótese toda a herança (exceto aquela contemplada em testamento) vai para o cônjuge ou companheiro.

Seja em que situação for, inegável que haverá sucessão entre os membros da relação poligâmica. A forma de divisão da herança deverá ser verificada somente após a análise do caso concreto, visto que há diversas variáveis que podem influenciar na partilha, tais como regime matrimonial das relações, número de filhos, entre outras.

E por falar em filhos, outros efeitos jurídicos podem surgir das relações poligâmicas em caso de prole, seja natural ou decorrente de adoção ou socioafetividade. Nesta hipótese, além do reconhecimento de multiparentalidade (que é a possibilidade do registro de filhos em nome de mais de um pai e/ou

⁷⁰³ Código Civil, artigo 1.829, II

mãe⁷⁰⁴), deve-se também definir a guarda e o direito de visitas da prole em caso de dissolução da união, e esta definição será feita com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto, entre outros, na Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90⁷⁰⁵, que em seu artigo 3º, número 1, que prevê que

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Outro efeito decorrente da dissolução de relação poligâmica é a obrigação alimentar entre os seus membros. O artigo 1.704, do Código Civil Brasileiro, prevê que se um dos cônjuges vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz. Esta norma aplica-se, em sua integralidade, aos membros da relação plural que deixarem a sociedade conjugal.

Outra norma que se aplica às relações poligâmicas é a que prevê a partilha de bens entre os seus membros. De fato, art. 1.575, do Código Civil Brasileiro diz que a separação importa na partilha, que será feita com a observância dos regimes matrimoniais previstos no mesmo Código Civil, entre os artigos 1.639 e 1.688, mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

Estes, em breve resumo, alguns dos efeitos jurídicos decorrentes da relação poligâmica, e a todos se aplicam, como já se disse, as regras previstas em lei para as famílias monogâmicas, de forma analógica.

⁷⁰⁴ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade**. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 2 ed. Florianópolis:Conceito editorial. 2017.

⁷⁰⁵ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 08/04/2019

CONCLUSÕES

A finalidade desta pesquisa consistiu na fundamentação teórica para demonstrar que o respeito à livre escolha do arranjo familiar poligâmico é um direito fundamental de todo indivíduo, e como tal deve ser respeitado por todos os Estados aderentes aos sistemas internacionais de Direitos Humanos, ainda que o direito interno dos países não acate este tipo de família em sua legislação.

Buscou-se, ainda, mostrar que a poligamia é constitucionalmente aceita no Brasil e as famílias que adotam este modelo devem ter seus direitos respeitados.

O escopo, ao final, desta pesquisa, é a busca do respeito às diferenças, à liberdade de escolha e uma reflexão sobre tolerância.

Ainda na dedicatória deste trabalho um questionamento feito pelo Papa Francisco⁷⁰⁶ foi lançado de forma provocativa: “Quem sou eu para julgar? ”. Nesta obra, Francisco alerta que julgar o outro é um ato hipócrita. De fato, disse o Papa

Julgar os outros leva à hipocrisia. E Jesus define exatamente como “hipócritas” aqueles que se dedicam a julgar. Porque a pessoa que julga erra, confunde-se e torna-se derrotada.

Quem julga erra sempre. E erra porque toma o lugar de Deus, que é o único juiz. Na prática, acredita ter o poder de julgar tudo: as pessoas, a vida, tudo. E com a capacidade de julgar considera ter também a capacidade de condenar.

Este alerta, vindo da autoridade máxima de uma igreja tradicional como a Católica, deve ser repetido como um mantra, de forma a entender que os padrões de comportamento mudam de pessoa a pessoa, e que não existe um valor único correto. A vida em sociedade, enfim, é plural.

⁷⁰⁶ FRANCISCO, Papa. **Quem sou eu para julgar?** Texto reunido e editado por Anna Maria Foli. Tradução de Clara A. Colotto. Rio de Janeiro:LeYa. 2017

Na introdução deste trabalho formularam-se três hipóteses para o problema de pesquisa, as quais se confirmariam, ou não, por meio dos fundamentos teóricos dos capítulos que compõem a presente tese.

Pretende-se doravante apresentar a confirmação destas hipóteses por meio do destaque dos principais pontos de investigação que foram discutidos o decorrer da tese, os quais permitiram a sustentação da presente proposta teórica.

No início do Capítulo I apresentaram-se conceitos e classificações de monogamia e poligamia, lembrando que a primeira é a relação afetiva de duas pessoas e a segunda a de mais de duas pessoas.

Estabeleceu-se como parâmetros, que: a) sempre que se falar em amor e afeto entre pessoas, estar-se-á tratando do amor eros, ou seja, aquele que aproxima pessoas pelo interesse carnal, pela atração física, pela paixão; b) se utilizará os termos genéricos Poligamia ou Monogamia, sendo que tudo que se falar sobre estas categorias aplica-se tanto à Bigamia quanto à Poliandria, Poliginia, Monogimia e Monoandria; c) os arranjos familiares devem ser desvinculados do casamento civil. Assim, polígamos serão, para este trabalho, todos que tem relações com mais de duas pessoas, simultaneamente, ainda que não sejam casados civilmente de acordo com as leis do seu país de origem.

Conceitualmente pode-se diferenciar a poligamia decorrente de vínculos matrimoniais denominando-a como “poligamia de direito”, ao passo que aquela decorrente de uniões estáveis pode ser chamada de “poligamia de fato”. Esta tese abrange as duas hipóteses, indistintamente.

Após esta parte mais conceitual, tratou-se, ainda no capítulo inicial, de desmistificar a poligamia como sendo algo imoral e antissocial e, sobretudo, como sendo contrário à natureza humana. Para isso, mostrou-se, com base em estudos dos autores Barash e Lipton⁷⁰⁷, que os animais, do ponto de vista unicamente biológico, são primitiva e instintivamente poligâmicos, incluindo o ser

⁷⁰⁷ BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro:Record, 2007. p. 231

humano. Concluíram os autores, como se viu no corpo da tese, que “não há evidências, nem da biologia, nem da primatologia ou da antropologia, de que a monogamia é ‘natural’ ou ‘normal’ para os seres humanos. Há, em vez disso, muitas evidências de que as pessoas há muito tempo tendem a ter vários parceiros sexuais”.⁷⁰⁸

Mostrou-se, de igual forma, por meio de análise histórico-antropológica (e não meramente biológica) feita por Friedrich Engels⁷⁰⁹, que o ser humano, quando estudado sem levar em conta aspectos religiosos, também tem sua origem fundada em relações poligâmicas, sendo que a monogamia surgiu posteriormente e “foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente”.⁷¹⁰ Claro, pois, que a monogamia surgiu como forma de proteção econômica da família. Não fosse esse o objetivo a poligamia preponderaria.

Mas, diversamente do fez Friedrich Engel, analisou-se a poligamia levando em conta também aspectos religiosos, pois não há dúvida alguma que desde sempre as diversas confissões religiosas têm decisiva influência no comportamento dos seres humanos.

Assim, ainda no capítulo I fez-se uma análise da poligamia e sua relação com as principais religiões de nosso planeta. Viu-se que em relação aos Cristãos Católicos e Protestantes há uma recusa à aceitação do modelo poligâmico de família, visto que ele contraria os ditames da Bíblia, livro sagrado destas confissões. Tocante aos Mórmons, notou-se que os fundamentalistas aceitam o modelo poligâmico porque este teria sido revelado e autorizado através do líder máximo da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, Joseph Smith

⁷⁰⁸ BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro:Record, 2007. p. 231

⁷⁰⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984.

⁷¹⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 70

Jr., ele mesmo um polígamo reconhecido. Com relação aos Mórmons tradicionais, estes não aceitam as relações poligâmicas desde 1890.

No que concerne aos Islamismo, conclui-se que as relações plurais são aceitas entre eles porque admitidas no Alcorão, que aceita a poliginia com até 4 esposas, com a condição de que o homem trate a todas da mesma forma, tenha condições de a todas sustentar e que haja consentimento das esposas.

Já em relação ao Judaísmo, há certa divergência doutrinária, uma vez que as duas principais fontes da Doutrina Judaica (o Torá e o Talmud) relatam casos de líderes religiosos poligâmicos. Mas oficialmente, o Rabino Gerson, um dos grandes líderes espirituais dos Judeus, proibiu a poligamia na religião desde o Século passado.

A última religião analisada foi o Budismo. Esta religião (para alguns não se trata de religião) dá plena liberdade de escolha em relação ao casamento, razão porque admite relações poligâmicas.

Mostrou-se acima, portanto, que a poligamia pode ser tida como natural do ser humano e que, além disso, é aceita por confissões religiosas diversas.

Mas não é só.

Para sedimentar a ideia de que a poligamia é mais comum em determinados países que se pode supor, buscou-se dados publicados em relatório emitido pela ONU que mostram que existiam, em 2009, cerca de 33 países onde a Poligamia era legalmente aceita. Além disso, em outros 41 países a poligamia era aceita pela população.⁷¹¹

Fez-se, então, uma análise exemplificativa da legislação de sete países poligâmicos, cuja soma da população alcança numerosas 245.097.943 milhões de pessoas. Esses países são: Argélia, Arábia Saudita, Quênia, Tanzânia, Marrocos, Síria e África do Sul.

⁷¹¹ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Population Facts**. Disponível em < http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts_2011-1.pdf>. Acesso em 31/01/2018.

Ao final, tratou-se dos casos mais raros que são os países que aceitam a Poliandria, citando-se o caso do Tibet e Nayar, este último um grupo populacional localizado na Índia.

O objeto principal do capítulo inaugural, já se disse, era demonstrar que a forma poligâmica de família é praticada em diversas parte do mundo, seja por convicção pessoal dos seus praticantes, que a entendem como o melhor modelo de família para as suas vidas, seja como consequência da confissão religiosa que a pessoa segue ou, por último, seja porque as leis do país onde é praticada esta forma de família plural admite sua formação.

Pois bem. Todas as pessoas poligâmicas estão sujeitas a deslocar-se de seus países de origem para outros (inclusive monogâmicos), como, aliás, tem acontecido com cada vez maior frequência.

O segundo capítulo tratou exatamente dos deslocamentos populacionais voluntários ou forçados ou também chamado movimentos migratórios, recordando que os voluntários são aqueles motivados, em regra, pela busca de uma vida melhor do que aquela do país de origem, mas sem que neste local haja, pelo menos de forma aparente, qualquer cause que force a migração, ao passo que os forçados são aqueles decorrentes de guerras, ameaças, perseguições ou tragédias ambientais que obrigam o deslocamento dos migrantes sob pena de morrerem ou correrem riscos à sua vida se permanecerem nos países de origem.

Hoje o problema migratório é dos mais sérios e difíceis de serem solucionados. A vasta movimentação, aliada à forte resistência dos Estados receptores dos migrantes, gera uma tormenta mundial de consequências previsíveis, mas ainda não dimensionadas. A grave discriminação sofrida pelos migrantes somente vem agravar ainda mais esse quadro.

Se a resistência aos migrantes e sua adaptação a novas culturas já é um problema enorme, maior ainda será este problema quando o migrante tiver formado, em sua origem, uma família poligâmica e tentar reagrupar essa família no país receptor.

Os números dos movimentos migratórios impressionam. Segundo dados da Organização das Nações Unidas, em 2017 havia quase 258.000.000 (duzentos e cinquenta milhões) de migrantes pelo mundo, um incremento de 49% em apenas 17 anos (de 2000 a 2017). ⁷¹²

Retratou-se, no capítulo II, alguns dos principais problemas migratórios da atualidade, quais sejam, os casos da Síria e do Sudão do Sul.

Encerrando o segundo capítulo, tratou-se de cada uma das hipóteses de migrações forçadas (Deslocamento ambiental, Refúgio e Asilo), reforçando suas diferenças.

Foi visto, nos dois primeiros capítulos, que as relações poligâmicas são mais comuns do que se parece e que há muitos migrantes que elegem para sua família esse modelo plural e após adentram em países que tem tradição monogâmica. O terceiro capítulo tratou exatamente do direito que tem esses migrantes de ter respeitada a sua condição familiar e de ver agrupada sua família com todos os seus membros (maridos, esposas, companheiros e filhos).

Inicialmente, no capítulo III, abordou-se a globalização e o multiculturalismo. Mostrou-se que o mundo globalizado, impulsionado pela facilidade cada vez maior de deslocamentos e comunicação, gerou sociedades multiculturais, onde pessoas diferentes, provenientes dos mais diversos cantos do planeta, precisaram (e ainda precisam) aprender a conviver harmonicamente.

Essas sociedades multiculturais trouxeram conflitos severos, cuja legislação interna dos países não dá conta de regular. Para isso existem os tratados internacionais firmados mundialmente ou em blocos regionais de países. Esses tratados trazem regras gerais – e as vezes até específicas – que buscam delinear um convívio pacífico e respeitoso entre os mais diversos povos, onde quer que eles se encontrem.

⁷¹² Nações Unidas. Disponível em <
<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>>
 . Acesso em 07/03/2019

No caso específico do tema objeto desta tese, o direito de livre escolha do modelo familiar (se monogâmico ou poligâmico, por exemplo) é regulado através dos tratados de proteção aos direitos humanos, uma vez que essa liberdade é um direito fundamental da pessoa e, portanto, protegida pelos já citados instrumentos internacionais.

Baseado nesta premissa, concluiu-se que a liberdade de escolha e a necessidade do respeito dos países receptores ao modelo familiar eleito pelo migrante, encontram-se amalgamadas nos tratados internacionais de direitos humanos, tendo sido analisados no corpo da tese os seguintes: a) Declaração Universal dos Direitos Humanos; b) Convenção Americana dos Direitos do Homem; c) Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais; d) Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos; e) Direitos humanos no mundo muçulmano; f) Sistema de proteção aos Direitos Humanos no mundo Asiático; g) Convenção de Genebra – Convenção das Nações Unidas relativa aos Refugiados.

Mas, poder-se-ia dizer que tais tratados sucumbiriam quando em confronto com a soberania dos Estados. Não é o que ocorre. Com efeito, mostrou-se no capítulo terceiro que aquela Soberania intocável e ilimitada, herança do poder dos Reis que foi repassada ao Estado, não tem mais sustentação nos tempos atuais, porque os Países hoje já não são tão independentes quanto eram antes. A vinculação dos Estados mostra-se patente com o surgimento dos Blocos de integração como o Mercosul e a União Europeia, que criaram normas supranacionais vinculando os Países membros e lhes retirando parte do Poder Soberano.

Além dos Blocos de integração entre Países, em geral feitos pela proximidade geográfica (mas não sempre, como se observa com a formação dos BRICS, composto por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), outra forma de relativização do Poder Soberano do Estado é a adesão dos Países a Tratados e Convenções internacionais. Se é certo que a adesão a Tratados Internacionais é voluntária e faz parte do Poder Soberano do Estado, não menos certo é que, ao aderir de forma plena (incluindo todos os processos internos de validação legislativa), o Estado aderente passa a se submeter às regras

previstas nos referidos Tratados e, portanto, tem sua Soberania limitada por tais regras.

Em assim sendo, conclui-se logicamente que os Estados que aderem livremente aos sistemas internacionais de Direitos Humanos estão obrigados a respeitá-los. Por outro lado, em tais sistemas existem regras que garantem o direito fundamental a todos os povos de livre escolha do seu modelo familiar, incluindo o poligâmico. Assim, logicamente, os países aderentes aos tratados de Direitos Humanos estão obrigados a aceitar as famílias poligâmicas, dando-lhes a integral proteção jurídica dentro de seu território e fomentando o reagrupamento destas famílias.

Para finalizar o capítulo III, analisou-se decisões pelo mundo que trataram, direta ou indiretamente, dos direitos e efeitos das relações poligâmicas. Foram trazidos e comentados julgados das Justiças dos Estados Unidos da América, da Alemanha, da Espanha e da Itália, além das Cortes Interamericana de Direitos Humanos e Europeia dos Direitos do Homem.

O quarto e último capítulo da tese adentra em minúcias sobre a poligamia no direito interno Brasileiro. Prefacialmente restou esclarecido que a origem da tradição monogâmica do Direito Brasileiro remonta ao Direito Canônico. De fato, as normas de Direito Canônico foram incorporadas na legislação Civil do Brasil e os princípios religiosos foram incutidos na Sociedade desde os tempos do descobrimento.

A propósito, lembrou-se que o Brasil contém norma interna que dispõe exatamente sobre os direitos e deveres do Migrante. Trata-se da Lei 13.445, de 24 de maio de 2017⁷¹³, de onde também se extrai a necessidade do respeito à eventual condição de polígamo dos migrantes.

Mas não é só. No caso Brasileiro, além desta questão de Direito Internacional, tem-se que a Constituição da República aceita a formação de

⁷¹³ Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>>. Acesso em 14/03/2019

qualquer tipo de família, inclusive a plural, sendo inconstitucionais quaisquer normas restritivas a este livre direito de escolha previstas fora da Carta Maior Brasileira.

Tanto é assim que hoje, no Brasil, diversos tipos de família são aceitos legal e socialmente, fundados que estão exatamente na proteção Constitucional que lhes é dada. É o caso, por exemplo, da família homoafetiva.

Tratou-se, ainda no capítulo epílogo, de demonstrar a existência de obstáculos à possíveis mudanças na constituição ou legislação infraconstitucionais para proibir outros tipos de família, obstáculos estes escorados sobretudo na evolução da interpretação normativa calcados na autonomia privada na formação da família e na vedação do retrocesso social.

Finalizou-se a pesquisa trazendo alguns efeitos jurídicos internos da formação da família poligâmica no Brasil.

Na introdução foram levantadas algumas hipóteses, as quais ora se responde.

a) Há países que aceitam em seu sistema jurídico-legal a família poligâmica? Sim, como se viu, diversos países aceitam em seu sistema legal a família poligâmica, e em outros tantos, mesmo que não prevista taxativamente em lei, este tipo de arranjo familiar é aceito socialmente.

b) A autorização de ingresso de migrantes provenientes de países poligâmicos em países monogâmicos, obriga estes últimos a respeitarem os direitos pessoais dos deslocados? Sim, desde que os países receptores dos migrantes sejam signatários de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. No caso do Brasil, além da regulação em tratados internacionais, há norma específica que alberga o direito de escolha dos migrantes ao arranjo familiar e à obrigação de respeito a essa condição. Trata-se da Lei 13.445/17⁷¹⁴, que em seu artigo 4º, inciso III, prevê que ao migrante é garantido o “direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes”.

c) E com relação ao Direito interno Brasileiro, a poligamia é ou não acolhida em nossa Constituição Federal? Sim, a poligamia é acolhida pela

⁷¹⁴ Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>>. Acesso em 14/03/2019

Constituição do Brasil, que alberga todos os tipos de família formadas pelo afeto, ainda que plurais.

Como referido no início destas considerações finais, este trabalho é muito mais do que somente uma compilação de argumentos jurídicos para sustentar a validade das famílias poligâmicas. Esta pesquisa buscou, sobretudo, demonstrar que a pessoa humana tem autonomia para escolher o modelo de família que melhor se amolde à sua condição social e cultural, não podendo o Estado vedar ou discriminar essa formação.

Não se fez, como restou claro, apologia a nenhum tipo de família. Não se disse que é melhor ser monogâmico ou poligâmico. Só se tentou deixar claro que todos têm o direito de buscar, através do arranjo escolhido, a sua felicidade, e que a ninguém, sobretudo aos Estados, é dado impor ou impedir que se alcance essa felicidade.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-RETTORATO DI RICERCA, POST-LAUREA, ESTENSIONE E CULTURA

PROGRAMMA DI POST-LAUREA STRICTO SENSU IN SCIENZA GIURIDICA – PPCJ

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZA GIURIDICA – CDCJ

AREA DI RICERCA: COSTITUZIONALITÀ, TRASNAZIONALITÀ E PRODUZIONE DEL DIRITTO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA - UNIPG

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

**I MODELLI FAMILIARI POLIGAMICI: GLI EFFETTI GIURIDICI INTERNI ED IL
RISPETTO DEI DIRITTI PERSONALI DINNANZI ALLA GLOBALIZZAZIONE**

MAURÍCIO CAVALLAZZI PÓVOAS

Tesi sottomessa alla Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, per il Corso di Dottorato in Scienza Giuridica, e all'Università degli Studi di Perugia - UNIPG.

Relatore: Professor Dottor Maurizio Oliviero

Co-relatore: Professor Dottor Orlando Luiz Zanon Júnior

Itajaí, Santa Catarina, dicembre 2019

INTRODUZIONE

Il tema della presente tesi è la poligamia ed i suoi effetti nel caso di immigrazione di persone che adottano legalmente questo modello familiare nei loro Paesi di origine e si stabiliscono in Paesi che non ammettono la famiglia plurale nel proprio ordinamento giuridico. Oltre a questo, si parlerà della poligamia come modello familiare costituzionalmente consentito nel diritto interno brasiliano.

Nel capitolo I saranno analizzati, inizialmente, il concetto, la classificazione e le differenze tra i tipi di famiglia rispetto al numero dei loro membri. Sempre in questo capitolo di apertura, la monogamia e la poligamia saranno affrontate considerando la biologia, l'antropologia e la religione e si mostrerà che vi sono diversi Paesi che accettano legalmente la poligamia.

Il capitolo II tratterà dei movimenti migratori, tracciando un breve storico di questi spostamenti demografici. Oltre a mostrare i numeri relativi alle migrazioni, saranno anche studiate le classificazioni di questi spostamenti, che possono essere forzati o volontari.

Nel capitolo III si studierà il rispetto dei diritti dei migranti provenienti da Paesi poligamici, partendo da un approccio sulla globalizzazione e sul multiculturalismo. Posteriormente, saranno analizzate la pratica della poligamia come un diritto fondamentale, passandosi poi all'analisi dei diritti degli stranieri sotto l'ottica del Diritto Internazionale, con l'esame dei principali strumenti internazionali di difesa dei Diritti Umani.

Dando seguito al capitolo III, si tratterà della sovranità degli Stati ai tempi della globalizzazione, con enfasi sulla relativizzazione di questa sovranità soprattutto nell'ambito dei temi relativi alla violazione dei Diritti Umani. In conclusione, questo penultimo capitolo presenterà l'analisi delle decisioni sui diritti e gli effetti dei rapporti poligamici nelle Corti Internazionali e nella Giustizia degli Stati Uniti d'America, Germania, Spagna e Italia.

Il IV e ultimo capitolo avrà come tema il diritto interno brasiliano. In esso saranno affrontate la famiglia poligamica alla luce della Costituzione della Repubblica e gli effetti del riconoscimento di questo tipo di modello.

CAPITOLO 1

MONOGAMIA E POLIGAMIA

La Monogamia e la poligamia – concetto, classificazione e differenze:
Innanzitutto, essendone il tema centrale del presente lavoro, è imprescindibile stabilire i concetti e le classificazioni delle categorie Monogamia e Poligamia.

A tal fine, si stabilisce come parametro che sempre che si parlerà dell'amore e dell'affetto tra persone, si tratterà, d'ora in poi, dell'amore *eros*, ossia, quello che avvicina gli essere umani mossi dall'interesse carnale, dall'attrazione fisica e dalla passione.

È saputo che i rapporti amorosi tra uomo(ini) e donna(e) possono essere formati da sole due persone o da più di due persone. Ed è questa per l'appunto la differenza fondamentale tra il rapporto monogamico e quello poligamico. Se nel primo il modello è formato da soltanto due persone, nel secondo, invece, il rapporto si compone da più di due persone.

Ma la parola Monogamia comporta in sé delle variazioni: la donna che si rapporta con un uomo alla volta pratica la Monoandria; l'uomo che si rapporta con una donna alla volta pratica la Monoginia.

E lo stesso si applica alla Poligamia, che accoglie ugualmente delle variazioni in base al numero delle persone coinvolte nella relazione. Così, per Bigamia, si definisce il rapporto in cui una sola persona ha simultaneamente due partner fissi, uomo o donna. La Poliginia, a sua volta, avviene quando un uomo possiede due o più donne, mentre nella Poliandria è la donna ad avere due o più uomini. Fatta tale premessa, Bigamia, Poliginia e Poliandria sono, pertanto, tutte e tre forme di Poligamia. Il presente lavoro adotterà il termine Poligamia per tutte queste categorie.

Un terzo ed importante parametro che va subito stabilito riguarda lo svincolo dei modelli familiari dal matrimonio Civile. Così, ai fini del presente lavoro, saranno poligami tutti coloro aventi rapporti con più di due persone simultaneamente, pur non coniugati civilmente ai sensi delle leggi del loro Paese di origine.

Concettualmente, si potrebbe distinguere la poligamia decorrente da vincoli matrimoniali denominandola "poligamia di diritto", mentre quella decorrente da unioni stabili la si potrebbe chiamare "poligamia di fatto".

Si è visto prima che la Poligamia, genericamente parlando, avviene in presenza della molteplicità di rapporti affettivi tra uomo(ini) e/o donna(e). Ma per questo lavoro questa comprensione generica non basta, poiché nel considerare la possibilità del riconoscimento del carattere giuridico del rapporto poligamico, non si può perdere di vista che tale rapporto non può fare a meno di seguire la lealtà e la buona fede che devono essere alla base di tutti i rapporti umani.

Il fatto è che non sempre un rapporto poligamico obbedisce a questi principi, il che rende imprescindibile distinguere i tipi di modelli familiari poligamici consentiti e non consentiti, tracciandone molto bene la differenza tra essi.

Una prima possibilità di rapporto poligamico è quello unilaterale, ossia, mantenuto da uno dei membri del rapporto senza il conoscenza o almeno il consenso degli altri. Così avviene quando si ha un rapporto parallelo ad un altro già esistente.

L'unione parallela, forma di Poligamia non Consentita, è, a rigore, un modello clandestino, dotato di malafede poiché risulta da tradimento, da infedeltà, e, in generale, causa angoscia e sofferenza alla parte ingannata. E per questo, appunto, questa forma di poligamia non trova sostegno nella protezione che si intende dare alle famiglie Poligamiche nei modelli consentiti, che saranno viste avanti. Il poligamo, nel rapporto non consentito è, in realtà, un adultero, figura non compatibile con la protezione giuridica che si vuole dare alle altre forme di poligamia nel presente lavoro.

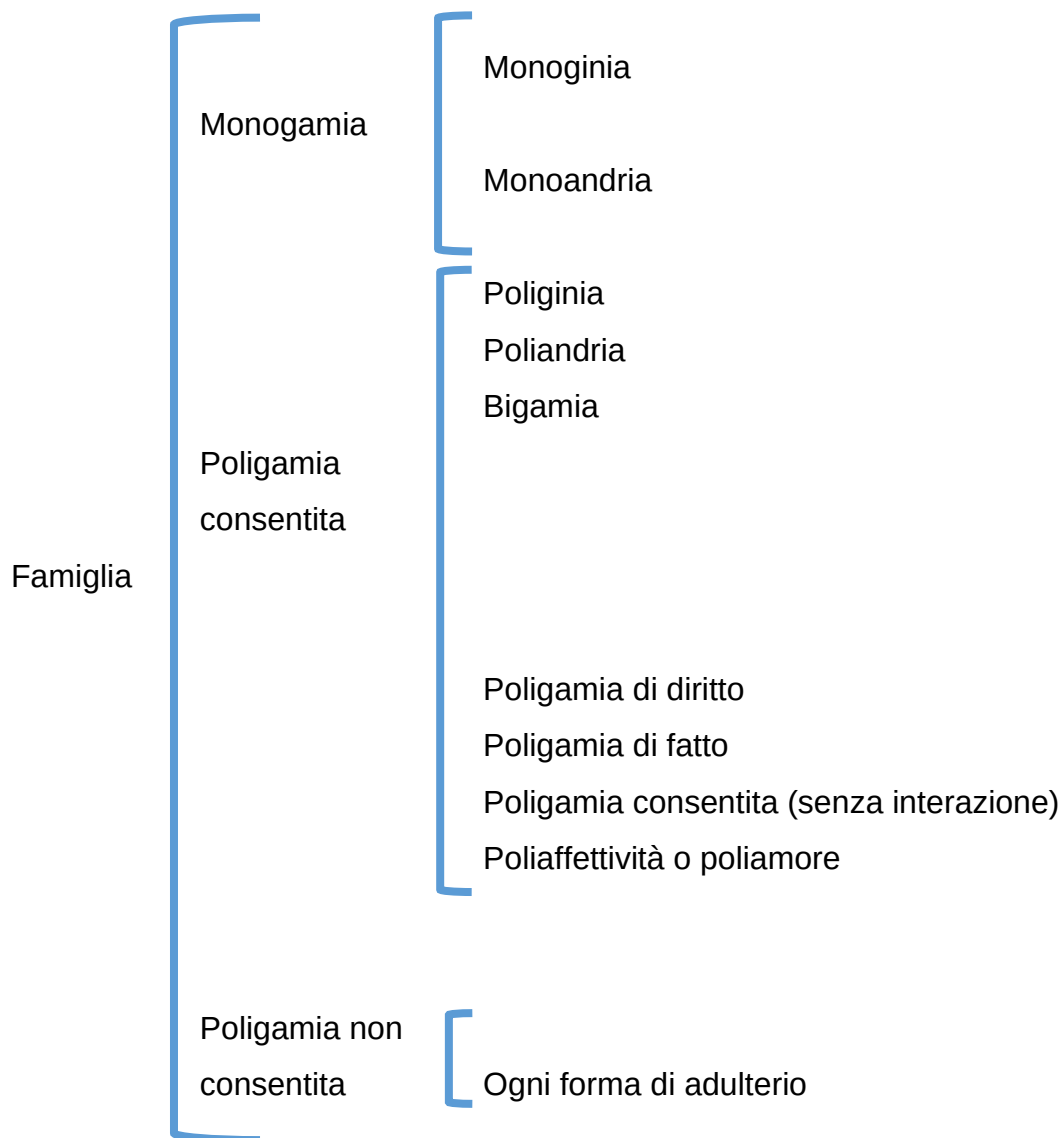
Un'altra possibile forma di poligamia è quella consentita, ma senza l'interazione tra tutti i membri della(e) entità familiare(i), con la quale, però, tutti concordano. Sarebbe il caso, ad esempio, dell'uomo che si sposa con quattro donne, tutte consapevoli e pienamente d'accordo con la situazione.

Ma è ugualmente possibile l'esistenza di una poligamia consentita, in cui vi sia l'interazione tra i membri del rapporto. In questo caso si avrà il poliamore (o poliaffettività). In questo modello di famiglia poligamica, i membri del modello familiare formano tutti una sola famiglia, interagendo tra essi stessi col consenso di tutti.

Si nota chiaramente, pertanto, che nel Poliamore tutti i membri del rapporto vivono un rapporto poligamico, che deve far leva su principi etici necessariamente rispettati dai membri del modello, come difendono Maria Rosaria Marella e Giovanni Marini⁷¹⁵ nel dire che “con questo termine si indica una grande varietà di relazioni intime tra più di due persone che prescinde da qualsiasi impronta gerarchica. La polyamory il ‘non-monogamia etica’, risponde, pur nella molteplicità delle sue forme, ad una serie di principi: la conoscenza di sé, l'assoluta onestà, il consenso, l'auto-appartenenza, la prevalenza accordata al sesso e all'amore rispetto alla gelosia”.

Considerando quanto detto sopra, si potrebbero classificare i modelli familiari in base al numero di membri che li formano:

⁷¹⁵ MARELLA, Maria Rosaria. MARINI, Giovanni. **Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia**. 5ª edizione. Editore Laterza: Roma-Bari. 2018. p. 120



La Monogamia e la Poligamia dal punto di vista della biologia, dell'antropologia e della religione: Una questione emerge sempre quando si studiano i modelli familiari monogamici e poligamici. Fermo restando che esista, quale sarebbe il modello originale? L'essere umano è per tradizione (o istinto) poligamico o monogamico?

Questo tema può essere studiato sotto tre aspetti: quello biologico, considerando il regno animale complessivamente, quello storico/antropologico, senza considerare le questioni dogmatiche, e quello dal punto di vista religioso.

La poligamia nel mondo animale – Per trovare una risposta alle domande fatte sopra, ovvero, se l'uomo è un animale poligamico o monogamico, una delle linee che si può analizzare, a titolo illustrativo, è l'investigazione puramente

biologica. E si dice illustrativa perché ovviamente l'essere umano non agisce soltanto per istinto, come pare accada con gli animali detti irragionevoli. La formazione della famiglia dell'essere umano racchiude altri elementi, che impattano, direttamente o indirettamente, sulla scelta del suo modello familiare.

L'analisi, sotto questo aspetto puramente biologico, si basa sul libro "Il Mito della Monogamia", di David Barash e Judith Lipton⁷¹⁶, zoologo e psichiatra, sulla poligamia nel mondo animale. Dopo diversi studi basati sulla biologia, gli autori difendono che "vi sono prove assai forti che dimostrano che gli esseri umani non sono naturalmente monogamici".⁷¹⁷

Barash e Lipton difendono l'esistenza di due tipi di monogamia. La prima è la sociale, in cui due individui vivono insieme, copulano insieme (ma non con esclusività), allevano i loro figli e provvedono persino alla loro alimentazione. La seconda forma di monogamia è quella sessuale, la cui differenza dal modello meramente sociale risiede nel fatto che, oltre alle altre caratteristiche, in questo (monogamia sessuale) vi è l'esclusività anche nella copula.

Detto questo, si può supporre che se levassimo tutte le variabili sociali e culturali che spingono l'essere umano a scegliere il suo modello familiare, l'uomo sapiens, così come le altre specie animali, avrebbe una forte tendenza istintiva ad essere poligamico.

In conclusione, Barash e Lipton affermano che "(...) non vi sono evidenze né dalla biologia né dalla primatologia e tantomeno dall'antropologia che la monogamia sia 'naturale' o 'normale' negli esseri umani. Vi sono, anzi, molte evidenze che dimostrano che è da molto che le persone tendono ad avere vari partner sessuali".⁷¹⁸

La teoria storico-antropologica di Friedrich Engel – Oltre all'analisi meramente biologica fatta anteriormente, con la freddezza dei suoi numeri e con delle conclusioni sprovviste di altre variabili, un altro approccio valido per scoprire se l'essere umano è un animale monogamico o poligamico è quello storico-antropologico.

Senza dubbio, lo studio più interessante e affidabile **e che non prende in considerazione i dogmi religiosi** sull'origine e sull'evoluzione della famiglia lo si può trovare nell'opera "L'origine della Famiglia, della Proprietà Privata e dello Stato"⁷¹⁹, di Friedrich Engels, che sarà usata come base per provare a rispondere alle questioni menzionate in precedenza.

⁷¹⁶ BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro: Record, 2007

⁷¹⁷ BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 13.

⁷¹⁸ BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 231

⁷¹⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984.

Friedrich Engels ha scritto “L’Origine della famiglia e della Proprietà Privata” a partire da quello che lui stesso chiama la “Concezione Materialista della Storia”, iniziata da Lewis Henry Morgan.

Partendo dal presupposto e dedotto (poiché non provato) stato primitivo di promiscuità, esso conclude che le famiglie si sono formate nel seguente ordine: 1) famiglia consanguinea; 2) famiglia punalua; 3) famiglia sindiasmica; 4) famiglia monogamica.

La famiglia consanguinea limitava soltanto i rapporti tra ascendenti e discendenti. Del resto, l’intera famiglia interagiva sessualmente tra sé stessa.⁷²⁰

La seconda fase della famiglia, dopo la consanguinea, è la famiglia punalua. Questa è stata un’evoluzione di quella, nella misura in cui ha proibito i rapporti sessuali reciproci tra fratelli.

La terza forma di famiglia, nell’ordine evolutivo, è la famiglia sindiasmica, quella in cui “un uomo vive con una donna, ma in modo tale che la poligamia e l’infedeltà occasionale continuano ad essere un diritto degli uomini, nonostante la poligamia sia raramente osservata a cause economiche”.⁷²¹

La quarta e ultima forma di famiglia è la monogamica. In realtà, la differenza tra la famiglia sindiasmica e quella monogamica è assai sottile. L’uomo predomina in entrambe, ma esse si distinguono poiché nella famiglia monogamica si ha la solidità “dei legami coniugali, che non possono essere sciolti per la volontà di una qualunque delle parti”.⁷²²

Conclude Engel che la monogamia (...) è stata la prima forma di famiglia non basata sulle condizioni naturali, ma economiche, e concretamente sul trionfo della proprietà privata sulla proprietà comune primitiva, originata spontaneamente. I greci proclamavano apertamente che gli unici obiettivi della monogamia erano la preponderanza dell’uomo nella famiglia e la procreazione di figli che fossero unicamente suoi per diventare eredi.⁷²³

Così, da quello che si è visto, la risposta alla domanda fatta anteriormente, anche sotto l’aspetto storico-antropologico (si è già visto sotto l’aspetto biologico) è: l’uomo non è un essere naturalmente monogamico.

⁷²⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 38

⁷²¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 49

⁷²² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 66

⁷²³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. p. 70

La poligamia e le religioni - Si è già detto che sono vari gli aspetti che possono influenzare la scelta del modello di famiglia. Uno degli aspetti più rilevanti è, senza dubbio, quello religioso.

Si farà, quindi, un'analisi sulla questione della monogamia/poligamia nei confronti di quattro delle più conosciute linee religiose, quali il Cristianesimo, l'Islamismo, l'Ebraismo ed il Buddhismo, ma senza mai entrare nel merito delle questioni dogmatiche di nessuna delle religioni.

Il Cristianesimo (Cattolici e protestanti): I cattolici e i protestanti vietano tassativamente l'unione poligamica. Per essi, l'interpretazione della Bibbia rivela chiaramente che Dio non transige su questo fatto.

Quello che dicono i Cristiani è che i casi poligamici presenti sulla Bibbia sono stati compiuti da uomini che erano, come tutti gli altri, fallibili e peccatori. Dicono, pertanto, che essi erano nel peccato al vivere la poligamia. Per sostenere la proibizione dottrinale della poligamia, i Cattolici e i Protestanti usano anche la Bibbia, più specificamente il Nuovo Testamento. Dicono che in vari tratti della "Parola di Dio" è chiaro che soltanto la relazione monogamica è ammessa da Dio. Il che si vede bene, poiché i Cristiani Cattolici e Protestanti sono contrari alla pratica della Poligamia.

Il Cristianesimo (Mormoni): I Mormoni sono i membri della "Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni", una religione sorta negli Stati Uniti nel 1830 con soltanto sei persone in una casetta di legno al nord di New York e che oggi conta su milioni di seguaci in tutto il mondo. La Chiesa dei Mormoni è stata creata da Joseph Smith Jr.

La questione dell'accettazione della poligamia in questa religione è assai polemica. I libri sacri dei Mormoni sono la Bibbia, il Libro di Mormon, la "Perla di Grande Prezzo" e le "Dottrine e Alleanze" (raccolta di rivelazioni divine, la maggioranza di cui fatte a Joseph Smith Jr).

Ed è appunto su "Dottrine e Convegni" che si trova la regolamentazione di quello che la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni chiama il "Matrimonio Plurale" che, tra l'altro, non è ammesso per i capi della Chiesa Mormone tradizionale sin dal 1890. Pertanto, ufficialmente, la Chiesa Mormone non ammette il matrimonio plurale. Ma non sempre è stato così.

La Sezione 132 delle "Dottrine e Convegni" ha autorizzato Joseph Smith Jr, il fondatore della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, ad essere poligamo e non vi è alcun dubbio che il rappresentante massimo e fondatore della Chiesa Mormone abbia praticato la poligamia con "l'autorizzazione Divina", rivelata da esso stesso.

Questi matrimoni plurali di Joseph Smith Jr e la Sezione 132 citata anteriormente fanno tuttora da base ai fondamentalisti Mormoni che ammettono il matrimonio plurale nella dottrina della Chiesa, contrariamente a quanto predicano i capi Mormoni legalmente istituiti.

Si vede, pertanto, un forte dissenso tra i Mormoni tradizionali e quelli fondamentalisti. Per i primi, la poligamia è proibita, fatta eccezione ad alcuni capi, compreso il fondatore, perché autorizzati da Dio tramite rivelazioni. Per i fondamentalisti, che non considerano le modifiche nella dottrina originale di Joseph Smith Jr, questa pratica è ancora valida.

L'Islamismo: L'islamismo accetta testualmente la poliginia, ossia, il rapporto poligamico dell'uomo. Per l'Islam, tale pratica è legittimata e perciò non può essere considerata indecente. Infatti, il Corano, il libro sacro dell'Islam, afferma che "... potrai avere quattro mogli, ma sei hai paura di essere ingiusto con una delle spose, è bene sposarne solo una." (Corano 4:3).

In base a questo, è facile realizzare che la Poliginia ammessa nel Corano è condizionale. Prima perché il numero di spose è limitato a quattro. Secondo perché solo colui in grado di trattarle con assoluta equità potrà avere quattro mogli. Nel caso in cui non possa soddisfare questa condizione, il Corano determina che l'uomo sposi una sola donna.

Oltre alla limitazione quantitativa e all'esigenza di un trattamento equanime, la poliginia nella religione islamica impone, in teoria, il consenso della donna nello sposare un uomo poligamico.

L'Ebraismo: Prima religione monoteista del mondo, l'Ebraismo ha la sua dottrina centrata sui precetti del vecchio testamento, più specificamente sul Pentateuco (o Torà), che nella Bibbia cristiana corrisponde ai cinque primi libri (Genesi, Esodo, Numeri, Levitico e Deuteronomio). La Bibbia degli Ebrei è diversa da quella dei Cristiani.

In realtà, oltre alla propria Bibbia, la dottrina dell'Ebraismo si basa anche sul Talmud, libro contenente la legge orale, la dottrina, la morale e le tradizioni degli Ebrei.

La credenza Ebraica è divisa in differenti linee di tradizione religiosa, le cui dissonanze, praticamente, si mostrano soprattutto attraverso le forme di leggere e interpretare il Torà ed il Talmud.

Riguardo all'accettazione o no della Poligamia, gli Ebrei divergono, mossi dalle diverse linee che la religione ha intrapreso.

Il Torà contiene diverse citazioni su capi religiosi poligamici. E sono le stesse citazioni già menzionate nel titolo relativo al Cristianesimo, ricordando che il Pentateuco⁷²⁴ della bibbia cristiana è lo stesso del Torà Ebreo. D'altra parte, il Talmud parla anche dell'esistenza di Tarfon, un Rabbino poligamico che avrebbe avuto 300 spose perché esse non patissero la fame.

Ciò nonostante, nel Secolo XI, il Rabbino Gerson, uno dei grandi capi spirituali degli Ebrei, ha proibito la poligamia nella religione. Ma questo suo divieto non è stato ben accolto da tutti gli Ebrei.

⁷²⁴ Genesi, Esodo, Numeri, Levitico e Deuteronomio.

Quanto agli Ebrei, vi è, quindi, una certa divergenza sull'accettazione della Poligamia, soprattutto perché le due principali fonti della Dottrina Ebraica (il Torà e il Talmud) riportano casi di capi religiosi poligamici.

Il Buddhismo: Il Buddhismo è nato 2.500 anni fa, quando Śākyamuni Buddha, all'epoca il principe Siddhartha, ha rinunciato al trono che avrebbe certamente ereditato dal padre in una regione del Nepal per dedicarsi all'eliminazione della sofferenza umana.

Per i Buddhisti il matrimonio è un argomento personale e non un dovere religioso. Più specificamente, il matrimonio è una convenzione sociale, un'istituzione creata dall'uomo per il suo benessere e la sua felicità per distinguere la società umana dalla vita animale e mantenere l'ordine e l'armonia nel processo della procreazione.⁷²⁵

Di fronte a questa libertà che si ha riguardo al matrimonio, il Buddhismo ammette rapporti poligamici.

Legge Islamica x Legge dei Paesi Islamici: Siccome la maggioranza dei popoli poligamici vive in regioni a maggioranza Musulmana, si parlerà ancora molto dei Musulmani nel presente lavoro.

Così, perché si abbia la perfetta comprensione di cosa si tratterà d'ora in poi, è imprescindibile dedicare alcuni paragrafi alle differenze e somiglianze tra il Diritto Islamico (o Diritto Musulmano) e il Diritto dei Paesi Islamici, che sono categorie che si avvicinano, ma non si confondono.

L'Islam è una religione assai complessa quanto all'interpretazione delle regole che reggono i suoi seguaci. Esse possono variare, ad esempio, se i seguaci vanno per linee diverse (come avviene con i Sunniti e gli Sciiti). Basterà, quindi, una breve e superficiale analisi di questo sistema, facendo a meno di ogni ulteriore approfondimento in base all'ambito di analisi del presente lavoro, che si limita alla questione della poligamia.

Occorre chiarire subito che musulmano è il nome dato al seguace dell'Islam, cioè, colui che si sottomette in maniera spontanea ad Allah e riconosce Maometto (Muhammad) come il suo profeta⁷²⁶. Il libro sacro dei Musulmani è il Corano.

L'insieme delle regole che compongono il Diritto Islamico è denominato Shari'ah, che significa testualmente "la strada battuta". La Shari'ah, pertanto, sono le norme che regolano l'insieme di credenze, pratiche e valori seguiti dai

⁷²⁵ NO QUE OS BUDISTAS ACREDITAM. **Posições Budistas sobre o Casamento.** Disponibile su < <https://noqueosbudistasacreditam.wordpress.com/2007/10/08/posicoes-budistas-sobre-o-matrimonio/>>. Accesso il 24/01/2018

⁷²⁶ COSTA, Jéssica Pereira da. **O Islã, os muçulmanos e seus conceitos.** Vocabulário de conceitos para o estudo do Islã e dos muçulmanos. Caxias do Sul: UCS, 2016. P. 38

Musulmani. Queste norme sono tratte soprattutto dal Corano e dalla Sunna⁷²⁷, ma possono basarsi anche, ad esempio, sull'Ijtihad, le risoluzioni dei saggi e dei giurisperiti.

Il Diritto Islamico, pertanto, si basa sulla Shari'ah e, come si è sottolineato anteriormente, trova nella complessità una delle sue caratteristiche, come avverte Maurizio Oliviero⁷²⁸: "L'Islam contiene in sé, da una parte, una teologia, che fissa i dogmi e stabilisce quello a cui il musulmano deve credere e, d'altra parte, un settore, la shari'la, che prescrive ai credenti ciò che devono o non devono fare. La shari'la, cioè "la strada del seguatore", costituisce ciò che si suole chiamare diritto musulmano. La concezione che regna nell'Islam tradizionale è quella di una società essenzialmente teocratica, in cui lo Stato ha valore soltanto in quanto servitore della religione rivelata. Invece di proclamare semplicemente una serie di principi morali e di dogmi, lasciando alla comunità musulmana (umma) di conformarvi il loro diritto, i giuristi ed i teologi musulmani hanno elaborato, sulla base della rivelazione divina, un diritto completo, dettagliato, quello della società ideale che "un giorno si costituirà in un mondo totalmente soggetto alla religione islamica. Come è stato correttamente sostenuto, il diritto musulmano rappresenta "l'epitome del vero spirito musulmano, l'espressione più decisiva del pensiero islamico, il nucleo essenziale dell'Islam".

Il Diritto Islamico, infatti, ha la base eminentemente teologica. Le regole da seguire dai musulmani – si è già detto – sono quelle preconizzate nella Shari'ah.

In base a quanto detto sopra, si evince facilmente che il Diritto Islamico ha sotto le sue rigorose norme i Musulmani stessi, ovunque essi si trovino.

Ma come rimangono le leggi dei Paesi a maggioranza Islamica? Anche qui, rispetto allo Stato, prevale il Diritto puramente islamico, basato sulla Shari'ah? La risposta, curiosamente, è sì e no.

Se, da una parte, è certo che le leggi dei Paesi a maggioranza Musulmana (come sono i paesi Arabi⁷²⁹, ad esempio) hanno forte influenza nel proprio Diritto Islamico, rappresentato dalla Shari'ah, non meno certo è che la necessità di regolamentazione di un diritto anche per le minoranze e la lieve tendenza alla "occidentalizzazione" degli Stati ha portato molti Paesi a maggioranza islamica a flessibilizzare, in un certo modo, le severe norme previste sulla Shari'ah.

⁷²⁷ Gli atti e i detti del profeta [Maometto](#) vengono denominati Sunna (arabo). La sunna del profeta significa "il cammino del profeta". Nell'Islam sunnita, "Sunna" sono le azioni religiose, le consuetudini e i detti istituiti o compiuti da Maometto durante la sua vita.

⁷²⁸ OLIVIERO, Maurizio. **Il Costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente. Milano: Giuffrè, 2003, p. 44.

⁷²⁹ Per approfondire il tema, si rimanda il lettore al seguente libro: OLIVIERO, Maurizio. **Il Costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente. Milano: Giuffrè, 2003

Ciò che si osserva è che quando la Shari'ah è usata come fonte del Diritto Statale, vi sarà sempre spazio per le perdite delle immutabili regole del Diritto Islamico propriamente detto (quello applicato oltre ai confini, come si è visto sopra), dato che essa è soggetta all'interpretazione degli uomini o, nel senso tecnico, dei legislatori.

I Paesi che riconoscono legalmente la Poligamia: Si è visto anteriormente la poligamia/monogamia nel mondo animale in base all'antropologia, alla storia e con enfasi sulle dottrine religiose.

Nonostante questo, la presente analisi non sarebbe completa se non considerasse anche l'esistenza dei Paesi la cui legislazione ammette forme poligamiche di unione. E questo perché i prossimi capitoli intendono dimostrare che vi sono diversi spostamenti migratori di persone con matrimoni plurali perfettamente regolari, secondo le leggi del loro Paese di origine.

Risulta comunque importantissimo sottolineare che si sa che in molti luoghi dove la poligamia è praticata, le critiche, soprattutto da parte degli organismi a difesa dei diritti della donna, sono molto severe.

In effetti, una breve ricerca in internet su alcuni siti di notizie affidabili basterebbe per costatare gli abusi ai diritti delle donne, sottomesse e umiliate all'interno di rapporti poligamici.

Ad ogni modo, queste tematiche polemiche non verranno trattate qui perché la presente ricerca non si prefigge di criticare le forme poligamiche di unione né tantomeno incentivare o scoraggiare tali pratiche. E con questo non si vuole neppure dire che il matrimonio poligamico è meglio o peggio del monogamico. Ciò che si intende mostrare è che vi sono diversi Paesi poligamici nel mondo, dove, nonostante gli abusi, sono realizzati legalmente matrimoni con questo modello familiare.

Secondo dati del 2009 pubblicati su un rapporto della ONU, vi erano, all'epoca, circa 33 Paesi in cui la Poligamia era legalmente consentita. Inoltre, in altri 41 Paesi la poligamia era consentita dalla popolazione⁷³⁰.

Perché si abbia un'idea della quantità di persone sottomesse alle regole che autorizzano la poligamia, se consideriamo soltanto 7 Paesi legalmente poligamici (Algeria, Arabia Saudita, Kenya, Tanzania, Marocco, Siria e Sudafrica), la popolazione complessiva arriva a 245.097.943 milioni di persone.

I rari casi di Poliandria: Si è già detto prima che la maggioranza delle famiglie plurali è formata da modelli poliginici, in cui l'uomo è poligamico e le donne sono monogamiche, come avviene nell'Islam. Ma, seppur in minor numero, vi sono anche casi di poliandria, quando è la donna ad avere più di un compagno.

⁷³⁰ ONU - ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE. **Populacion Facts**. Disponibile su <
http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts_2011-1.pdf>.
 Accesso il 31/01/2018.

Vi sono due tipi di poliandria. La prima è la fraterna, in cui una donna condivide un gruppo di fratelli, praticata ancora in Nepal ed in Tibet, come si osserva dalle materie pubblicate sul sito G1⁷³¹.

La seconda forma di poliandria è quella libera, o “non fraterna”, in cui una donna si rapporta con diversi uomini, senza legami di parentela. Secondo Karin Golaski⁷³², è prevalentemente diffusa nell’India meridionale, tra la popolazione Nayar.

Si vede, quindi, che sebbene assai più rari, vi sono Paesi che accettano ancora i rapporti poliandrici, se non autorizzati da norme scritte, ma sicuramente legati a solide abitudini consentite e rispettate dai coinvolti.

CAPITOLO 2

MOVIMENTI MIGRATORI

Si è visto, nel capitolo precedente, che la Poligamia è una realtà di diritto e di fatto in molti Paesi. Inoltre, si è visto che i rapporti plurali accompagnano l’essere umano da sempre e che milioni di persone hanno l’opzione di vivere in un modello familiare multiplo consentito, essendo questo il rapporto accolto dalla legislazione dei Paesi di origine.

Un’altra verità indiscutibile è che queste persone, provenienti da Paesi legalmente poligamici, possono, per una qualsiasi ragione, lasciare il luogo dove risiedono e trasferirsi in altri Paesi, compresi quelli che non accettano la Poligamia, tramite i cosiddetti movimenti migratori. Questo è il tema del presente capitolo.

L’importanza dello studio dei movimenti migratori è palese, viste le conseguenze di questi movimenti agli antenati e visti i riflessi dello spostamento demografico che si progetta per le prossime decadi.

Oggi il problema migratorio è tra i più seri e difficili da risolvere. La vasta movimentazione, sommata alla forte resistenza degli Stati ricettori dei migranti, genera una tempesta mondiale dalle conseguenze prevedibili, ma non ancora precisate.

La grave discriminazione nei confronti dei migranti non fa altro che aggravare ancor di più questo quadro.

⁷³¹ Disponibile su <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/costume-himalaio-de-uma-noiva-para-varios-irmaos-esta-sumindo.html>>. Accesso il 19/03/2018

⁷³² GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi di Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 83

I movimenti migratori, vale ricordare, possono essere volontari o forzati. I volontari, in genere, sono motivati dalla ricerca di una vita migliore di quella nel Paese di origine, senza cause apparenti, almeno, che motivino la migrazione. I movimenti forzati sono quelli decorrenti da guerre, minacce, persecuzioni o tragedie ambientali che obbligano lo spostamento dei migranti sotto pena di morte o rischio alla propria vita in caso di permanenza nei Paesi di origine.

Nella pratica vi è ancora un limbo tra le categorie “Migrazioni Forzate” e “Migrazioni Volontarie”. E questo limbo, per la precisione, si trova in quei casi in cui i migranti, anche se non costretti a spostarsi (perché non sono perseguitati, non sono in guerra nei loro Paesi di origine e non sono colpiti da una tragedia ambientale), saranno decisamente stimolati a cercare un luogo in una miglior situazione economica e che gli dia una qualche prospettiva di degna sopravvivenza a causa della condizione di miseria e sofferenza che la sola permanenza nella loro terra natale gli recherà. Si potrebbe dire che i migranti volontari si dividono in due categorie, ovvero, i “migranti volontari per necessità” e i “migranti volontari per opzione”.

I numeri dei movimenti migratori nelle ultime decadi impressionano. Secondo i dati della Organizzazione delle Nazioni Unite⁷³³, il numero dei migranti nel mondo, fino al 2017, ha registrato la seguente evoluzione:

Anno	Quantità di migranti internazionali a metà anno (ambi i sessi)
1990	152.542.373
1995	160.700.028
2000	172.604.257
2005	190.531.600
2010	200.019.266
2015	247.585.744
2017	257.715.425

⁷³³ Nazioni Unite. Disponibile su <
<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>> Accesso il 07/03/2019.

Secondo le statistiche, nel 2017, hanno migrato quasi 258.000.000 (duecentocinquantotto milioni) di persone, e dal 2000 al 2017 c'è stato un aumento del 49% del numero di migranti.

Le forme di Migrazioni forzate: Le cause dello spostamento forzato sono sempre esistite nell'umanità. Sin dai tempi antichi, guerre, persecuzioni e catastrofi ambientali hanno costretto la gente ad abbandonare tutto in modo non spontaneo per cercare riparo per sé stesso e per la propria famiglia in luoghi più sicuri.

Nelle ultime decadi si è verificato un aumento sostanziale degli spostamenti forzati a causa dell'esorbitante aumento della popolazione e del fenomeno della Globalizzazione, che ha spinto oltre ai confini vicini le persone a rischio.

Sono tre, praticamente, le ragioni che possono forzare l'individuo a lasciare il luogo in cui risiede alla ricerca di un riparo sicuro.

La prima ragione sono i disastri ambientali, che racchiudono uragani, terremoti, alluvioni, vulcani, ecc. A questa forma di movimentazione umana si dà e il nome di Spostamento Ambientale.

La seconda ragione è la mobilità forzata e collettiva causata da conflitti armati e persecuzioni di ogni sorta. In questo caso, l'interessato si avvale della possibilità di essere ricevuto come rifugiato di guerra.

La terza ragione è la persecuzione politica o ideologica individuale. In questo caso, la vittima deve richiedere asilo.

CAPITOLO 3

II RISPETTO DEI DIRITTI DEI MIGRANTI PROVENIENTI DA PAESI POLIGAMICI

Si è visto precedentemente che il fenomeno delle famiglie plurali è una realtà nel mondo.

In questo capitolo III si vedrà che i migranti provenienti da Paesi poligamici che si spostano dal Paese di origine ad uno ricettore affrontano seri problemi quando provano a ricongiungere il loro nucleo familiare plurale in questi Stati.

Dalla Globalizzazione al Multiculturalismo: Prima di affrontare il diritto degli stranieri propriamente detto, occorre passare dalla previa analisi dei fenomeni della Globalizzazione e, come conseguenza di questa, del Multiculturalismo.

In queste ultime decadi il mondo vive significativi cambiamenti decorrenti da un processo di Globalizzazione che aumenta in maniera irreversibile.

Per quanto più si afferri mentalmente cosa sia la Globalizzazione - pensando esclusivamente alla comprensione ordinaria del termine - la sua spiegazione, concetto e portata sono molto più complessi di quanto si possa immaginare.

L'importanza della comprensione e dell'estensione della Globalizzazione è ben definita da Anthony Giddens⁷³⁴, che già nel 1999 avvertiva che la parola globalizzazione potrà essere poco elegante o seducente, ma nessuno, assolutamente nessuno, intento a progredire in questo secolo alla fine può ignorarla.

Per Immanuel Wallerstein⁷³⁵, il termine Globalizzazione è stato coniato negli anni Ottanta. Solitamente si ritiene che si riferisca ad una riconfigurazione dell'economia-mondo emersa solo di recente, in cui le pressioni esercitate su tutti i governi per un'apertura delle loro frontiere alla libera circolazione di beni e capitali sono insolitamente forti.

Una delle implicazioni della Globalizzazione è un certo indebolimento dell'autonomia degli Stati, i quali, inghiottiti dalla propria matrice capitalista, sono costretti a cedere a certi interessi non sempre vantaggiosi per la propria popolazione.

All'interno di questa realtà di un mondo irrimediabilmente globalizzato, le frontiere e i territori si relativizzano e si dà il via al Multiculturalismo.

Non ci sono ormai dubbi che viviamo in una società globale multiculturale. Le migrazioni interne ed esterne hanno formato conglomerati di persone dai più diversi luoghi e dalle culture e tradizioni diametralmente differenti.

Will Kymlicka⁷³⁶ osserva che secondo recenti stime, i 184 Stati indipendenti del mondo contengono oltre 600 gruppi di lingue vive e 5.000 gruppi etnici. Sono pochi i Paesi i cui cittadini condividono lo stesso linguaggio o appartengono allo stesso gruppo etnico-nazionale.

Ma in che cosa consiste effettivamente il Multiculturalismo?

Kymlicka⁷³⁷ avverte che il termine multiculturalismo cambia di significato a seconda del contesto: in Canada e Australia è utilizzato in modo quasi esclusivo per riferirsi agli immigrati e non alle comunità indigene. In America Latina è invece utilizzato quasi esclusivamente per fare riferimento alle comunità indigene ma non a quelle degli immigrati. In altri Paesi, invece, è utilizzato in modo più ampio per riferirsi a tutte le forme di diversità etnoculturale, ed è in questo senso che lo utilizza Kymlicka.

⁷³⁴ GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. Lisboa: Presença, 2001. P. 19

⁷³⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. **Comprendere il mondo. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo**. Trieste: Asterios Editore. p. 143.

⁷³⁶ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural** – Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Paidós: Barcelona, 1996. P. 4

⁷³⁷ KYMLICKA, Will. **Il Multiculturalismo e le accuse di essenzialismo**: teorie, politiche, ethos. In PALUMBO, Antonino. SEGRETO, Viviana. **Globalizzazione e Governance Delle Società Multiculturali**. Mimesis: Milano, 2011. p.11

Per il presente lavoro, il Multiculturalismo è definito come il convivio di diversi gruppi culturali in una determinata società, provenienti o no da Stati differenti.

La ricerca della parità di trattamento col rispetto delle differenze deve essere l'incessante ossessione di una società multiculturale. Apportando questa verità al tema oggetto del presente lavoro, se qualcuno opta, in maniera assolutamente legale, per una famiglia poligamica nel suo Paese di origine e dopo si trasferisce in un Paese di tradizione monogamica, questa differenza nella scelta del tipo di famiglia non può essere oggetto di qualunque discriminazione, soprattutto perché questa opzione del modello familiare è un diritto fondamentale di qualunque persona.

Il rispetto delle differenze nelle società multiculturali, con la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali di tutti – compresa la scelta del modello familiare, si ripete – deve avere come parametro le norme espressamente tradotte nei Trattati internazionali di protezione dei diritti umani, le quali saranno trattate avanti.

La pratica della poligamia e la sua relazione con i diritti fondamentali:
Un'altra importante questione da analizzare a questo punto riguarda il diritto alla pratica della Poligamia come un diritto fondamentale di ogni individuo.

Ma prima di analizzare propriamente la relazione tra la poligamia e i Diritti Fondamentali, occorrono alcune linee introduttive sulle differenze (e somiglianze) tra i Diritti Umani e i Diritti Fondamentali.

La confusione terminologica tra queste due categorie è assai discussa nella dottrina. In realtà, Diritti Umani e Diritti Fondamentali sono espressioni che possono essere usate per definire quei diritti che conferiscono a tutti il necessario per una vita vissuta con dignità e giustizia.

Se si volesse chiarire obiettivamente la differenza tecnica tra queste due categorie, si potrebbe dire che i Diritti Fondamentali sono quelli assicurati internamente dagli Stati nelle loro costituzioni. I Diritti Umani, invece, sono quelli protetti nell'ambito delle norme internazionali, come avviene con le Convenzioni. Questo è quanto afferma Canotilho e Moreira⁷³⁸.

Ingo Sarlet⁷³⁹, a sua volta, avverte che occorre registrare e chiarire che le espressioni "Diritti Umani" e "Diritti Fondamentali" non sono termini reciprocamente escludenti o incompatibili, ma dalle dimensioni intime e sempre più interconnessi.

⁷³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição Da República Portuguesa Anotada**. 3.^a Edição, vol. I (Artigo 1.º a 107.º). Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 240.

⁷³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42

Fatta tale premessa, a esempio di quanto ha fatto Marcos Leite Garcia⁷⁴⁰, nel presente lavoro saranno utilizzate le categorie Diritti Fondamentali e Diritti Umani come sinonimi, facilitandone così la comprensione.

Tornando alla questione oggetto di questo sottocapitolo, occorre assicurare sin da adesso che la libera scelta del modello familiare è un diritto personale di ogni individuo, considerate, ovviamente, le possibili restrizioni e regolamenti del diritto interno di ogni Paese.

Così, se un determinato individuo risiede in un Paese che ammette sia la forma monogamica che la poligamica di unione, è un suo diritto personale la scelta dell'una o dell'altra forma di modello familiare, senza qualunque interferenza da parte di nessuno. Si tratta di una scelta intima, personale e privata dell'individuo e, di conseguenza, di un diritto fondamentale.

Non vi sono dubbi, quindi, che il diritto alla scelta del modello familiare è intimo e personale ed è insito nella protezione dei diritti umani (fondamentali) internazionalmente assicurati nei trattati di protezione specifici, come si vedrà in seguito.

Poiché per non accettare questo modello di famiglia plurale coloro contrari al suo riconoscimento invocano altri principi che corrispondono ai Diritti Fondamentali, è ugualmente palese che questo tema è tutt'altro che pacifico quando si tratta di poligamia.

Infatti, Valentina Petralia⁷⁴¹, parlando specificamente della poligamia di matrice islamica, afferma che “la poligamia di matrice islamica è un istituto (giuridico) considerato incompatibile con i principi fondamentali come sanciti nella cultura occidentale, nel contesto specificamente europeo. In particolare tale incompatibilità deriverebbe dal fatto che il matrimonio poligamico istituzionalizza una diversa posizione della donna rispetto all'uomo, quindi contravverrebbe al principio di parità tra i coniugi nonché, più in generale, al principio di parità tra i sessi, a quello di non discriminazione fondata su ragioni di sesso e al principio di uguaglianza”.

Il diritto alla parità di fatto si trova nell'articolo 5° del protocollo VII della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo⁷⁴² (della quale si parlerà più avanti). Nella stessa convenzione, ma nell'articolo 14, si trova anche la proibizione della discriminazione di sesso come un diritto fondamentale.

⁷⁴⁰ GARCIA, Marcos Leite. **O debate inicial sobre os direitos fundamentais**: aspectos destacados da visão integral do conceito. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 43, n. 50, p. 129-152, jul./dez. 2008. Disponibile su: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22250/debate_inicial_direitos_fundamentais.pdf >. Accesso il: 04/12/2017

⁷⁴¹ PETRALIA, Valentina. **La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari**. Il caso dei matrimoni poligamici. In Il diritto di famiglia e delle persone. Vol. 45, n° 2, 2016, p. 607-664

⁷⁴² Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponibile su < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4> >> Accesso il 23/01/2019

Questi argomenti, secondo i quali la famiglia poligamica viola la parità tra i sessi, soggiogando la donna ad una condizione inferiore, sono stati espressi su un documento pubblicato il 13.12.2007 dal Giornale Ufficiale dell'Unione Europea⁷⁴³, che ha elencato le procedure per la parità tra uomini e donne, elaborato dal Parlamento Europeo tramite Risoluzione.

Sempre invocando la parità tra i sessi (e la non discriminazione delle donne), la Direttiva 2003/86/CE⁷⁴⁴, del Consiglio dell'Unione Europea, che tratta del ricongiungimento familiare, dispone, nell'item 11 del suo preambolo, che "il diritto al ricongiungimento familiare dovrà essere esercitato nella necessaria osservanza dei valori e principi riconosciuti dagli Stati membri, specificatamente dei diritti delle donne e dei bambini, osservanza che giustifica l'eventualità di prese di misure restrittive in opposizione a richieste di ricongiungimento familiare di nuclei familiari poligami".

Ma i principi di questa resistenza all'accettazione della poligamia, basati su questa supposta discriminazione alla donna non convincono.

Prima perché se il modello familiare plurale si fonderà su una solida base religiosa – come avviene nell'Islam – non toccherà ai non praticanti negare la poligamia a causa del mancato rispetto delle regole di questa credenza. È insensato immaginare che tutte le donne inserite in un matrimonio poligamico abbiano i loro diritti minacciati. È più ragionevole presumere che questo non accada.

Secondo perché non si può dimenticare che vi sono nazioni che accettano la poliandria (già affrontato nel capitolo II). In questi casi, le donne sarebbero in posizione superiore, se si usa la stessa logica della non parità di generi.

Terzo perché il matrimonio poligamico non ha le sue origini unicamente nell'Islamismo e non solo i suoi seguaci lo praticano. Basti ricordare che accanto ai diversi poligamici per convinzione personale (e non religiosa) vi sono ancora i seguaci di altre credenze, come i mormoni, i buddhisti e gli ebrei, ad esempio. In questo senso, ben ricorda Petralia⁷⁴⁵ che "(...) il fenomeno del matrimonio poligamico (nell'accezione di poliginico) non costituisce un elemento distintivo solo della cultura islamica, come comunemente si è indotti a ritenere. Si tratta di un fenomeno che si registra anche in contesti del tutto estranei a questa. Il caso più evidente è quello della poligamia praticata da alcune, seppur piccole, Comunità mormoni in alcuni Stati americani".

⁷⁴³ Jornal Oficial da União Europeia. Roteiro para a igualdade entre homens e mulheres. Disponibile su <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Resoluc31.pdf>>. Accesso il 05/08/2019 (grifo do autor)

⁷⁴⁴ Direttiva 2003/86/CE. Disponibile su <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Accesso il 28/02/2019

⁷⁴⁵ PETRALIA, Valentina. **La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari**. Il caso dei matrimoni poligamici. In *Il diritto di famiglia e delle persone*. Vol. 45, n° 2, 2016, p. 607-664

Non si può accettare come argomento contrario all'accettazione della poligamia una generalizzazione che non corrisponda alla realtà. Se è certo che vi sono casi di abusi contro le donne nelle relazioni poligamiche, non meno certo è che vi sono anche nelle relazioni monogamiche. In realtà, nel reprimere la poligamia con la generalizzazione dell'argomento che questo tipo di famiglia avvilita le donne, non si sta facendo altro che portarle nelle condizione di eterne vittime e toglierle il diritto fondamentale alla scelta del loro modello familiare.

Occorrerebbe prima analizzare il caso concreto per solo dopo validare o meno la famiglia poligamica nel Paese ricettore. Al suggerire il non ricongiungimento familiare poligamico genericamente, "demonizzando" la famiglia plurale, si incorre nel rischio di recare ancora più sofferenza alle donne, le quali, molte volte, sono impediti di continuare a vivere nel loro Paese di origine a causa di guerre, ad esempio, e, allo stesso tempo, non possono ricongiungere la propria famiglia in un'altra nazione perché poligamica.

La verità, come conclude Karin Golaski⁷⁴⁶, è che il dibattito sulla poligamia è molto animato e spesso si rischia di cadere in pericolose generalizzazioni, ricorrendo allo stereotipo della donna oppressa. Nell'immaginario collettivo l'uomo, musulmano il mormone poligamo, impone pratiche oppressive nei confronti della donna in nome della propria religione. Bisognerebbe innanzitutto ascoltare la voce delle dirette interessate al fine di comprendere se l'adesione alla pratica poligamica è frutto di una libera scelta o di pressioni coercitive. Inoltre, si rivela necessario contestualizzare geograficamente e fare riferimento alle condizioni delle donne nelle comunità specifiche di riferimento poiché, non soltanto da un continente all'altro, ma da una religione a un'altra - anche all'interno degli Stati islamici - le condizioni delle donne variano notevolmente.

Il Diritto degli Stranieri sotto l'ottica del Diritto Internazionale Pubblico: Il diritto degli stranieri consiste nell'insieme delle regole applicabili alle persone che si spostano da uno Stato a un altro.

Esso può essere analizzato sotto due versanti. Il primo è quello del Diritto Internazionale Pubblico, rappresentato dalle regole stampate sui trattati internazionali e applicabili ai Paesi aderenti. Il secondo, è quello del Diritto Internazionale Privato, che regola come deve essere applicato agli stranieri il diritto interno di ogni Paese.

Il Diritto Internazionale Privato sarà analizzato più avanti nel presente lavoro. Questo primo momento della ricerca è rivolto ai trattati internazionali sulla protezione dei diritti umani (o diritti fondamentali) e l'obbligo del rispetto di queste norme nei Paesi aderenti.

È saputo che le fonti formali del Diritto Internazionale sono i trattati internazionali, i costumi, i principi generali di diritto, le decisioni giudiziali e la dottrina. Fra queste fonti del Diritto Internazionale – e del Diritto degli Stranieri, di

⁷⁴⁶ GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi**. Tesi di Dottorato in "Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti". Università Degli Studi di Palermo, 2016. p. 123.

conseguenza –, la più obiettiva è quella dei trattati internazionali. E per il presente lavoro, specificamente, sono quelle che assicurano il rispetto dei diritti fondamentali di tutti in qualsiasi luogo del mondo.

Occorre chiarire che il termine “Trattato” racchiude l'intera forma di accordi di volontà manifestata dai Paesi che hanno interessi in comune tra sé stessi. Le convenzioni, ad esempio, sono specie del genere “Trattati”. In questo senso, la dottrina di Carlo Focarelli⁷⁴⁷.

Questo sottocapitolo si occuperà dell'analisi delle convenzioni sui Diritti Umani che racchiudono quasi tutti i continenti, della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e della Convenzione di Ginevra (del 1951), il tutto allo scopo di verificare l'esistenza di norme scritte internazionali che obbligano il rispetto dei diritti fondamentali – e, di conseguenza, i Diritti Umani - di ogni persona, più specificamente il rispetto della libera scelta del modello familiare.

La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (D.U.D.U.): La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (D.U.D.U.) è un documento marco nella storia dei Diritti Umani. Elaborata da rappresentanti di differenti origini giuridiche e culturali di tutte le regioni del mondo, la Dichiarazione è stata proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948 tramite la Risoluzione 217 A (III) dell'Assemblea Generale come una norma comune ad essere raggiunta da tutti i popoli e da tutte le nazioni. Questa stabilisce, per la prima volta, la protezione universale dei Diritti Umani.⁷⁴⁸

La D.U.D.U. è composta da trenta articoli ed un preambolo. Essa non ha natura giuridica di un Trattato, dato che è stata adottata dall'Assemblea Generale della ONU in maniera unilaterale e non ha i requisiti previsti nella Convenzione di Vienna, del 1969, la quale, pur essendo stata approvata molto tempo dopo della D.U.D.U., si occupa dei procedimenti per l'elaborazione e approvazione dei Trattati. E per il fatto stesso che non sia un Trattato, emerge sempre la discussione sul carattere vincolante, o no, della D.U.D.U.. Su questo dubbio, Natalino Ronzitti⁷⁴⁹ afferma che “per quanto riguarda gli strumenti giuridicamente non vincolanti, occorre ricordare la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 e le numerose risoluzioni approvate successivamente dall'Assemblea Generale (Ag) delle Nazioni Unite”.

E conclude lo stesso autore⁷⁵⁰: “Molte clausole della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani sono però diventate giuridicamente vincolanti poiché,

⁷⁴⁷ FOCARELLI, Carlo. **Diritto Internazionale**. 4 ed., Wolters Kluwer Italia: Milano, 2017, p. 126

⁷⁴⁸ Extraído do site da Organização das Nações Unidas. Disponibile su < <https://nacoesunite.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Accesso il 08/12/2017

⁷⁴⁹ RONZITTI, Natalino. **Gli Strumenti di Tutela dei Diritti Umani: La risoluzione 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la sua attuazione nell'ordinamento italiano**. In Osservatorio di Politica Internazionale. 4/2010. Disponibile su <http://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/affariinternazionali/osservatorio/note/Nota_4_IAI_DirittiUmani.pdf> Accesso il 01/03/2019

⁷⁵⁰ RONZITTI, Natalino. **Gli Strumenti di Tutela dei Diritti Umani: La risoluzione 48/134**

nel tempo, si sono trasformate in diritto internazionale consuetudinario. Inoltre la Dichiarazione ha costituito la base per la codificazione, mediante trattato, dei diritti dell'uomo a livello universale o regionale".

Riguardo all'oggetto del presente lavoro, ovvero, il diritto fondamentale alla scelta e al rispetto del modello familiare scelto dai migranti, già al preambolo, la D.U.D.U. informa che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei suoi diritti uguali e inalienabili costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo.⁷⁵¹

L'articolo 12° della D.U.D.U. è assai chiaro quando stabilisce che "nessuno subirà intromissioni arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, nemmeno attacchi al suo onore e alla sua reputazione. Contro tali intromissioni o attacchi, ogni persona ha il diritto alla protezione dalla legge".⁷⁵²

Nell'articolo 16°, la D.U.D.U. prevede che "la famiglia è l'elemento naturale e fondamentale della società e ha il diritto alla protezione di questa e dello Stato".⁷⁵³

Commentando l'articolo 12° della D.U.D.U., Antonio Papisca⁷⁵⁴ sottolinea che "è un classico diritto "negativo", nel senso che lo Stato (e qualunque altro soggetto) deve astenersi dall'interferire in modo arbitrario o illegale nella vita privata della persona. Più avanti, scorrendo sull'articolo 16° della D.U.D.U., lo stesso autore⁷⁵⁵ sostiene che "il concetto di famiglia può differire da Stato a Stato, addirittura all'interno di uno stesso Stato: famiglia 'nucleare', famiglia 'allargata'. In ogni caso, la famiglia "ha diritto" ad essere protetta dallo Stato oltre che dalla società e lo Stato deve provvedervi in modo adeguato. In particolare questa deve essere protetta dalle interferenze arbitrarie o illegali (articolo 12 della

dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la sua attuazione nell'ordinamento italiano. In Osservatorio di Politica Internazionale. 4/2010. Disponibile su <http://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/affariinternazionali/osservatorio/note/Nota_4_IAI_DirittiUmani.pdf> Accesso il 01/03/2019

⁷⁵¹ Nazioni Unite. **Universal Declaration of Human Rights.** Disponibile su <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Accesso il 06/12/2018

⁷⁵² Nazioni Unite. **Universal Declaration of Human Rights.** Disponibile su <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Accesso il 06/12/2018

⁷⁵³ Nazioni Unite. **Universal Declaration of Human Rights.** Disponibile su <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Accesso il 06/12/2018

⁷⁵⁴ PAPISCA, Antonio. **La Dichiarazione universale dei Diritti Umani commentata.** Disponibile su <<http://unipd-centrodirittiumani.it/it/dossier/La-Dichiarazione-Universale-dei-diritti-umani-commentata-dal-Prof-Antonio-Papisca/3>> Accesso il 06/12/2018

⁷⁵⁵ PAPISCA, Antonio. **La Dichiarazione universale dei Diritti Umani commentata.** Disponibile su <<http://unipd-centrodirittiumani.it/it/dossier/La-Dichiarazione-Universale-dei-diritti-umani-commentata-dal-Prof-Antonio-Papisca/3>> Accesso il 06/12/2018

Dichiarazione) e al suo interno devono essere garantiti i diritti dei bambini (articolo 25) e degli altri componenti”.

In conclusione, vale citare che l'Assemblea Generale della ONU ha approvato due patti per dare giuridicità ai precetti della D.U.D.U.: il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed il Patto Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali. In entrambi sono esaltati sia il diritto alla libera formazione della famiglia che l'obbligo di rispetto e protezione a questa.

La Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo: La Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo, il cosiddetto Patto di San José da Costa Rica, è il principale strumento di protezione dei diritti civili e politici già concluso nel Continente Americano, e il che conferisce supporto assiologico e completezza a tutte le legislazioni interne dei suoi Stati parti.⁷⁵⁶

Firmato nel 1969, il Patto di San José da Costa Rica è entrato in vigore internazionale il 18 luglio 1978, occasione in cui ha ottenuto il numero minimo di 11 ratifiche.⁷⁵⁷

Riguardo specificamente al tema oggetto della presente tesi, il Patto prevede il rispetto delle scelte dei modelli familiari quando, nel suo articolo 17, dichiara che: “1. La famiglia è l'elemento naturale e fondamentale della società e deve essere protetta dalla società e dallo Stato. 2. È riconosciuto all'uomo e alla donna il diritto di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia se avranno l'età e le condizioni stabilite dalle leggi interne, nella misura in cui esse non ledi il principio della non-discriminazione stabilito in questa Convenzione. 3. Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei contraenti”.

Dalla lettura dell'articolo 17 di cui sopra si evince che la libertà nella formazione della famiglia consiste in un diritto assicurato dal Patto di San José da Costa Rica, non potendo, in nessun modo, subire qualunque intromissione arbitraria dello Stato nella scelta del modello familiare.

È bene dire che il concetto di famiglia, per la Convenzione Americana di Diritti Umani, supera assai quello tradizionale, formato dal matrimonio di un uomo e una donna.

In effetti, non si può dimenticare che l'interpretazione del concetto di famiglia deve sempre accompagnare la realtà sociale. Così, anche se il testo è

⁷⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre os Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010. P. 18

⁷⁵⁷ L'articolo 74, item 2, del Patto prevede: “La ratifica o l'adesione alla Convenzione ha luogo con il deposito di uno strumento di ratifica o adesione presso il Segreterato dell'Organizzazione degli Stati Americani. La Convenzione entra in vigore al deposito dell'undicesimo strumento di ratifica o adesione. Rispetto ai singoli Stati che ratificano o aderiscano successivamente, la Convenzione entra in vigore alla data del deposito dello strumento di ratifica o adesione”.

lo stesso sin dall'elaborazione del Patto, la famiglia non è più la stessa, avendo subito grandi trasformazioni col passare del tempo.

In base a quanto detto sopra, nell'ambito di attuazione del Patto di San José da Costa Rica, si dimostra assolutamente violatrice dei diritti umani qualunque regola interna o atto di Stato che non rispetti il tipo di famiglia scelto dalle persone, seppur poligamico.

Si passa adesso all'analisi del contenuto del Trattato Europeo sui Diritti Umani.

La Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e Libertà Fondamentali: Ancora sotto l'impatto della smisurata violenza decorrente dalla Seconda Guerra Mondiale, il Consiglio di Europa, fondato nel 1949, con sede a Strasburgo, in Francia (da non confondere col Consiglio Europeo, che racchiude soltanto i Paesi membri dell'Unione Europea ed è stato fondato formalmente nel 2009, con sede a Bruxelles, in Belgio), ha istituito la Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e Libertà Fondamentali.

Fra i sistemi regionali di protezione dei diritti umani, si tratta, senza dubbio del più autorevole strumento.

Interessante sottolineare subito che, oltre alla Convenzione ora sotto analisi, l'Europa conta su un altro sistema di protezione di Diritti Umani stabilito tra i Paesi che compongono l'Unione Europea (ben 28, compreso il Regno Unito, ancora in via processo di uscita alla stesura del presente testo).

Infatti, questo strumento, esclusivo dei Paesi dell'Unione Europea, è denominato la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ed è stata elaborata a partire da una dichiarazione (composta da rappresentanti del Parlamento Europeo, dei Parlamenti nazionali, della Commissione Europea e dei governi degli Stati-membri) proclamata a Nizza, il 7 dicembre 2000, e con forza vincolante dal 1° dicembre 2009, data dell'ingresso in vigore del Trattato di Lisbona.⁷⁵⁸

L'Unione Europea (UE), pur avendo il suo proprio strumento, ha anche aderito alla Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e Libertà Fondamentali, come emerge dall'articolo 6° del Trattato della UE⁷⁵⁹.

Così, per l'ambito ristretto di questa ricerca, meno ampio e dato che l'Unione Europea, come si è detto, è di fatto e di diritto aderente alla Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e Libertà Fondamentali, nel presente lavoro si studierà soltanto lo strumento di cui sopra, senza investigare il contenuto della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

⁷⁵⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2017. P. 137

⁷⁵⁹ Tratado da União Europeia. Disponibile su < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Accesso il 23/01/2019

Tornando alla Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e Libertà Fondamentali, occorre sottolineare che i 47 Paesi che oggi fanno parte del Consiglio di Europa sono firmatari ed hanno già ratificato la Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e Libertà Fondamentali.

Riguardo al tema oggetto del presente studio, si sottolinea che anche la Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e Libertà Fondamentali difende la libera formazione familiare, qualunque sia il modello scelto.

Infatti, l'articolo 8° della Convenzione stabilisce il Diritto al rispetto della vita privata e familiare quando prevede che: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui".⁷⁶⁰

Si nota chiaramente che la vita privata familiare (il matrimonio e le unioni stabili sono classicamente scelte della vita privata di ognuno) è protetta dalla Convenzione Europea di Diritti Umani, non potendo esservi l'ingerenza dello Stato, a meno che prevista dalla legge. Questa previsione, ad ogni modo, è di carattere interno di ogni Paese e trova i suoi limiti, ovviamente, nelle altre norme internazionali di Diritti Umani, compresa la propria convenzione Europea, che nell'articolo 12, stabilisce che "a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto".⁷⁶¹

Il concetto di "vita familiare privata", previsto nel suaccennato articolo 8°, lo si sta ampliando, conforme l'evoluzione sociale, come avverte Rossana Palladino⁷⁶², che afferma che in sostanza, dal breve excursus giurisprudenziale emerge che i confini della nozione di "vita familiare" tendono progressivamente ad ampliarsi per effetto di una Corte attenta a registrare i cambiamenti sociali connessi alla naturale evoluzione dei costumi e della società nella quale Questa opera.

Quindi, i Paesi aderenti alla Convenzione non possono fare a meno di accettare, con tutte le sue caratteristiche, la scelta del modello familiare di

⁷⁶⁰ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponibile su < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>> Accesso il 23/01/2019

⁷⁶¹ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponibile su < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>> Accesso il 23/01/2019

⁷⁶² PALLADINO, Rossana. **Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo**. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali. Bari: Cacucci Editore. 2012. p. 28.

ognuno, soprattutto se tale scelta osserva le norme interne dello Stato di origine, nel caso dei migranti.

Nonostante la chiarezza del testo della Convenzione Europea, si vedrà avanti che la Commissione e la Corte Europea di Diritti Umani resistono nel posizionarsi in modo fermo e favorevole al rispetto assoluto della scelta del modello familiare delle persone.

Analizzata la Convenzione Europea di Diritti Umani, si passa alla verifica della Carta Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli.

La Carta Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli: Fra i tre principali sistemi regionali di protezione dei diritti umani, il più recente è l'africano. Di conseguenza, il meno consolidato.

Adottata dall'Assemblea dei rappresentanti dell'Organizzazione dell'unità Africana il 27 giugno 1981, a Nairobi, in Kenya, la Carta Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli si prefigge di stabilire gli strumenti per la lotta contro il colonialismo ed il razzismo⁷⁶³ e conta attualmente sull'adesione di 53 Paesi, tranne il Sudan del Sud, l'unico Stato Africano a non firmarla e ratificarla.

La Carta Africana è relativamente differente da quella Europea e Americana. Mentre le sue congeneri hanno un approccio mirato piuttosto sull'individuo, l'Africana si occupa dei diritti collettivi decorrenti dal rispetto delle tradizioni storiche del popolo Africano, non per altro si chiama Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli.

Un'altra sua caratteristica interessante è che contempla alcuni doveri, oltre che diritti. Nella Parte I, al Capitolo I, vi sono, genericamente, i Diritti Umani e dei Popoli, che vanno dal 2° al 26° articolo. Dal 27° al 29° articolo sono contemplati alcuni doveri degli individui.

Per ciò che concerne la questione della formazione della famiglia all'interno della Carta, materia oggetto del presente lavoro, urge sottolineare che la Carta Africana, nel suo articolo 18⁷⁶⁴, è tassativa nell'affermare che "la famiglia è l'elemento naturale e la base della società. Essa deve essere protetta dallo Stato, che deve vegliare sulla sua salute fisica e morale". Da notare che il dispositivo protegge la famiglia, senza limitare la sua portata ad un modello familiare prestabilito.

Maria José Morais Pires⁷⁶⁵ ricorda che l'articolo 18.º si prefigge di proteggere la famiglia, la donna, i bambini, gli anziani e i disabili. Le garanzie

⁷⁶³ BICUDO, Hélio. **Defesa dos Direitos Humanos: sistemas regionais** Disponibile su < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100014>. Accesso il 09/12/2017

⁷⁶⁴ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponibile su < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Accesso il 04/02/2019

⁷⁶⁵ PIRES, Maria José Morais. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Documentação e Direito comparado 79/80. P. 335. Disponibile su < http://www.dhnet.org.br/diritti/sip/africa/ua_pires_carta_africana_diritti_popoli.pdf>. Accesso il

vanno oltre alla “discriminazione positiva” ed impongono obblighi allo Stato, nonostante i termini generici e imprecisi.

Non vi è, quindi, come scostare dalla piena protezione della Carta Africana dei Diritti Umani e dei Popoli la formazione del modello familiare poligamico.

I Diritti umani nel mondo musulmano: Se l’allineamento teorico delle disposizioni della Dichiarazione universale dei Diritti Umani (D.U.D.U.) col mondo Occidentale è un fatto, non si può dire lo stesso rispetto ai Musulmani.

Come sottolinea Hidelberg Alves da Frota⁷⁶⁶, adottata e proclamata dalla Risoluzione n. 217 A (III) dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, la Dichiarazione universale dei Diritti Umani ha la sua legittimità contestata nel mondo musulmano, più specificamente a partire dalla Rivoluzione Islamica dell’Iran nel 1979, che ha trasformato la monarchia pro Occidente dello Scià Reza Pahlavi in una Repubblica islamica con contorni di teocrazia ad orientamento Sciita.

Effettivamente, una delle principali ragioni della dissonanza tra il mondo Occidentale e quello Musulmano sull’accettazione dell’universalità della D.U.D.U. risiede nel fatto che questa Dichiarazione difende la libertà di religione e di matrimonio, il che non trova sostegno nella Shari’ah, la base dottrina dei Musulmani.

Ma questi stessi dissensi hanno dato il via all’elaborazione di documenti atti a regolare la questione dei diritti umani negli Stati Musulmani, allineandoli esattamente alle disposizioni della Shari’ah.

Il sistema di protezione dei diritti umani nel mondo arabo manca ancora di effettività, e questo perché non vi è ancora un Tribunale con giurisdizione sugli Stati membri a far rispettare le norme elencate nelle Dichiarazioni in vigore. Ma, come afferma il proprio Mazzuoli⁷⁶⁷, sebbene ancora poco effettive, è importante capire quali azioni minime siano state prese dai Paesi arabi nell’ambito della promozione e protezione dei diritti umani.

Sono tre i principali documenti prodotti dal mondo Musulmano sui Diritti Umani, quali la Dichiarazione Islamica dei Diritti dell’Uomo, del 1990, la Carta Araba dei Diritti dell’Uomo, del 1994 (emendata nel 2004), e la Dichiarazione del Consiglio Islamico d’Europa, del 1981. Nel presente lavoro saranno analizzati i due primi, dato che quest’ultimo, sebbene importante, non è un documento interstatale come lo sono i primi due.

05/02/2019

⁷⁶⁶ FROTA, Hildemberg Alves da **Reflexões sobre os direitos Humanos no mundo Muçulmano**. Disponibile su < <https://tematicasjuridicas.wordpress.com/2010/12/16/direitos-humanos-e-o-mundo-muculmano/> >. Accesso il 06/02/2019

⁷⁶⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo: RT, 2016. P. 1.036

Il primo è la Dichiarazione Islamica dei Diritti dell’Uomo, del 1990, conosciuta anche come la Dichiarazione del Cairo, composta da prefazione e altri 25 articoli. L’articolo 25⁷⁶⁸ della Dichiarazione del Cairo prevede testualmente che “la Shari’ah Islamica è la sola fonte di riferimento per l’interpretazione di qualsiasi articolo della presente Dichiarazione”.

Il secondo documento è la Carta Araba dei Diritti dell’Uomo, del 1993.

Spiegando riassuntivamente la genesi della Carta Araba, Mazzuoli⁷⁶⁹ afferma che la Divisione Giuridica del Segretariato Generale della Lega Araba⁷⁷⁰ è stata responsabile per la stesura della prima versione della *Carta*, sottomessa in seguito all’analisi dei membri della Lega nel 1979. Nel 1985, prendendo in considerazione le osservazioni della prima versione, la Commissione Permanente Araba per i Diritti Umani ha presentato un nuovo testo sostitutivo, il quale è stato rifiutato dal Consiglio della Lega. Nel 1993, nel Cairo, la Commissione ha presentato una terza versione del progetto, approvata dal Consiglio della Lega Araba il 15 settembre 1994, dando origine alla *Carta Araba di Diritti Umani*.

Occorre sottolineare che la Carta Araba di Diritti Umani è stata aggiornata nel 2004, come spiega lo stesso Mazzuoli⁷⁷¹.

Riguardo alla materia oggetto del presente lavoro, ovvero, l’accoglienza, da parte dei sistemi di protezione dei diritti umani, di ogni forma di famiglia, plurali comprese, occorre ricordare che le due dichiarazioni Musulmane descritte sopra hanno come base, espressa o tacita, l’obbedienza alla Shari’ah, le leggi che regolano l’Islam.

Si è già visto nel Capitolo I che l’Islam accetta testualmente i rapporti poligamici purché maschili, e rifiuta la possibilità della poliandria, ossia, il rapporto tra una donna con più di un uomo. In questo modo, risulta importante la protezione che i sistemi Musulmani di Diritti Umani conferiscono ai modelli familiari molteplici, con le proprie riserve della dottrina religiosa che seguono.

⁷⁶⁸ Declaração do Cairo, disponibile su < <http://hrlibrary.umn.edu/instree/cairodeclaration.html> >. Accesso il 08/02/2019

⁷⁶⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso di Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo: RT, 2016. P. 1.037

⁷⁷⁰ “La Lega degli Stati Arabi (LEA), creata nel 1945, con sede nella città del Cairo. L’organizzazione conta su 22 membri: Arabia Saudita, Algeria, Bahrain, Qatar, Comore, Djibouti, Egitto, Emirati Arabi Uniti, Yemen, Iraq, Giordania, Kuwait, Libano, Libia, Marocco, Mauritania, Palestina, Siria (sospesa), Oman, Somalia, Sudan e Tunisia”. (Estratto dal sito < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/mecanismos-inter-regionais/3682-liga-dos-Estados-arabes-lea> >. Accesso il 08/02/2019.

⁷⁷¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso di Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo: RT, 2016. P. 1.036

È bene che si dica che qui non si sta analizzando se i sistemi di protezione Musulmani di Diritti Umani sono, complessivamente, giusti o efficaci. Il presente esame interessa soltanto la questione della libertà nella formazione di famiglie.

Si passa all'analisi dell'eventuale sistema di protezione dei diritti umani nel mondo Asiatico.

Il sistema di protezione dei diritti umani nel mondo Asiatico: Si è visto sopra che vi sono sistemi di protezione dei diritti umani interamericano, Europeo, Africano e Musulmano.

Ma la questione che resta è: vi è qualche documento regionale vincolante di protezione dei diritti umani nel mondo Asiatico? La risposta è negativa.

Il Continente Asiatico non dispone assolutamente di nessun trattato di protezione dei diritti umani di ambito Regionale.

Vi sono, si sa, delle iniziative che provano a stimolare la creazione di un sistema intergovernativo di Diritti Umani in Asia, ma il fatto è che non vi è nessun documento di ambito regionale vincolante di protezione di Diritti Umani nel mondo Asiatico.

La Convenzione di Ginevra – La Convenzione delle Nazioni Unite relativa ai rifugiati: È certo, come si è già visto, che tutto quanto si è detto fino adesso sulla condizione personale dei migranti comprende sia coloro che si spostano in modo forzato che quelli lasciano volontariamente il proprio Paese di origine.

Ad ogni modo, occorre ricordare l'esistenza di uno strumento universale specifico per i casi dei rifugiati di guerra che assicura tassativamente il rispetto dei diritti personali dei migranti, di cui si parlerà adesso.

Gli aspetti Generali della Convenzione di Ginevra sono già stati delineati nel Capitolo II. Specificamente sul tema oggetto di analisi in questo sottocapitolo, conviene ricordare che riguardo al rispetto dei diritti personali dei rifugiati, essa è assolutamente espressa, nel suo articolo 12, nel senso che lo statuto personale di un rifugiato sarà retto dalla legge del Paese del suo domicilio, o, nella mancanza di un domicilio, dalla legge del Paese di sua residenza e che i diritti acquisiti anteriormente dal rifugiato e decorrenti dallo statuto personale, e, ovviamente, quelli derivati dal matrimonio, saranno rispettati da uno Stato contrattante.

Dalla lettura della Convenzione di Ginevra del 1951, articolo 12, si evince che: la) la scelta del modello familiare è un diritto personale di ognuno, essendo certo che la categoria "matrimonio" deve essere interpretata in maniera estensiva alle altre forme di unione; b) questo diritto personale deve essere obbligatoriamente rispettato dallo Stato ricettore del Rifugiato.

Le eccezioni della parte finale dell'articolo 12⁷⁷² menzionato anteriormente devono essere applicate a coloro non ancora in possesso di famiglia costituita

⁷⁷² "...eccetto, eventualmente, il rispetto alle formalità previste dalla legislazione del riferito Stato, inteso, tuttavia, che il diritto in causa deve essere di coloro che sarebbero riconosciuti dalla legislazione del riferito Stato se l'interessato non fosse diventato un rifugiato"

nel Paese di origine. Una diversa interpretazione violerebbe le dichiarazioni dei diritti umani già studiate sopra, poiché, nel caso, ad esempio, di un rifugiato proveniente da un Paese che ammetta i rapporti poligamici e che abbia già optato per questo tipo di modello, esso sarebbe costretto a dover scegliere soltanto uno dei partners e abbandonare l'altro, il che non si può cogitare.

Conclusa l'analisi dei Sistemi universali e regionali di Diritti Umani e della Convenzione di Ginevra del 1951, si passa all'analisi della questione della Sovranità nei rapporti delle norme previste nei Trattati internazionali.

Il ruolo del Diritto Internazionale Privato rispetto al riconoscimento della Poligamia: Si è vista la questione dei rapporti poligamici alla luce del Diritto Internazionale Pubblico. Si è detto che gli Stati sono obbligati ad accogliere la libera scelta del modello di famiglia della persona umana nel caso di adesione, da parte di tali Stati, ai Trattati di protezione ai diritti Fondamentali visti anteriormente.

Va da sé che rispettando le regole dei trattati internazionali a cui hanno aderito, gli Stati, in un modo o in un altro, rispetteranno anche l'individuo straniero. La relazione legale tra questo individuo ed il Paese ricevitore è oggetto di regolamentazione a norma del Diritto Internazionale Privato.

L'esistenza del Diritto Internazionale Privato si giustifica nella misura in cui è ovvia la diversità legislativa tra gli Stati, il che porta alla necessità di definire, nei casi concreti, la norma da applicare allo straniero migrante, se quella dell'origine o se quella della destinazione.

Considerata questa realtà, si analizza ora l'applicazione, appunto, del Diritto Internazionale Privato, specificamente nelle ipotesi di matrimoni (o unioni stabili) poligamiche, tema del presente lavoro.

Nello stretto ambito di analisi del presente lavoro non è possibile, ovviamente, studiare in che modo ognuno degli Stati decide sul tema dell'applicazione della legge nello spazio, se del Paese di origine o di destinazione, anche perché le decisioni variano conforme all'ipotesi concreta. Così, si farà un'analisi generica.

Una delle principali fonti del Diritto Internazionale Privato, curiosamente, viene da uno strumento tipico del diritto pubblico, che sono le Convenzioni, più precisamente, in questo caso, la Convenzione dell'Aia, documento estratto dalla "*Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato*", che conta oggi su 83 membri, conforme alla pagina ufficiale internet.⁷⁷³

Frutto della conferenza, le Convenzioni dell'Aia⁷⁷⁴ trattano su diversi temi. Quanto al matrimonio, il più autorevole documento internazionale per la

⁷⁷³ HCCH. HCCH members. Disponibile su <<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>>. Accesso il 01/08/2019.

⁷⁷⁴ Enciclopedia on line Treccani. Disponibile su <<http://www.treccani.it/enciclopedia/conferenza-dell-aia-di-diritto-internazionale-privato/>>. Accesso il 01/08/2019

regolazione delle norme di Diritto Internazionale Privato è la Convenzione dell'Aia n° 26⁷⁷⁵, la quale, nel suo preambolo, afferma che “The States signatory to the present Convention, Desiring to facilitate the celebration of marriages and the recognition of the validity of marriages, Have resolved to conclude la Convention to this effect, and have agreed on the following provisions”.⁷⁷⁶

L'articolo 2^{o777} di questa convenzione chiarisce che i requisiti formali per i matrimoni saranno retti dalla legge dello Stato di celebrazione. Più avanti, nell'articolo 9, la stessa convenzione dispone che “a marriage validly entered into under the law of the State of celebration or which subsequently becomes valid under that law shall be considered le such in all Contracting States, subject to the provisions of this Chapter”.⁷⁷⁸

La lettura delle clausole sopra potrebbe far credere che il conflitto delle leggi nello spazio, tra i Paesi firmatari della Convenzione dell'Aia, sarebbe superato e che, nell'ipotesi di matrimoni poligamici realizzati legalmente nei Paesi di origine si applicherebbero le leggi dello Stato della Celebrazione anche se gli sposi fossero in altri Paesi. Ma non è ciò che accade.

La Convenzione 26 dell'Aia, sotto l'ottica del Diritto Privato, favorisce il rifiuto all'unione poligamica dagli Stati monogamici. In effetti, uno Stato contrattante può rifiutare di riconoscere la validità di un matrimonio soltanto dove, al momento del matrimonio, sotto la legge di quello Stato, uno dei coniugi fosse già coniugato. Questo è il contenuto dell'articolo 11 della Convenzione 26 dell'Aia.

Oltre alla regola restrittiva del paragrafo anteriore, gli articoli 5 e 14 portano un'ipotesi di eccezione di applicazione del diritto straniero, che avviene nel caso di offesa all'ordine pubblico.

Le ipotesi illustrate negli articoli 5 e 13 sono chiamate *ordre public exception* (eccezione di ordine pubblico), su cui parla Davide Strazzari⁷⁷⁹, che afferma che il “private international law provides the States with instruments

⁷⁷⁵ HCCH. Convention on Celebration and Recognition of the validity of Marriages. Disponibile su <<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>>. Accesso il 01/08/2019.

⁷⁷⁶ Libera traduzione dell'autore: “Gli Stati firmatari della presente Convenzione, desiderosi di facilitare la celebrazione di matrimoni ed il riconoscimento della validità dei matrimoni, decidono celebrare una Convenzione a questi effetti e si sono accordati sotto le seguenti previsioni”.

⁷⁷⁷ HCCH. Convention on Celebration and Recognition of the validity of Marriages. Disponibile su <<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>>. Accesso il 01/08/2019.

⁷⁷⁸ Libera traduzione dell'autore: Un matrimonio validamente celebrato sotto la legge dello Stato della celebrazione o che diventi susseguentemente valido sotto quella legge sarà considerato come tale in tutti gli Stati contrattanti, e sottomesso alle previsioni di questo Capitolo”.

⁷⁷⁹ STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

allowing them to hamper the application of foreign law or the enforcement of foreign decision when they appear to violate some fundamental principle of the legal order. This is done through the *ordre public* (public policy) exception".⁷⁸⁰

In effetti, pur essendoci una convenzione internazionale chiara nel senso che i matrimoni devono seguire le regole del luogo della celebrazione e che gli Stati devono accogliere i matrimoni di stranieri realizzati regolarmente nell'origine, la stessa convenzione porta una regola di eccezione di tipo assolutamente soggettivo, dando agli Stati il potere di non accogliere le unioni matrimoniali che violino l'ordine pubblico.

Tornando alla questione centrale del presente lavoro – la poligamia – Davide Strazzari⁷⁸¹ ha analizzato l'accettazione (o no) di questo tipo di famiglia in Belgio e in Francia. L'autore ha sottolineato che ambi gli Stati sono stati più rigorosi nell'analisi dei casi concreti, negando il riconoscimento di queste unioni plurali, pure quanto agli effetti indiretti (o periferici), come il riconoscimento dei figli, ad esempio.

Lo stesso autore⁷⁸² ricorda che "France dealt with the issue of polygamous marriage in the context of immigration rules in the '90s when the statute imposed the so called "decohabitation" process. Polygamous families were forced to split facing otherwise a risk of being deported. Since then, no stay permit may be issued to the second spouses, nor to the sons of a polygamous marriage".⁷⁸³

Strazzari⁷⁸⁴ ricorda il caso del Belgio, che ha proibito il ricongiungimento familiare in favore del secondo coniuge di un'unione poligamica ed ha esteso la proibizione ai figli. Nonostante ciò, il tribunale costituzionale belga ha rifiutato la

⁷⁸⁰ Libera traduzione dell'autore: "Il diritto internazionale privato fornisce agli Stati degli strumenti che gli permettono di impedire l'applicazione di leggi straniere o l'esecuzione di decisioni straniere quando esse sembrano violare qualche principio fondamentale dell'ordine giuridico. Questo avviene tramite l'eccezione di ordine pubblico (*public policy*)".

⁷⁸¹ STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception le la means to protect fondamentale rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

⁷⁸² STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception le la means to protect fondamentale rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

⁷⁸³ Libera traduzione dell'autore: "La Francia ebbe a che fare con la questione del matrimonio poligamo nel contesto delle regole di immigrazione negli anni 90, quando una legge impose il così chiamato "processo di decoabitazione". Le famiglie poligamiche sono state costrette a dividersi, sotto pena di essere deportate. Da allora, nessuna autorizzazione di permanenza può essere concessa ai secondi coniugi, né ai figli di un matrimonio poligamo".

⁷⁸⁴ STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception le la means to protect fondamentale rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legale Pluralism in Europe and the ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

limitazione relativa ai figli considerando che essa contrariava il migliore interesse del bambino.

Malgrado questa resistenza nel riconoscere la validità dei matrimoni poligamici, sia la Francia che il Belgio hanno attualmente flessibilizzato il riconoscimento degli effetti secondari di queste unioni plurali, determinando, in molti casi, la condivisione di pensioni tra i membri dell'unione, come registra Strazzari⁷⁸⁵.

La domanda che emerge, sulla base di quanto detto finora sull'applicazione delle regole di Diritto Internazionale Privato nei casi di poligamia, è: considerando che si vive in società irreversibilmente multiculturali, il rifiuto del riconoscimento delle famiglie poligamiche in base alla "eccezione di ordine pubblico" trova sostegno nei già citati ed analizzati Trattati Internazionali di Diritti Umani? La risposta è chiaramente negativa.

Si è già visto che il diritto alla scelta del modello familiare è un diritto fondamentale della persona umana e si trova nella sfera della sua autonomia privata. Così, si rivela totalmente contrario alle garanzie previste negli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani il rifiuto al riconoscimento della famiglia poligamica in base esclusivamente ad argomenti soggettivi come "l'ordine pubblico". Che rischio può causare all'ordine pubblico una famiglia solo perché formata da più di due membri e per lo più costituita nel rispetto delle norme legali del Paese di origine? La risposta a questa domanda è: nessun rischio.

Si conclude questa parte dicendo che le regole di Diritto Internazionale privato devono essere senz'altro applicate nei casi di migranti, analizzando sempre il caso concreto. Tocca agli Stati decidere se applicare le leggi del Paese di origine o di destinazione o se un misto di entrambe. Ma sicuramente vi sono limitazioni che devono essere osservate dagli Stati, e una di esse è la garanzia dei Diritti Fondamentali dei migranti, tra cui la libera scelta del proprio modello familiare.

La limitazione della Sovranità rispetto ai diritti Umani: Si è visto sopra che la Globalizzazione ed il sorgimento di una società multiculturale sono realtà importanti e, soprattutto, irreversibili. Uno dei corollari di questa realtà è la formazione di Blocchi Regionali di Paesi, che consolidano ancor di più i rapporti multilaterali.

Tutti questi cambiamenti hanno avuto severe conseguenze sulla piena autonomia degli Stati.

Durante molto tempo la Sovranità è stata ritenuta come il potere supremo e insuperabile dato allo Stato, il quale, in nome di questa stessa Sovranità, poteva praticare atti molte volte arbitrari.

⁷⁸⁵ STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), *Legal Pluralism in Europe and the ordre Public Exception: Normative and Judicial Perspectives*. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

Ma il fatto è che questa visione assolutista della Sovranità, intesa come potere Supremo dello Stato, sembra non allinearsi più ai radicali cambiamenti che la Globalizzazione sta operando nelle ultime decadi.

Quell'intoccabile e illimitata Sovranità, ereditata dal potere dei Rei e tramandata allo Stato⁷⁸⁶, sembra non esser più in grado di sostenersi, dato che i Paesi oggi non sono così indipendenti come una volta.

E questo vincolo tra gli Stati si rivela palese col sorgimento dei Blocchi di integrazione come il Mercosul e l'Unione Europea, che hanno creato delle norme sopranazionali che vincola i Paesi membri e gli conferiscono parte del Potere Sovrano.

Oltre ai Blocchi di integrazione tra Paesi, un'altra forma di relativizzazione del Potere Sovrano dello Stato è l'adesione dei Paesi a Trattati e Convenzioni internazionali.

Se è certo che l'adesione a Trattati Internazionali è volontaria e fa parte del Potere Sovrano dello Stato⁷⁸⁷, è ugualmente certo che all'aderire senza restrizioni (compresi tutti i processi interni di validazione legislativa), lo Stato si sottomette alle regole previste nei riferiti Trattati e, pertanto, ha la sua Sovranità limitata da tali regole.

Occorre sottolineare che anche le norme già scritte prima dell'adesione ai Trattati internazionali e della formazione e integrazione dei Blocchi di Paesi sono colpite dalle regole sopranazionali. Compresa la Costituzione, che seppur non riscritta, va reinterpretata alla luce della nuova realtà dello Stato aderente.

Una questione che va affrontata riguarda le misure da adottare nel caso del mancato rispetto dei Trattati internazionali.

Il mancato rispetto dei Trattati Internazionali o delle regole assunte dai Paesi aderenti ai Blocchi Regionali e Organizzazioni, come la ONU, ad esempio, oppure la violazione dei principi stabiliti da questi organismi, può giustificare una denuncia all'interno degli organismi stessi o nei Tribunali internazionali, con l'applicazione della rispettiva sanzione ad ogni tipo di violazione.

È evidente che si è consapevoli delle difficoltà inerenti all'applicazione delle sanzioni imposte e non si è nemmeno così ingenui da immaginare che gli Stati più potenti siano puniti con lo stesso rigore e frequenza dei meno potenti.

⁷⁸⁶ "Col superamento dello Stato Assoluto ed il conseguente sorgimento dello Stato Moderno, la Sovranità è stata trasferita dal sovrano alla Nazione, seguendo la concezione razionale e liberale difesa da pensatori come Emanuel Joseph Sieyès, espressa nel libro *A Constituinte Burguesa e sistematizzata dalla sua Teoria do Poder Constituinte*." (CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponibile su < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Accesso il 03/12/2017. p. 8)

⁷⁸⁷ In questo senso, Hans Kelsen afferma che in generale, si può dire che il trattato non danneggia la Sovranità, poiché, definitivamente, questa limitazione si basa sulla propria volontà dello Stato limitato; anzi, in virtù di questa limitazione, resta assicurata la Sovranità statale. (KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho e del Estado*. 3 ed. Ciudad de México: UNAM, 1969. P. 421)

L'unica cosa che si vuole mostrare è che la violazione dei Trattati e Principi internazionali può senz'altro giustificare delle punizioni. La forma di punire esiste, ma la sua equanime e lineare applicazione, si sa, è tutt'altro che assicurata.

La limitazione della Sovranità con focus sui Diritti Umani: Si è già detto più volte che dal momento in cui aderisce a Trattati internazionali o a Blocchi di Paesi retti da norme comuni, lo Stato, nell'utilizzare il potere di decisione che essi hanno, deve fare i conti con la limitazione della sua Sovranità.

Infatti, di sistemi internazionali di protezione dei diritti umani nel mondo ve ne sono tanti. Quasi tutti i Paesi sono protetti da Trattati internazionali che impongono il rispetto delle regole atte a dare una vita degna alla popolazione.

Ma non tutto è così semplice quanto possa sembrare. La limitazione della Sovranità nel campo dei Diritti Umani non è bene accolta dagli Stati più potenti, soprattutto nelle ultime decadi, in cui le varie crisi umanitarie hanno spinto milioni di persone da Paesi in guerra o colpiti da catastrofi ambientali, a migrare verso luoghi più sicuri e meglio strutturati.

Nonostante questo, indipendentemente dalle difficoltà di implementazione e di rispetto integrale delle norme di protezione dei diritti umani, il fatto è che esse esistono e devono essere rispettate, sotto pena di eventuali e severe misure punitive, esaurito ogni previo tentativo di soluzione diplomatica.

Nel caso specifico del tema del presente lavoro, resta evidente che vi sono norme internazionali basate sulla D.U.D.U. e sui diversi Trattati che determinano il rispetto dei diritti della persona umana. E tra questi vi è il rispetto della formazione della famiglia, il cui concetto è ormai ampio e racchiude ogni forma di modello familiare, monogamico, poligamico, eteroaffettivo od omoaffettivo. Di conseguenza, i Paesi aderenti ai Trattati sono tenuti a rispettare la condizione personale dei migranti che ricevono, pur essendo una formazione familiare plurale ammessa e costituita nei loro Paesi di origine.

Non si entra nell'obbligatorietà dell'accettazione della poligamia dei rapporti costituiti sulla base del diritto interno di ogni Paese. Ma ci si ricorda: se un migrante ha la famiglia poligamica legalmente costituita nel suo Paese di origine, oltre ad accettare l'ingresso e la permanenza di queste persone nei loro territori, gli Stati sono tenuti ad accogliere questa condizione e a promuovere l'integrale ricongiungimento familiare di queste persone, sotto pena di violazione dei diritti umani elencati nei corrispondenti trattati internazionali.

Capirlo diversamente significherebbe accettare l'assurda e disumana scelta imposta al migrante del dover scegliere quale sposa e figli portare nel nuovo Paese e quali abbandonare alla propria sorte nel Paese di origine. Questa situazione non tiene conto delle più semplici regole dei diritti umani.

Vista la questione della relativizzazione della Sovranità, si passa all'analisi di alcune decisioni delle Commissioni e delle Corti Internazionali applicabili direttamente o indirettamente al tema oggetto del presente lavoro.

Le decisioni sul diritto degli stranieri rispetto alla poligamia: Questo punto tratterà di alcune decisioni della Magistratura di tre Paesi europei che ricevono un gran numero di migranti, Germania, Spagna e Italia. Saranno anche analizzate le decisioni della Magistratura degli Stati Uniti d'America, un Paese, come si sa, con una popolazione fortemente poligamica. In conclusione, saranno analizzati gli assunti della Corte Interamericana di Diritti Umani e della Corte Europea di Diritti Umani.

La Giustizia degli Stati Uniti della America: Non è nessuna novità che nello Utah, negli Stati Uniti, i Mormoni Fondamentalisti vivono unioni poligamiche. Si è già parlato di questo anteriormente.

Così, la Giustizia di quello Stato Americano si vede periodicamente nell'obbligo di dover discutere la legalità di queste unioni plurali.

Il più famoso caso di guerra giudiziale coinvolgendo la poligamia nello Utah è iniziata nel 2010, col debutto della serie televisiva *Sister Wives*, trasmessa dalla Rete TLC.

*Sister Wives*⁷⁸⁸ è un *reality show* che accompagna la vita di una famiglia poligamica formata dal patriarca Kody Brown, le sue quattro spose e i loro figli. A causa dell'esposizione, Kody Brown è stato investigato dal Pubblico Ministero dello Utah. Posteriormente, la propria famiglia plurale ha citato in giudizio lo Stato con l'accusa di persecuzione per la scelta del suo modello familiare.⁷⁸⁹

Il 13 dicembre 2013, Clark Waddoups⁷⁹⁰, il Giudice in carica, ha ritenuto incostituzionali alcune parti delle leggi anti-poligamia dello Utah e ha dichiarato che nulla impedisce la proibizione del matrimonio poligamico, ma il divieto delle coabitazioni molteplici lede i diritti delle famiglie. Così, siccome Kody Brown era coniugato soltanto con una donna e con le altre soltanto coabitava, non poteva essere punito.

Per questa sua decisione, il Giudice Clark Waddoups si è basato su un precedente della Suprema Corte degli Stati Uniti, che nel 2003, nel caso *Lawrence vs Texas*, ha respinto⁷⁹¹ le leggi di Sodomia dello Stato del Texas con l'argomento del doveroso rispetto alla vita privata di ognuno e affermando che l'interferenza dello Stato lede il 14° Emendamento della Costituzione Americana. La stessa tesi serve a sostegno dell'illegalità della proibizione dei rapporti poligamici.

⁷⁸⁸ TLC Television. **Sister Wives** Disponibile su <<https://www.tlc.com/tv-shows/sister-wives/>>. Accesso il 24/02/2019

⁷⁸⁹ The Salt Lake Tribune. Disponibile su <https://archive.slttrib.com/article.php?id=52182460&itype=CMSID> Accesso il 24/02/2019

⁷⁹⁰ Sentenza disponibile su https://ecf.utd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?211cv0652-78. Accesso il 24/02/2019

⁷⁹¹ Decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *Lawrence vs Texas* disponibile su <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf>> Accesso il 24/02/2019

Non vi è ancora una decisione specifica della Suprema Corte sulle unioni plurali.

Un'altra decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti che può essere usata come precedente per la legalizzazione delle unioni poligamiche negli Stati Uniti è quella presa nel 2013 e che ha considerato incostituzionale⁷⁹² buona parte del "Defense of Marriage Act"⁷⁹³ - "Legge di Difesa del Matrimonio" -, una norma conservatrice approvata dal congresso americano nel 1996 che restringeva il matrimonio all'unione tra un uomo ed una donna. La Suprema Corte ha deciso che la limitazione a soltanto un tipo di modello familiare, nel caso il matrimoniale eterosessuale, lederebbe il 5° Emendamento degli Stati Uniti. La Corte ha validato un matrimonio omoaffettivo.

Sempre su questa stessa linea, nel lontano 1967, la Suprema Corte Americana ha emesso sentenza nel caso *Loving vs Virginia*, considerando⁷⁹⁴ incostituzionale la legge dello Stato imputato che proibiva il matrimonio interraziale. Questa decisione è servita come modello per un'altra decisione della stessa Corte nel 2015, nel caso *Obergefell v. Hodges*⁷⁹⁵, quando si è garantito il diritto fondamentale anche al matrimonio delle coppie omoaffettive.

La Giustizia della Germania: La Germania, come si sa, è uno dei Paesi che più riceve migranti nel mondo, tra cui molti di origine Musulmana che seguono la Shari'ah, che ammette (si è già visto anteriormente) i rapporti poligamici. I Tribunali tedeschi hanno già avuto casi coinvolgendo il riconoscimento – o no – di rapporti poligamici, come si vedrà.

Con decisione⁷⁹⁶ proferita a marzo del 2004, un tribunale a Kloblenz ha concesso alla seconda sposa di un Iracheno il diritto di rimanere in Germania. La decisione si è basata sul fatto che il marito e le sue due donne – la prima aveva già l'autorizzazione per rimanere nel Paese – vivevano insieme da più di 5 anni e non sarebbe stato giusto espellere dal territorio tedesco soltanto una di esse.

Una recente decisione del Tribunale Federale della più alta giurisdizione Civile della Germania ha sospeso l'efficacia di una legge che proibisce il matrimonio infantile. Il caso coinvolge una coppia siriana - una ragazzina di 14

⁷⁹² La decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *USA vs Windsor* disponibile su < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/case.pdf> >. Accesso il 24/02/2019.

⁷⁹³ Disponibile su < <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-110/pdf/STATUTE-110-Pg2419.pdf> >. Accesso il 24/02/2019

⁷⁹⁴ Versione completa di questa decisione disponibile solo nella versione cartacea, come informa il sito della Suprema Corte degli Stati Uniti. (vedi <https://supreme.justia.com/cases/federale/us/388/1/>. Accesso il 28/02/2019

⁷⁹⁵ Versione completa della decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti disponibile su https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3203.pdf. Accesso il 28/02/2019

⁷⁹⁶ Versione completa della decisione del Tribunale Tedesco disponibile su < https://judicialis.di/Oberverwaltungsgericht-Rheinland-Pfalz_10-La-11717-03-OVG_Urteil_12.03.2003.html >. Accesso il 25/02/2019

anni coniugata con il cugino di 21 anni. Per il Tribunale responsabile della decisione, tutti i matrimoni basati sulla Shari'ah sono validi conforme alla legislazione di base tedesca. Il caso sarà ancora sottomesso alla Corte Costituzionale tedesca.

Il precedente sopra può essere perfettamente applicato ai matrimoni poligamici ugualmente basati sulla Shari'ah.

La giustizia della Spagna: La legislazione in Spagna è assai radicale quanto alla non accettazione della forma poligamica di matrimonio. Nonostante questo, visto che lo Stato non accetta la poligamia, la giustizia Spagnola ammette l'esistenza di alcuni effetti periferici del modello familiare plurale.

Tenendo conto di questa distinzione tra gli effetti nucleari e periferici dei rapporti poligamici, il Tribunale Superiore di Giustizia della Galizia, in Spagna, con decisione⁷⁹⁷ proferita il 2 aprile 2002, ha riconosciuto che, nonostante la proibizione della bigamia in quel Paese, due vedove di un uomo con matrimonio plurale devono condividere la rendita. Vi è stato, quindi, il riconoscimento di fatto dell'esistenza del rapporto bigamo. Vale citare che il deceduto in questo caso era senegalese e si era coniugato nel suo Paese di origine.

È chiaro, pertanto, che non si può sfuggire alla reale esistenza di un gran numero di poligami in Spagna e che le conseguenze giuridiche di questi rapporti esisteranno indipendentemente dal rigore delle leggi nel senso di proibire questa forma di modello familiare.

La Giustizia dell'Italia: Le leggi italiane – come quelle di quasi tutti i Paesi del mondo – proibiscono la poligamia e, di conseguenza, sostengono il principio della monogamia.

Il 23 febbraio 2013, tramite sentenza proferita dalla Corte di Cassazione (sentenza n° 4.948⁷⁹⁸), il Tribunale Italiano ha negato il visto di permanenza richiesto da un figlio in favore della madre marocchina. La Corte ha dichiarato che il padre abitava in Italia, dove si era già coniugato in seconde nozze e che nel caso in cui fosse autorizzata la permanenza della madre del richiedente si sarebbe costituita una famiglia poligamica, modello vietato in Italia. La decisione⁷⁹⁹ si è basata sul fatto che "(...) ritenuto, in ordine al secondo motivo, che la norma applicabile (art. 29 comma primo D.Lgs. n. 286 del 1998) stabilisce un divieto che opera oggettivamente nei confronti delle richieste di

⁷⁹⁷ Versione completa della decisione del Tribunale Superiore di Giustizia di Spagna disponibile su < <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&dbase=AN&reference=2783477&links=bigamia&optimize=20040131&publicinterface=true>>. Accesso il 25/02/2019

⁷⁹⁸ CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza n° 4.948, del 28 febbraio 2013. Disponibile su < <https://www.studiocerbone.com/cassazione-sentenza-n-4948-del-28-febbraio-2013-ricongiungimento-familiare-e-visto-dingresso/>>. Accesso il 15/05/2019

⁷⁹⁹ CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza n° 4.948, del 28 febbraio 2013. Disponibile su < <https://www.studiocerbone.com/cassazione-sentenza-n-4948-del-28-febbraio-2013-ricongiungimento-familiare-e-visto-dingresso/>>. Accesso il 15/05/2019

ricongiungimento familiare proposte in favore del coniuge di un cittadino straniero già regolarmente soggiornante con altro coniuge in Italia, non distinguendo soggettivamente la provenienza della domanda, e al contrario mirando ad evitare l'insorgenza nel nostro ordinamento di una condizione di poligamia, contraria al nostro ordine pubblico anche costituzionale".

Ciò nonostante, a esempio di quanto avviene negli altri Paesi ricettori di migranti, la poligamia è già disseminata anche in Italia, come lo conferma la materia pubblicata il 20/08/2016 su Il Giornale.it⁸⁰⁰, secondo la quale, in quell'anno, vi erano oltre 20.000 casi di poligamia nel Paese.

Infatti, come sottolinea Marco Rizzuti⁸⁰¹, non si può pensare alla realtà quotidiana senza l'arrivo di quelle migliaia di immigranti in condizioni di emergenza sul territorio Italiano. Se è vero, sempre secondo l'autore, che l'ingresso dei migranti non può essere considerato "regolare", è altrettanto vero che non può essere considerato clandestino, dato che avviene "sotto la luce del sole". Così, come ha avuto modo di decidere la Corte Costituzionale stessa (Tribunale Costituzionale, 25 luglio 2011, N. 245, in Foro it, 2012, c 362), la semplice condizione da straniero irregolare nel Paese non può essere considerato impedimento al matrimonio e nemmeno un ostacolo al significato giuridico del rapporto familiare di fatto in cui è coinvolto l'immigrante.

Rizzuti⁸⁰² sottolinea ancora che questo problema del riconoscimento delle unioni poligamiche può colpire non solo i migranti, ma anche i luoghi che seguono la religione Islamica.

Non vi è ancora una decisione conosciuta validando direttamente un matrimonio poligamico in Italia. Ma, come accade in tutto il mondo, gli effetti periferici dei rapporti plurali vengono sempre di più riconosciuti nelle decisioni giudiziali come la soluzione ai problemi sorti tra le persone che adottano questo modello familiare.

In questo senso, incombe citare la decisione⁸⁰³ dell'11 aprile 2001 della Corte di Appello di Torino, che ha autorizzato la permanenza nel Paese di una madre e figlio, frutto di un rapporto bigamo del padre. La Corte ha registrato che "anche l'ulteriore argomento del Tribunale secondo cui osterebbe alla concessione dell'autorizzazione il fatto che si convaliderebbe una situazione di famiglia poligamica contraria ai principi del nostro ordinamento non è

⁸⁰⁰ Il Giornale.it. **In Italia sono 20mila i casi di poligamia.** Disponibile su < <http://www.ilgiornale.it/news/mondo/italia-sono-20mila-i-casi-poligamia-1297833.html>>. Accesso il 28/02/2019

⁸⁰¹ RIZZUTI, Marco. **Il problema dei rapporti familiari poligamici.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 164

⁸⁰² RIZZUTI, Marco. **Il problema dei rapporti familiari poligamici.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 164

⁸⁰³ Versione completa della decisione della Corte di Appello di Torino disponibile su < <http://old.asgi.it/home asgi.php%3Fn=documenti&id=1633&l=it.html>>. Accesso il 26/02/2019

condivisibile. Ciò avverrebbe infatti se il permesso fosse concesso ai sensi degli artt. 28 e 29 per consentire a un coniuge di ricongiungersi con l'altro coniuge in una situazione di famiglia poligamica, ma nel caso di specie l'autorizzazione viene concessa nell'interesse del figlio minore per garantirgli la vicinanza del genitore, indipendentemente dal fatto che questo sia o meno sposato con l'altro genitore del figlio, e che sia sposato in regime monogamico o poligamico. L'autorizzazione è quindi finalizzata a tutelare non una situazione coniugale in ipotesi contraria ai principi dell'ordinamento, ma a realizzare il diritto di un minore a ricongiungersi al genitore o a non essere da lui separato. Del resto la norma in esame dice espressamente che l'autorizzazione può essere data anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico”.

In questo stesso senso, vale citare Sara Vigliotti⁸⁰⁴: “Un ulteriore caso da menzionare è quello affrontato nel 2003 dal Tribunale di Bologna che, con un'ordinanza del 12 marzo, autorizzò l'ingresso della seconda moglie di un cittadino marocchino già regolarmente soggiornante in Italia con la prima moglie. Nonostante nel 2002 l'ambasciata italiana di Rabat avesse emesso un provvedimento di diniego del visto di ingresso, il Tribunale annullò tale provvedimento permettendo alla seconda moglie di ricongiungersi con il figlio, anch'egli regolarmente soggiornante in Italia, sostenendo che la permanenza delle due mogli non era da considerarsi contraria all'ordinamento del nostro paese tenuto conto del fatto che il secondo matrimonio non poteva essere considerato valido nel nostro ordinamento ed era quindi privo degli effetti civili”.

La stessa Sara Vigliotti⁸⁰⁵, dopo aver detto che l'Italia non ammette i rapporti poligamici, ha concluso che è possibile riscontrare un atteggiamento della Giurisprudenza italiana tutt'altro che omogeneo nei confronti della poligamia, restando il divieto di stipula di un matrimonio poligamico in Italia ma, dall'altro lato, consentendo il riconoscimento dello status costituitosi in seguito a matrimonio poligamico legittimamente contratto all'estero.

Si nota con chiarezza che la resistenza nel riconoscere e regolare l'esistenza delle famiglie poligamiche non fa altro che creare imbarazzo agli Stati, visto che essi mantengono la proibizione legale delle famiglie plurali ma, d'altra parte, convivono con esse e devono riconoscere gli effetti decorrenti da questi rapporti.

La Corte Interamericana di Diritti Umani: Il 17 settembre 2010, la Commissione Interamericana di Diritti Umani ha fatto denuncia alla Corte Interamericana contro lo Stato del Cile chiedendo un posizionamento riguardo al “caso Atala Riffo e figlie”, accusando il Cile di discriminazione e interferenza

⁸⁰⁴ VIGLIOTTI, Sara. **Matrimonio e divorzio nel diritto di famiglia marocchino, evoluzione e conservazione.** Casistica e problematiche relative alla recepibilità nell'ordinamento giuridico italiano. Tesi di Laurea. Università Ca'Foscari Venezia. 2014/2015. p. 133

⁸⁰⁵ VIGLIOTTI, Sara. **Matrimonio e divorzio nel diritto di famiglia marocchino, evoluzione e conservazione.** Casistica e problematiche relative alla recepibilità nell'ordinamento giuridico italiano. Tesi di Laurea. Università Ca'Foscari Venezia. 2014/2015. p. 133

arbitraria nella vita privata e familiare della signora Karen Atala Riffo, che aveva perso la guardia delle sue tre figlie a causa del suo orientamento sessuale.⁸⁰⁶

Riassuntivamente, la decisione della Corte Interamericana informa: “la signora Atala si è coniugata con Ricardo Jaime López Allendes il 29 marzo 1993. Le bambine M., V. ed R. sono nate nel 1994, 1998 e 1999, rispettivamente. La signora Atala ha un figlio più grande, Sergio Vera Atala, nato da un matrimonio precedente. Nel marzo 2002, la signora Atala ed il signor López Allendes hanno deciso di porre fine al matrimonio tramite una separazione di fatto. Come parte di questa separazione di fatto, essi hanno pattuito che la signora Atala avrebbe avuto la custodia delle tre bambine nella città di Villarrica, con un regime di visita settimanale alla residenza del padre a Temuco. Nel novembre 2002, la signora Emma di Ramón, la compagna della signora Atala, è andata a vivere nella stessa casa insieme a lei, alle tre figlie ed al figlio più grande”.

Nel gennaio 2003, il padre delle bambine ha richiesto legalmente la custodia delle figlie affermando che la condizione di omosessuale della signora Atala ed il fatto che convivesse con un'altra donna non le permettevano di seguire le bambine. Avviato il processo giudiziale, il caso è arrivato nella Corte Suprema della Giustizia, che ha concesso la custodia definitiva delle bambine al genitore.

Tramite sentenza proferita il 24 febbraio 2012, la Corte Interamericana di Diritti Umani ha capito che i diritti di Atala Riffo erano stati violati. Alla base della decisione sul caso, la Corte Interamericana di Diritti Umani ha riconosciuto l'esistenza di altre forme di famiglia, sentenziando che “il Tribunale costata che nell'ambito delle società contemporanee vi sono cambiamenti sociali, culturali e istituzionali atti a promuovere l'inclusione di ogni opzione di vita delle persone, resi evidenti nell'accettazione sociale di coppie interraziali, di madri e padri non sposati e di coppie divorziate che, in altri momenti, non erano stati accolti dalla società. In questo senso, il Diritto e gli Stati devono contribuire al progresso sociale, caso contrario si incorre nel grave rischio di legittimare o consolidare differenti forme di discriminazione che violano i diritti umani”.⁸⁰⁷

E conclude conforme segue: “La Corte constata che la Convenzione Americana non contiene un concetto chiuso di famiglia e tantomeno protegge soltanto un modello “tradizionale” di famiglia. Riguardo a questo, il Tribunale reitera che il concetto di vita familiare non si riduce unicamente al matrimonio, e deve racchiudere altri legami familiari di fatto, in cui le parti hanno vita in comune fora dal matrimonio”.⁸⁰⁸

⁸⁰⁶ Corte Interamericana di Diritti Umani. Caso Atala Riffo e niñas vs. Chile. Sentenza del 24 febbraio 2012. Disponibile su <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>>. Accesso il 10/12/2018

⁸⁰⁷ Corte Interamericana di Diritti Umani. Caso Atala Riffo e niñas vs. Chile. Sentenza del 24 febbraio 2012. Disponibile su <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>>. Accesso il 10/12/2018

⁸⁰⁸ Corte Interamericana di Diritti Umani. Caso Atala Riffo e niñas vs. Chile. Sentenza del 24 febbraio

Ma non è solo questo.

Il 09 gennaio 2018 la Corte Interamericana di Diritti Umani ha pubblicato l'Opinione Consultiva n° 24⁸⁰⁹, del 24 novembre 2017, che ha trattato sul tema dell'identità di genere e della non discriminazione delle coppie dello stesso sesso. La suaccennata Opinione Consultiva è stata provocata dal governo del Costa Rica e reitera, nelle sue conclusioni, la giurisprudenza della Corte Interamericana di Diritti Umani nel senso che l'orientamento sessuale e l'identità di genere sono diritti protetti dal Patto di San Jose (Convenzione Americana sui Diritti Umani).

Ma in quale modo questa Opinione Consultiva 24 si relaziona col tema oggetto del presente lavoro, ovvero la libertà di formazione del modello familiare poligamico? È che nei suoi principi, la Corte Interamericana di Diritti Umani ha sottolineato che “189. En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna. 190. El vínculo afectivo que la Convención protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde su jurisprudencia más temprana, esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia. La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas”.⁸¹⁰

In base ai precedenti della propria Corte Interamericana, è chiaro che l'articolo 17 della Convenzione Americana sui Diritti Umani protegge la formazione ed esige dai Paesi membri il rispetto ad ogni forma di modello familiare, incluso il poligamico.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: Il Tribunale Europeo dei Diritti dell'Uomo concede un ampio margine di discrezionalità agli Stati Contrattanti nella regolamentazione del diritto della famiglia. Questo margine di

2012. Disponibile su <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>>.
 Accesso il 10/12/2018

⁸⁰⁹ Corte Interamericana di Diritti Umani. Opinione Consultiva n° 23. Disponibile su <
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Accesso l'11/03/2019

⁸¹⁰ Libera traduzione dell'autore: “189. Infatti, un'interpretazione limitatrice del concetto di “famiglia” che esclude la protezione interamericana del vincolo affettivo tra le coppie dello stesso sesso frusterebbe l'oggetto e l'obiettivo della Convenzione. La Corte ricorda che l'obiettivo ed il proposito della Convenzione Americana è “la protezione dei diritti fondamentali dell'essere umano”, senza distinzione. 190. È impossibile quantificare o codificare il vincolo emotivo che la Convenzione protegge, ed è giusto per questo che, a partire dalla sua giurisprudenza più antica, questa Corte ha inteso il concetto di famiglia in modo più ampio e flessibile. La ricchezza e la diversità della regione si sono riflesse sui casi sottomessi alla giurisdizione contenziosa del Tribunale, il che spiega le diverse configurazioni familiari che possono essere protette, comprese le famiglie poligamiche.

discrezionalità è presente nella Direttiva 2003/86/CE del Consiglio dell'Unione Europea⁸¹¹, i cui Paesi, si è già visto sopra, sono aderenti alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Questa Direttiva 2003/86/CE tratta del diritto al Ricongiungimento Familiare, che è definito nel proprio documento come “il soggiorno in uno Stato membro di familiari di un connazionale di un Paese terzo che risiede legalmente in questo Stato allo scopo di mantenere l'unità familiare, indipendentemente se i legami familiari siano anteriori o posteriori all'ingresso del residente”.⁸¹² Nel Consiglio dell'Unione Europea (da non confondere col Consiglio dell'Europa, che racchiude tutti i Paesi del Continente e non solo i membri dell'Unione Europea) si trovano testualmente le regole sul ricongiungimento di famiglie poligamiche.

Per quel che concerne il ricongiungimento di famiglie poligamiche che hanno figli, il preambolo della Direttiva, nelle voci 10 e 11, trasferisce chiaramente agli Stati il diritto di accettare o no il ricongiungimento familiare.⁸¹³

Quando non coinvolge direttamente i minorenni, la Direttiva impone una norma di condotta agli Stati quando, nel suo articolo 4°, item 4, prevede che nel caso di matrimonio poligamo, se il richiedente del ricongiungimento ha già un coniuge con cui vive sul territorio di uno Stato membro, questo non autorizzerà il ricongiungimento familiare di un altro coniuge.⁸¹⁴ Questa regola, però, si confronta diametralmente con le altre previste nello stesso documento.

Infatti, dal preambolo della Direttiva 2003/86/CE⁸¹⁵ si ottiene che “le misure relative al ricongiungimento familiare devono essere prese in conformità all'obbligo di protezione della famiglia e del rispetto della vita familiare consacrata su numerosi strumenti di diritto internazionale. La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi riconosciuti, specificamente nell'articolo 8° della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea”.

Detto questo, quando impone la non accettazione del ricongiungimento familiare poligamico, la Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea lede palesemente l'articolo 8° della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, il cui

⁸¹¹ Direttiva 2003/86/CE. Disponibile su < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Accesso il 28/02/2019

⁸¹² Articolo 2°, lettera D, della Direttiva 2003/86/CE. Disponibile su < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Accesso il 28/02/2019

⁸¹³ Direttiva 2003/86/CE. Disponibile su < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Accesso il 28/02/2019

⁸¹⁴ Direttiva 2003/86/CE. Disponibile su < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Accesso il 28/02/2019

⁸¹⁵ Direttiva 2003/86/CE. Disponibile su < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Accesso il 28/02/2019

contenuto, non è mai troppo ricordare, impone il rispetto della vita privata familiare e proibisce l'ingerenza dell'autorità pubblica in questo diritto.

Ricorda Guido Sirianni⁸¹⁶ che “il diritto a farsi accompagnare o a farsi raggiungere dai membri della propria famiglia costituisce il presupposto da cui dipende la possibilità per lo straniero di esercitare il proprio diritto alla vita familiare, di assolvere al diritto-dovere di educare i figli, e, per converso il diritto dei figli minori di ricevere dai genitori la necessaria assistenza. Nel suo nucleo essenziale, il diritto al ricongiungimento consiste nel riconoscimento al suo titolare della facoltà di farsi accompagnare il raggiungere dai familiare (...)”.

Mas questo non è tutto. Considerando che la maggioranza delle famiglie poligamiche proviene da Paesi musulmani e pratica questa religione – che ammette la forma poligamica di unione – la non accettazione di questa condizione, seppur indirettamente, lede la libertà di religione prevista nell'articolo 9° della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Quando affronta questo argomento, Maria Chiara Locchi⁸¹⁷ afferma che “le costituzioni e i principi costituzionali, in effetti, giocano un ruolo ambivalente riguardo alle rivendicazioni dell'identità culturale, essendo utilizzati altresì in qualità di limiti pressoché invalicabili al riconoscimento di pratiche culturalmente fondate: è il caso, in particolare, di alcuni istituti riconducibili alla tradizione giuridica islamica - come il matrimonio poligamico e il ripudio - rispetto ai quali è generalizzata la chiusura degli ordinamenti europei sia in sede di determinazione dei legami familiari tutelabili attraverso il ricongiungimento familiare sia con riferimento all'ambito del diritto internazionale privato e all'individuazione del diritto straniero applicabile”.

E conclude Maria Chiara⁸¹⁸ che “rispetto al primo profilo, la Direttiva 2003/86/CE in tema di ricongiungimento familiare impedisce agli Stati di autorizzare l'ingresso del secondo coniuge quando il richiedente abbia già un coniuge convivente sul territorio; in relazione ai figli minorenni del richiedente e del secondo coniuge, inoltre, la Direttiva consente agli Stati di limitare le possibilità di ricongiungimento, poiché “il diritto al ricongiungimento familiare dovrebbe essere esercitato nel necessario rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne e di minorenni”.

Nell'ambito della Corte Europea di Diritti Umani non vi è, in base quanto esposto sopra, nessuna analisi diretta della validità dei rapporti poligamici e dell'accettazione di tale modalità di famiglia nella sua totale applicazione.

⁸¹⁶ SIRIANNI, Guido. **Il diritto degli stranieri alla unità familiare**. Giuffrè Editore: Milano. 2006. p. 1

⁸¹⁷ LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Carocci Editore: Roma, 2011. p. 173

⁸¹⁸ LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Carocci Editore: Roma, 2011. p. 173

Una decisione⁸¹⁹ interessante, comunque, è quella presa dal Tribunale della Funzione Pubblica dell'Unione Europea, che ha riconosciuto la possibilità di divisione della pensione a due coniugi di una funzionaria bigama. Nonostante il registro sulla decisione affermi che “il fatto di un'Istituzione dell'Unione riconoscere a due persone la qualità di coniuge superstite di una stessa ed unica antica funzionaria deceduta, agli effetti dell'attribuzione di un vantaggio pecuniario, non si costituisce, in nessun modo, un'accettazione, neppure implicita, a livello dell'Unione, della bigamia, il che potrebbe suscitare una questione di compatibilità coi principi e con le norme superiori di diritto, specie se ognuna delle persone interessate si beneficiasse della totalità del vantaggio previsto per il coniuge superstite”⁸²⁰, il fatto è che si riconoscono chiaramente gli effetti collaterali di un rapporto plurale, il che rivela ulteriormente che le regole scritte non cancelleranno una realtà che solo aumenta, ovvero, quella della mescolanza culturale decorrente dal fenomeno delle migrazioni.

CAPITOLO 4

LA POLIGAMIA IN BRASILE

Questo capitolo affronterà il tema della poligamia nel diritto interno brasiliano.

Oltre alla questione dell'applicazione dei trattati internazionali di protezione dei diritti umani, come si è fatto fino a qui rispetto agli altri Paesi, il presente capitolo parlerà anche delle norme costituzionali ed infra-costituzionali del diritto interno del Brasile sul tema e le conseguenze giuridiche del riconoscimento di un rapporto plurale.

L'applicazione delle regole dei Diritti degli Stranieri nel diritto interno Brasiliano: Si è visto nei capitoli precedenti che la scelta del modello familiare si trova all'interno della sfera del diritto personale di ognuno, essendo, pertanto, un diritto fondamentale protetto dai trattati internazionali di protezione dei diritti umani.

Si conclude, inoltre, che i Paesi aderenti a questi Trattati internazionali di Diritti Umani hanno la propria sovranità relativizzata e sono costretti, nell'ambito della scelta del modello familiare, a rispettare la scelta fatta dagli stranieri che migrano nel loro territorio, sia in modo volontario che forzato.

Il caso del Brasile, ovviamente, non è differente dagli altri.

⁸¹⁹ Versione completa da decisione del Tribunale della Funzione Pubblica dell'Unione Europea disponibile su < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007FJ0045_SUM >. Accesso il 28/02/2019

⁸²⁰ Estratto della decisione del Tribunale della Funzione Pubblica dell'Unione Europea disponibile su < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007FJ0045_SUM >. Accesso il 28/02/2019

Il Brasile ha depositato la sua Carta di Adesione al Patto di San José da Costa Rica il 25 settembre 1992. Il 06 novembre di quello stesso anno, il vicepresidente Itamar Franco, Presidente della Repubblica in carica, ha promulgato la Convenzione Americana sui Diritti Umani tramite il decreto 678.

Con l'adesione e la ratifica alla Convenzione Americana sui Diritti Umani, il Brasile è tenuto a rispettare ogni sua disposizione e, come conseguenza insuperabile, deve accettare la scelta del modello familiare degli stranieri che arrivano nel Paese da nazioni poligamiche, sia come migrante volontario che forzato (rifugiato, asilo politico o catastrofe ambientale).

Occorre ricordare che la Corte Interamericana di Diritti Umani ha già registrato la non esistenza di un modello familiare standard. Anzi, nell'Opinione Consultiva n° 24, essa ha detto testualmente che un'interpretazione limitatrice del concetto di "famiglia" frusterebbe l'oggetto e l'obiettivo della Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo, il cui proposito è la protezione dei diritti fondamentali dell'essere umano, senza distinzioni. Per questi motivi, ha dichiarato la Corte, il concetto di famiglia va definito in modo ampio e flessibile, proteggendo le diverse forme di famiglia, incluse le poligamiche.⁸²¹

Così, applicata la logica dei precetti già allineati nel presente lavoro, il Brasile deve rispettare l'interpretazione della Corte Interamericana di Diritti Umani, sotto pena di violazione del Patto di San José da Costa Rica e l'applicazione delle corrispondenti sanzioni.

Nell'ipotesi del mancato rispetto al Diritto Fondamentale della libera scelta del modello familiare delle persone, il Brasile dovrà presentarsi dinanzi alla Corte Interamericana di Diritti Umani, potendo essere condannato a rimediare la violazione o a indennizzare le vittime.

Le famiglie plurali della Costituzione – La piena libertà nella formazione dei modelli familiari: Frutto della costante evoluzione della società, che manifesta valori e principi sempre più liberali, il concetto di famiglia si è arricchito di nuovi contorni. Di conseguenza, nonostante la forte resistenza dei settori più conservatori, le nuove forme di entità familiare apparse vengono ormai accolte sia dalla società che dall'ordinamento giuridico.

L'entrata in vigore della Costituzione Federale Brasiliana del 1988 è stato il punto di partenza per il riconoscimento delle altre forme di famiglia. Primo perché i parlamentari stessi hanno inserito nel testo della Magna Carta l'Unione Stabile⁸²² e la famiglia Monoparentale⁸²³, le quali, accanto alla famiglia matrimoniale, formano i tre modelli espressi con protezione costituzionale.

⁸²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n° 24. Disponibile su <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Accesso il 11/03/2019

⁸²² Art. 226...§ 3º, da Constituição Federal do Brasil: "Ai fini della protezione dello Stato, è riconosciuta l'unione stabile tra l'uomo e la donna come entità familiare, dovendo la legge facilitare la sua conversione in matrimonio".

⁸²³ Art. 226...§ 4º, da Constituição Federal do Brasil: "Si intende, anche, come entità familiare la

Inoltre, la Costituzione ha portato al suo interno il principio implicito dell'affettività, il che ha reso possibile il riconoscimento, come entità familiare, della formazione di persone legate da rapporti affettivi.

Di conseguenza, avendo svincolato in maniera definitiva la famiglia dalla solennità del matrimonio civile, la Costituzione Federale del 1988 ha rivelato un ampio e non tassativo orizzonte di possibilità per la formazione di modelli familiari.

A tal proposito, il Tribunale Supremo Federale, giudicando i casi di Denuncia di Non Osservanza di Precetto Fondamentale 132-RJ e l'Azione Diretta di Incostituzionalità 4.277-DF⁸²⁴, che trattavano della legalità delle unioni tra persone dello stesso sesso, in decisione a carico del Ministro Ayres Britto, ha già deciso che in Brasile non vi sono limiti qualitativi o quantitativi nella formazione delle famiglie. Essendoci affetto, pubblicità, buona fede e la volontà dei membri nella formazione del modello, l'intera forma di famiglia è valida.

Se la Costituzione permette ogni tipo di famiglia – compresa la poligamica – si rivela quindi incostituzionale qualunque norma inferiore che limiti o criminalizzi qualsiasi modello familiare, come avviene con la bigamia e con l'impedimento matrimoniale dell'articolo 1.521, inciso VI, del Codice Civile.

Gli ostacoli ai possibili cambiamenti nella costituzione o nella legislazione infra-costituzionale per proibire altri tipi di famiglia – l'evoluzione dell'interpretazione normativa: Si è mostrato che la Costituzione del Brasile ammette qualunque altro tipo di modello familiare, purché formato da rapporti di affetto e basati sulla buona fede, la pubblicità e sul desiderio degli integranti di costituire effettivamente una famiglia, ossia, *l'intuite familiae*.

Ovviamente, questa interpretazione del Tribunale Supremo Federale si è costruita sulla base dell'evoluzione del pensiero e del costume vissuta nella nostra società dal 05 ottobre 1988, anno dell'entrata in vigore della Costituzione, fino ai giorni d'oggi.

È saputo che molte volte l'aggiornamento delle norme non richiede la modifica legislativa del suo testo, bastando dare alle stesse norme interpretazioni più pertinenti alla realtà dei tempi in cui viviamo. Questa comprensione si applica, ovviamente, anche alle Costituzioni ed è appunto questo a renderle perenni, come ben ricorda Celso Ribeiro Bastos⁸²⁵.

Dinanzi a questa nuova interpretazione del testo costituzionale, che stabilisce le possibilità nella formazione di famiglie in Brasile, alcune voci più

comunità formata da qualunque genitore e suoi discendenti”.

⁸²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto. Disponibile su < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Accesso il 12/03/2019

⁸²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 90

conservatrici si sono levate in favore dei mezzi atti a impedire il riconoscimento giuridico e gli effetti legali di questi nuovi enti familiari apparsi.

Una delle prime strade intraprese dai più conservatori per provare a proibire legalmente la formazione di altre forme di famiglia, diverse dall'eterosessuale monogamica, è stata l'edizione di una norma infra-costituzionale che limita gli effetti e le garanzie legali dati alla famiglia al matrimonio o all'unione stabile solo tra un uomo ed una donna.

A seguito delle prime decisioni giudiziali in Brasile che riconoscevano, ad esempio, le unioni omoaffettive come enti familiari, i congressisti brasiliani più conservatori hanno cominciato a presentare dei progetti di legge per limitare queste interpretazioni giudiziali più liberali. Ma il fatto è che anche se diventati legge, tali progetti nascono comunque già inquinati dall'incostituzionalità.

Non bastasse la suaccennata decisione del Tribunale Supremo Federale⁸²⁶, che rende incostituzionale la legge gerarchicamente inferiore che limiti le formazioni familiari di buona fede, il che non lo fa la Costituzione, qualunque altra norma in questo senso affronterebbe ugualmente un altro principio di base previsto implicitamente nella nostra Magna Carta e nei Trattati a difesa dei Diritti Umani, ossia, l'autonomia privata della famiglia.

Infatti, come sottolinea Giovanni Doria⁸²⁷, "il matrimonio (...) è e deve essere costruito come un atto di autonomia"⁸²⁸.

E va intesa come autonomia privata il principio che conferisce agli individui la facoltà di autodeterminarsi, ossia, la capacità di gestire la propria vita.

Se le persone scelgono una formazione familiare che si adegua a quella che ritengono sia la migliore per loro e se sono felici così, come fare ad ammettere l'intervenzione dello Stato sulla loro vita privata con delle leggi che limitano una situazione che non avrà alcun impatto sulla vita delle persone circostanti?

Si sa, ovviamente, che l'autonomia privata non va considerata come un potere assoluto, estraneo all'interferenza dello Stato, poiché contemporaneamente si impongono dei limiti alla sua realizzazione, sia nell'ambito legale che nella sfera costituzionale.

Ed è altrettanto saputo che è proprio tramite l'edizione di norme giuridiche che lo Stato riesce ad elaborare l'autonomia privata, coniugando l'interesse

⁸²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto. Disponibile su < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Accesso il 12/03/2019

⁸²⁷ DORIA, Giovanni. **Autonomia Privata e "Causa" Familiare**. Milano: A. Giuffrè Editore, 1996. p. 56.

⁸²⁸ Libera traduzione dell'autore: "Il matrimonio, (...), è e deve essere costruito come un atto di autonomia".

privato e quello pubblico. Ma nel caso della formazione delle famiglie, in cui è in gioco il Diritto Fondamentale dei suoi membri alla libera scelta del loro modello familiare e, per lo più, vi è in mezzo la dignità di coloro che desiderano soltanto essere felici tramite la formazione affettiva che hanno scelto, l'autonomia privata deve prevalere e l'intervenzione pubblica si mostra spropositata. Non per altro il Tribunale Supremo Federale ha già deciso così.⁸²⁹

In altre parole: se nella scelta del modello familiare vi saranno conflitti tra i Principi dell'Autonomia Privata e quelli dell'Interesse Pubblico, prevarrà il primo.

Inoltre, come avverte Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, siccome la famiglia poliaffettiva sorge dall'esercizio dell'autonomia privata, senza alcun danno a nessuno, si rivela spropositato negare il diritto di vivere la felicità senza il supporto della regolamentazione giuridica.⁸³⁰

Ma non è soltanto la violazione al principio dell'autonomia privata nel diritto di Famiglia a rendere incostituzionali le leggi eventualmente limitatrici nella formazione di modelli familiari diversi dall'eterosessuale monogamico. Pure il Principio della Proibizione della Regressione Sociale sarebbe violato in questa ipotesi.

Oltre a garantire l'impossibilità di qualunque modifica normativa atta a levare quei diritti fondamentali già assicurati da norme anteriori, il Principio della Proibizione della Regressione Sociale impone allo Stato l'obbligo di sempre "migliorare questi diritti".

Così, le eventuali leggi limitatrici del Diritto alla libera formazione delle famiglie, già garantito dalla Costituzione Federale del 1988, colpirebbero senz'altro a morte i progressi già consolidati nel nostro sistema giuridico e, pertanto, si schierebbero contro il Principio della Proibizione della Regressione Sociale. Anche in questo caso vi è un precedente del Tribunale Supremo Federale⁸³¹.

In questo modo, anche in base al Principio della Proibizione della Regressione Sociale è evidente che non è possibile, tramite legge infra-costituzionale, cambiare il fatto che qualsiasi formazione familiare, compresa la poligamica, trova supporto nel nostro sistema giuridico consolidato.

Stando così i fatti, si potrebbe dire che se le leggi infra-costituzionali non possono limitare la libera formazione delle famiglie, poiché la propria

⁸²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 878694/MG. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponibile su <
<http://portal.stf.jus.br/processi/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Accesso il 25/03/2019

⁸³⁰ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Os efeitos do Poliamorismo no Direito Contemporâneo**: Uma análise à luz da Dignidade Humana. In Revista Síntese – Direito de Família, ano XVI, n. 93, Dez-Jan. 2016.

⁸³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 878694/MG. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponibile su <
<http://portal.stf.jus.br/processi/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Accesso il 25/03/2019

Costituzione Federale non le limita, una modifica del proprio testo costituzionale, tramite un Emendamento, potrebbe essere efficace per risolvere questo “problema” evidenziato da quelli che resistono all'autonomia dell'individuo nella libera scelta del formato del suo rapporto affettivo. No.

Prima perché i Principi studiati sopra (Proibizione del Retrocesso Sociale e Autonomia Privata della famiglia) sono, come si è visto, impliciti nella Costituzione Federale. Ossia, li deve osservare pure un Emendamento Costituzionale.

Ma questo non è tutto. Si è già provveduto anteriormente a definire la libera scelta del modello familiare affettivo e felice come un Diritto Fondamentale di ogni individuo, pertanto, come tale, non può essere soppresso da un Emendamento Costituzionale poiché costituisce una Clausola Ferrea, ai sensi, per la precisione, dell'articolo 60, § 4º, inciso IV, della Costituzione Federale.

Alla luce di quanto esposto sopra, è sicuro, quindi, che non vi è come retrocedere, né tramite norma infra-costituzionale né tramite modifica della Magna Carta per Emendamento, il che riconferma che la libertà di scelta del modello di famiglia è un diritto assicurato, anche nel caso di famiglia poligamica, poiché, si ripete, si trova sulla lunga lista dei modelli formati dall'affetto dei suoi membri.

CONCLUSIONI

La presente ricerca ha avuto come scopo la costruzione della base teorica atta a dimostrare che il rispetto alla libera scelta del modello familiare poligamico è un diritto fondamentale di ogni individuo, e, come tale, deve essere rispettato da tutti gli Stati aderenti ai sistemi internazionali di Diritti Umani, anche se il diritto interno dei Paesi non accoglie questo tipo di famiglia nella propria legislazione.

Inoltre, si è voluto mostrare che la poligamia è costituzionalmente consentita in Brasile e che le famiglie che adottano tale modello devono avere i loro diritti rispettati.

In conclusione, questa ricerca ha come scopo il rispetto delle differenze e della libertà di scelta e vuole essere un ulteriore stimolo per la riflessione sulla tolleranza.

Nel capitolo I si è mostrato che vi sono persone poligamiche sia per motivi religiosi o semplicemente perché i loro Paesi di origine ammettono questa forma di famiglia.

Nel capitolo II si è mostrato che vi è un grande flusso migratorio di persone originariamente poligamiche verso Stati che non accettano questa formazione familiare.

Nel capitolo III oltre all'analisi della questione della globalizzazione e del multiculturalismo, si è voluto consolidare il fatto che gli Stati aderenti ai trattati internazionali di protezione dei diritti umani hanno la loro sovranità relativizzata e sono costretti a facilitare il ricongiungimento familiare dei migranti, anche se poligamici.

In conclusione, nel Capitolo IV si è visto che la Costituzione Brasiliana accoglie la famiglia plurale e le dà protezione integrale.

Il presente lavoro è tutt'altro che una semplice compilazione di argomenti giuridici a sostegno della validità delle famiglie poligamiche. Questa ricerca si è prefissa soprattutto di dimostrare che la persona umana ha l'autonomia per poter scegliere il modello di famiglia che meglio si addica alla sua condizione sociale e culturale, non potendo lo Stato vietare o discriminare questa formazione.

Non si è fatto, come è palese, l'apologia a nessun tipo di famiglia. Non si è detto che è meglio essere monogamico o poligamico. Si è voluto soltanto chiarire che tutti hanno il diritto di cercare, tramite il modello scelto, la propria felicità, e che a nessuno, soprattutto agli Stati, è dato imporre o impedire che si raggiunga questa felicità.

REFERÊNCIAS DAS FONTAS CITADAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ACHPR - Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Tabela de Ratificação: Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/ratification/> >. Acesso em 04/02/2019.

ACHPR - Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/> > . Acesso em 04/02/2019.

ACNUR - Agência da ONU para Refugiados. **Convenção de 1951**. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/> >. Acesso em 11/02/2019.

ACNUR Brasil. - Agência da ONU para Refugiados. **Dados sobre Refúgio**. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/> >. Acesso em 07/03/2019.

ACNUR. - Agência da ONU para Refugiados. **Síria**. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/siria/> >. Acesso em 11/04/2019.

ACNUR. - Agência da ONU para Refugiados. **Sudão do Sul**. Disponível em < <https://www.acnur.org/portugues/sudao-do-sul/> >. Acesso em 11/04/2019.

ACNUR. - Agência da ONU para Refugiados. **Syria Regional Refugee Response**. Disponível em < https://data2.unhcr.org/en/situations/syria#_ga=2.87147163.268172247.1555003471-1099463477.1549894521 >. Acesso em 11/04/2019.

AGNUS DEI. **Concílio Ecumênico de Trento**. Disponível em < <http://agnusdei.50webs.com/trento29.htm> >. Acesso em 30/01/2018.

AL JAZEERA. **Chefe da ONU reprime a repressão da Síria aos protestos**. Disponível em < <https://www.aljazeera.com/news/middleeast/2011/03/2011318231622114396.html> >. Acesso em 11/04/2019.

ALMEIDA, Miguel Pinto de. **O Instituto do Casamento no Ordenamento Jurídico Português e nos Países Islâmicos**. Disponível em < <http://miguelpimentadealmeida.pt/wp-content/uploads/2015/06/O-INSTITUTO->

[DO-CASAMENTO-NO-ORDENAMENTO-JUR%C3%8DDICO-PORTUGU%C3%8AS-E-NOS-PA%C3%8DSES-ISL%C3%82MICOS.pdf](#)>.

Acesso em 18/01/2018.

AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009.

ANDRADE, Camila. **O que se entende por família eudemonista?** Artigonal. Diretório de Artigos Gratuitos. 03 out. 2008. Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/117577/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista-camila-andrade> >. Acesso em 27/05/2016.

ANDRADE, Fábio Martins de. **As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais**. Revista de Informação Legislativa. ano 46, n. 181, p. 207-226. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, jan/mar. 2009.

BADE, Klaus J.. **L'Europa in Movimento**. Le migrazioni dal settcento a oggi. Editora Laterza:Roma, 2001. Tradução de Enzo Grillo.

BAHA'I.ORG. **A fé Baha'i**. Disponível em < <http://www.bahai.org/pt/>>. Acesso em 22/01/2018.

BAPTISTA, Andreia Rute da Silva. Marrocos: **No caminho da Emancipação da mulher Muçulmana**. P. 175/176. Disponível em < <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/19476/1/Marrocos%20-%20No%20Caminho%20da%20Emancipa%C3%A7%C3%A3o%20da%20Mulher%20Mu%C3%A7ulmana%20%28Andreia%20Baptista%20-%20pg12838%29.pdf>> Acesso em 23/01/2018.

BARASH, David. LIPTON, Judith Eve. **O mito da Monogamia**. Rio de Janeiro:Record, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Título original: *Here, there and anywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. in Temas de Direito Constitucional, tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASCHERINI, Gianluca. **Immigrazione e diritti fondamentali**. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee. Napoli: Jovene editore, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo:Saraiva, 2001.

BBC NEWS. **8 Perguntas para entender motivo de ataque à Síria e origem do conflito**. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43764607> >. Acesso em 11/04/2019.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: resposta à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELOFF, Mary. **Artículo 17. Protección a la Familia**. In: STEINER, Christian et URIBER, Patricia (editores). Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario. Erlin: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. 2013.

BENHABIB, Seyla. **I diritti degli altri**. Stranieri, residenti, cittadini. Milano:Raffaello Cortina Editore. 2006.

BÍBLIA SAGRADA NA LINGUAGEM DE HOJE. Disponível em <https://www.bible.com/pt/bible>. Acesso em 01/02/2018.

BICUDO, Hélio. **Defesa dos Direitos Humanos: sistemas regionais**. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100014 >. Acesso em 09/12/2017

BIERMANN, Frank. BOAS, Ingrid. **Protecting Climate Refugees: The Case for a Global Protocol**. Disponível em < <http://www.environmentmagazine.org/Archives/Back%20Issues/November-December%202008/Biermann-Boas-full.html> > Acesso em 25/04/2008

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª Ed., 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo, Saraiva. 2005.

BRASIL. **Lei Nº 13.445, 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm >. Acesso em 11/04/2019.

BRASIL. **Decreto Nº 55.929, 19 de abril de 1965**. Promulga a Convenção sobre Asilo Territorial. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55929.htm >. Acesso em 11/04/2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html> >. Acesso em 05/12/2018.

BRASIL. **Decreto Nº 592, 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm >. Acesso em 06/12/2018.

BRASIL. **Decreto Nº 591, 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm >. Acesso em 06/12/2018.

BRASIL. **Lei de 20 de Outubro de 1823.** Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em 28/03/2019.

BRASIL. **Decreto Nº 181, 24 de janeiro de 1890.** Promulga o casamento Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm >. Acesso em 29/08/2017.

BRASIL. **Lei Nº 13.445, 24 de maio de 2017.** Institui de Lei de Migração. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html> >. Acesso em 14/03/2019.

BRASIL. **Lei Nº 13.684/18, 21 de junho de 2018.** Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13684-21-junho-2018-786881-publicacaooriginal-155890-pl.html> >. Acesso em 14/03/2019.

BRASIL. **Lei Nº 11.106, 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm >. Acesso em 15/04/2019.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm >. Acesso em 15/04/2019.

BRASIL. **Decreto Nº 99.710, 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção

sobre os Direitos da Criança. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 08/04/2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Cooperação internacional**. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais/africa-do-sul>. Acesso em 31/01/2018.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Liga dos Estados Árabes**. < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/mecanismos-inter-regionais/3682-liga-dos-estados-arabes-lea> >. Acesso em 08/02/2019.

CALAZANS, Lúcia Mendes. **Poliandria à Brasileira**: considerações sobre a família, o controle sexual, o papel da mulher e a aceitação do diferente na TV e no cinema brasileiro. Disponível em < <http://www.bocc.ubi.pt/pag/calazans-ligia-2017-poliandria-brasileira.pdf> >. Acesso em 20/03/2019.

CALZOLAIO, Valerio. **ECO Profughi. Migrazioni forzate di ieri, di oggi e di domani**. Rimini:NDAPress, 2016.

CALZOLAIO, Valerio. PIEVANI, Telmo. **Libertà di Migrare – Perché ci spostiamo da sempre ed è bene così**. Torino:Giulio Einaudi Editore, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 6583/2013. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF9F717A6CD6208D3C8734F32F356408.proposicoesWebExterno2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013 >. Acesso em 21/03/2019

CÂMARA, Ignacio Sanchez. **Integración o Multiculturalismo**. Rev. Persona e Derecho, n. 49, Navarra:Universidade de Navarra.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição Da República Portuguesa Anotada**. 3.^a Edição, vol. I (Artigo 1.º a 107.º). Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 6 ed.. São Paulo:Saraiva Jur, 2018.

CASTLES, Stephen. MILLER, Mark J. **L'Era dele Migrazioni. Popoli in movimento nem mondo contemporaneo**. Odaya:Bologna, 2012.

CAVEDON, Fernanda de Salles. VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Conexões entre desastres ecológicos, vulnerabilidade ambiental e direitos humanos**: novas perspectivas Revista de Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v. 2, n. 1.

CELLAMARE, Giovanni. **Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea**. Torino: Giappichelli Editore, 2011.

CHABAD.ORG. **Rabbeinu Gershom Ben Judah**. Disponível em http://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/112511/jewish/Rabbeinu-Gershom-Ben-Judah.htm. Acesso em 29/01/2018.

CIDH – Comissão Interamericano de Direitos Humanos. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em 09/12/2018

CILARDO, Agostino. MENNILLO, Francesco. **Due Sistemi a Confronto La Famiglia Nell'islam e Nel Diritto Canonico**. Milan:CEDAM. 2009.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. **La Carta Árabe sobre Los Derechos Humanos**. Disponível em < <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-carta-arabe-sobre-derechos-humanos> >. Acesso em 08/02/2019.

CESNIK, Fábio de Sá; BELTRAME, Priscila Akemi. **Globalização da Cultura**. Barueri: Manole, 2005.

COMITE INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Guerra Civil no Sudão do Sul. Disponível em < <https://www.icrc.org/pt/guerra-civil-no-sudao-do-sul> >. Acesso em 11/04/2019

CORTI, Paola. **Storia delle migrazioni internazionali**. Roma-Bari: Laterza, 2010.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 175, 14 de maio de 2013**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> >. Acesso em 14/03/2019

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Brasil já realizou 3,7 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79374-brasil-ja-realizou-3-7-mil-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo> >. Acesso em 25/05/2016

CONVENÇÃO DE GENEVRA. Disponível em < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf >. Acesso em 11/04/2019

CORTE DE APELO DE TORINO. Disponível em < http://old.asgi.it/home_asgi.php%3Fn=documenti&id=1633&l=it.html >. Acesso em 26/02/2019

CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza nº 4.948, del 28 febbraio 2013. Disponível em < <https://www.studiocerbone.com/cassazione-sentenza-n-4948-del-28-febbraio-2013-ricongiungimento-familiare-e-visto-dingresso/> >. Acesso em 15/05/2019

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf> >. Acesso em 10/12/2018

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 23**. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf >. Acesso em 11/03/2019

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 24**. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf >. Acesso em 11/03/2019

COSTA, Jéssica Pereira da. **O Islã, os muçulmanos e seus conceitos**. Vocabulário de conceitos para o estudo do Islã e dos muçulmanos. Caxias do Sul: UCS, 2016. P. 38

COUNCIL OF EUROPE. **Chart of signatures and ratifications of Treaty 005**. Disponível em < https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=p859LOCv >. Acesso em 23/01/2019

COURTIS, Cristian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

COUTINHO, Larissa Maria Medeiros de. **Migrantes Ambientais: Quem são e como juridicamente protegê-los?** in Migrações, deslocamentos e direitos humanos / organização George Rodrigo Bandeira Galindo. – 1. ed. – Brasília: IBDC; Grupo de Pesquisa C&DI, 2015.

COVRE, Maria de Lourdes Manzine. **O que é cidadania**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado, Globalização e Crise**. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/323/267> > Acesso em 03/12/2017.

DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale**. 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. **Privatização, Eficiência e Responsabilidade**. In Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (organizador). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense. 5º Ed., 2011.

DELFINI, Luciana. **Cambiamenti Climatici e Migrazioni**. Cosa accade nell'area mediterranea. In Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Brasília, Ano XIX, Nº 36, p. 145-161, jan./jun. 2011.

DHS PROGRAM. **Women's marital status, contraceptive use, and unmet need in sub-Saharan Africa, Latin America, and the Caribbean**. Disponível em < <https://www.dhsprogram.com/pubs/pdf/CR44/CR44.pdf> >. Acesso em 01/02/2018.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – O Preconceito & a Justiça**. 3ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Da União Estável como Entidade Familiar**, in Família e Sucessões: Entidades Familiares/ Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2).

DOBROWOSKI, Sílvio. **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

DORIA, Giovanni. **Autonomia Privata e 'Causa' Familiare**. Milano: A. Giuffrè Editore, 1996.

EL-HINNAWI, Essam. **Environmental refugees**. UNEP, 1985.

EL PAIS. **Um juiz legaliza parcialmente a poligamia no Estado de Utah.** Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/28/sociedad/1409249720_122802.html> Acesso em 19/01/2018

EMBAIXADA DA AFRICA DO SUL. **Geografia.** Disponível em < <http://www.africadosul.org.br/geografia>>. Acesso em 31/01/2018

EMBAIXADA DO MARROCOS EM PORTUGAL. **Código de Família Marroquino, Lei n.º 70/03 promulgada pelo Dahir n.º 1-04-22 de 3 de fevereiro de 2004.** Disponível em < http://www.emb-marrocos.pt/cache_bin/XPQdpKQXX154kSkFEXmqx8ZKU.pdf>. Acesso em 23/01/2018

EMBAIXADA DO MARROCOS EM PORTUGAL. **Direito das mulheres.** Disponível em < http://www.emb-marrocos.pt/textos/marrocos-em-movimento/direitos-das-mulheres_33.html>. Acesso em 23/01/2018

ENCICLOPEDIA ON LINE TRECCANI. **Conferenza Dell'Aia di diritto Internazionale privato.** Disponível em < <http://www.treccani.it/enciclopedia/conferenza-dell-aia-di-diritto-internazionale-privato/>>. Acesso em 01/08/2019

ENCYCLOPEDIA OF MORMONISM. **Fundamentalists.** Disponível em < <http://eom.byu.edu/index.php/%22Fundamentalists%22>>. Acesso em 19/01/2018

Encyclopedia of the Middle East. **Sunnah.** Disponível em < <http://www.mideastweb.org/Middle-East-Encyclopedia/sunnah.htm>> Acesso em 28/08/2019

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Tradução de Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984.

EUR-Lex.europa.eu. **Tratado da União Europeia.** Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em 23/01/2019

EUR-Lex.europa.eu. **Artigo 2º, letra D, da Directiva 2003/86/CE.** Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0086>>. Acesso em 28/02/2019

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família.** Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Famílias**. 10 ed. Salvador:Juspodivm, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. A cura di Ermanno Vitale. 3.ed. Roma: Editori Laterza, 2008. p. 08.

FISHER, Helen E. **Anatomía del amor: historia natural de la monogamia, el adulterio y el divorcio**. Tradução de Alicia Plante. Barcelona. Disponível em <[http://assets.esppdf.com/b/Helen%20E.%20Fisher/Anatomia%20del%20amor%20\(10125\)/Anatomia%20del%20amor%20-%20Helen%20E.%20Fisher.pdf](http://assets.esppdf.com/b/Helen%20E.%20Fisher/Anatomia%20del%20amor%20(10125)/Anatomia%20del%20amor%20-%20Helen%20E.%20Fisher.pdf)> Acesso em 04/01/2018

FOCARELLI, Carlo. **Diritto Internazionale**. 4 ed., Wolters Kluwer Italia:Milano, 2017.

FRANCISCO, Papa. **Quem sou eu para julgar?** Texto reunido e editado por Anna Maria Foli. Tradução de Clara A. Colotto. Rio de Janeiro:LeYa. 2017

FROTA, Hildemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**. Disponível em <<https://tematicasjuridicas.wordpress.com/2010/12/16/direitos-humanos-e-o-mundo-muculmano/>>. Acesso em 06/02/2019

FROTA, Hildemberg Alves da. **Uma universalidade dois direitos humanos no mundo muçulmano**. **Anuário Mexicano de Direito Internacional**, [SI], jan. 2006. ISSN 2448-7872. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/150/237>>. Data de acesso: 05 dez. 2018

FURMANN, Ivan. **Globalização e Estado: dimensões e dilemas**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-estado-dimens%C3%B5es-e-dilemas>>. Acesso em 13/02/2019

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

GAARDER, Jostein. HELLERN, Victor. NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo:Companhia das Letras. 2001.

GAJA, Giorgio. **New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe?** In: ALSTON, Philipp et all. **The EU and human rights**. New York:Oxford University Press, 1999, p. 781-800.

GALLICHAN, Walter M. **Women Under Polygamy**. London:Holden & Hardingham. 1914.

GARCIA, Emerson. **Jus cogens e proteção internacional dos Direitos Humanos.** Disponível em < <http://www.direitodoEstado.com.br/colunistas/emerson-garcia/jus-cogens-e-protecao-internacional-dos-direitos-humanos> >. Acesso em 07/12/2017

GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregório Perces-Barba.** Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, V.2, n. 1, 2016.

GARCIA, Marcos Leite. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais.** Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/7231/4118>>. Acesso em 08/12/2017

GARCIA, Marcos Leite. **O debate inicial sobre os direitos fundamentais:** aspectos destacados da visão integral do conceito. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 43, n. 50, p. 129-152, jul./dez. 2008. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22250/debate_inicial_direitos_fundamentais.pdf >. Acesso em: 04/12/2017

GIDDENS Anthony. **Il mondo che cambia.** Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita. Bologna: Mulino, 2000.

GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização.** Lisboa: Presença, 2001.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GLOBO G1. **Costume himalaio de “uma noiva para vários irmãos” está sumindo.** Disponível em < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/costume-himalaio-de-uma-noiva-para-varios-irmaos-esta-sumindo.html> >. Acesso em 19/03/2018

GLOBO G1. **Marroquino joga água fervendo em esposa que o proibiu de ter 2ª mulher.** Disponível em < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/02/marroquino-joga-agua-fervendo-em-esposa-que-o-proibiu-de-ter-2-mulher.html> >. Acesso em 22/01/2018

GLOBO G1. **Sudão do Sul se torna 193º país membro de ONU.** Disponível em < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/07/sudao-do-sul-se-torna-193-pais-membro-da-onu.html> >. Acesso em 11/04/2019

GOLASKI, Karin. **Poligamia e Danno a se Stessi.** Tesi de Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”. Università Degli Studi di Palermo, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed., Rio de Janeiro:Forense, 2000.

GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005.

GRISARD Filho, Waldyr. **Famílias Reconstituídas** – novas uniões depois da separação. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

GRULAN, Stephen A. MAYERS, Marvin K. **Antropología Cultural**. Uma perspectiva Cristiana. Miami: Editorial Vida, 1997.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. Ed. São Paulo:Saraiva, 2016.

HAYEK, Samir El. **O Alcorão Sagrado**. Ebook. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/alcorao.html>> . Acesso em 28/08/2019

HCCH. HCCH **members**. Disponível em <<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>> . Acesso em 01/08/2019.

HCCH. **Convention on Celebration and Recognition of the validity of Marriages**. Disponível em <<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>> . Acesso em 01/08/2019.

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

HERTRICH, Véronique. LOCOH, Thérèse. **Relações de Gênero, Formação e Dissolução das Uniões nos Países em Desenvolvimento**. Disponível em <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/series/article/viewFile/61/59>>. Acesso em 22/01/2018

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de família e sua organização jurídica**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

HOLWLAND, Rachel J.. Koenen, Ashley. **Divorce and Polygamy in Tanzania**. 2014. Disponível em <<https://www.semanticscholar.org/paper/Divorce-and-Polygamy-in-Tanzania-eCommons-Howland/1936c414a5e1e89a64eea08b6cd819d3db4f04b9>>. Acesso em 22/01/2018.

HORNET. **Veja uma linha cronológica criminalização LGBT nos EUA.** <<https://hornet.com/stories/pt-pt/gay-criminalizacao/>>. Acesso em 24/02/2019

IANNI, Octávio. **A Sociedade Global.** 15ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010.** Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em 19/01/2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Países. África do Sul.** Disponível em <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/africa-do-sul/info/populacao>. Acesso em 31/01/2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Países. Arábia Saudita** Disponível em < <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/arabia-saudita/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Países. Argélia.** Disponível em < <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/argelia/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Países. Marrocos.** Disponível em <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/marrocos/info/populacao>. Acesso em 31/01/2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Países. Quênia.** Disponível em < <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/quenia/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Países. Síria.** Disponível em < <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/siria/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Países. Tanzânia.** Disponível em < <https://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/tanzania/info/populacao>>. Acesso em 31/01/2018.

IG. Veja a lista dos terremotos mais intensos da história. Disponível em < <https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/veja-a-lista-dos-terremotos-mais-intensos-da-historia/n1238149691880.html> >. Acesso em 25/04/2016.

IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Quem são os Mórmons?** Disponível em <http://www.saladeimprensa.mormon.org.br/artigo/quem-sao-os-mormons>.

Acesso em 19/01/2018.

IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Pérola de Grande Valor.** Disponível em < <https://www.lds.org/scriptures/pgp/introduction.html?lang=por>>. Acesso em 19/01/2018.

IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **The Scriptures internet edicion.** Disponível em < <http://classic.scriptures.lds.org/pt/od/1>> Acesso em 29/01/2018.

IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. **Doutrinas e Convênios.** Disponível em < <https://www.lds.org/scriptures/dc-testament/dc/132?lang=por>>. Acesso em 19/01/2018.

IL GIORNALE.IT. **In Italia sono 20mila i casi di poligamia.** Disponível em < <http://www.ilgiornale.it/news/mondo/italia-sono-20mila-i-casi-poligamia-1297833.html>>. Acesso em 28/02/2019.

INTERNAZIONALE.IT. **Nella Siria in guerra si diffondono la poligamia e i divorzi.** Disponível em < <https://www.internazionale.it/notizie/2016/09/15/siria-poligamia-divorzi>>. Acesso em 24/01/2018.

IQARAI SLAM.COM. **Introdução Básica ao Usul Al Fiqh** - Termos Básicos em Jurisprudência Islâmica. Disponível em < <https://iqaraislam.com/introducao-basica-ao-usul-al-fiqh-termos-basicos-em-jurisprudencia-islamica/>>. Acesso em 28/08/2019

ISLAM ITALIA. **La questione della poligamia/poliginia nell'Islam - Poligamia e ordinamento italiano e marocchino.** Disponível em < <http://www.islamitalia.it/religione/poligamia.html>> . Acesso em 18/01/2018

ISLAMICCHAT. **O que é a "Sunnah" do Profeta Muhamad (SAWS)?** Disponível em < <http://islamicchat.net/sunnah.html>>. Acesso em 23/01/2018

ISLAMISMO.ORG. **Razões da Permissibilidade da Poligamia no Islam.** Disponível em < http://www.islamismo.org/razao_poligamia.htm> . Acesso em 18/01/2018.

ITALIA. **Legge n. 70 di 20 maggio 2016.** Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Disponível em http://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-05-21&atto.codiceRedazionale=16G00082&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario>. Acesso em 14/03/2019.

JALES, Lúcia Cibely Porto. **A proteção dos direitos humanos nos blocos econômicos.** Uma análise da União Europeia e do Mercosul. Dissertação em ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Coimbra. FCDU, Coimbra, Portugal, 2016. p. 72/83.

Jornal Oficial da União Europeia. **Roteiro para a igualdade entre homens e mulheres.** Disponível em <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Resoluc31.pdf>>. Acesso em 05/08/2019 (grifo do autor)

JUBILUT, Lílíana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

JUSBRASIL. **Varas de família têm competência sobre questões ligadas a união homoafetiva.** Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100428613/varas-de-familia-tem-competencia-sobre-questoes-ligadas-a-uniao-homoafetiva>>. Acesso em 25/05/2016.

KELSEN, Hans. **Teoria general del derecho y del Estado.** 3 ed. Ciudad de México: UNAM, 1969.

KENIALAW.ORG. **Petition 237 of 2014.** Disponível em <<http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/115691/>>. Acesso em 22/01/2018.

KENIALAW.ORG. **The Marriage Act 2014.** Disponível em <http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Acts/TheMarriage_Act2014.pdf>. Acesso em 21/01/2018.

KOPPENBERG, Saskia. **Where Do Forced Migrants Stand in the Migration and Development Debate?** Oxford Monitor of Forced Migration, v. 2, n.1, 2012, pp. 77-90. Disponível em <http://www.migration4development.org/sites/default/files/skoppenberg_oxmo_vo-l-2-no-1_june2012_0.pdf>. Acesso em 06/03/2019.

KURZ, Robert. **Barbárie, migração e guerras de ordenamento mundial.** In: Serviço Pastoral dos Migrantes. (Org.) *Travessias na desordem global* - Fórum Social das Migrações. São Paulo: Paulinas, 2005.

KUSANO, Susileine. **Da família anaparental:** Do reconhecimento como entidade familiar. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559. Acesso em 25/05/2016.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural** – Uma teoria liberal de los derechos de las minorías. Paidós: Barcelona, 1996.

KYMLICKA, Will. **Il Multiculturalismo e le accuse di essenzialismo**: teorie, politiche, ethos. In PALUMBO, Antonino. SEGRETO, Viviana. Globalizzazione e Governance Delle Società Multiculturali. Mimesis:Milano, 2011. p.11

LA REPUBBLICA.IT. **Zuma, presidente e polígamo, sposo felice per la quinta volta**. Disponível em < http://www.repubblica.it/2010/01/sezioni/esteri/zuma-sposo-sudafrica/zuma-sposo-sudafrica/zuma-sposo-sudafrica.html?refresh_ce>. Acesso em 31/01/2018.

LA SANTA SEDE. **Catecismo da Igreja Católica**. Disponível em < http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p3s2cap2_2196-2557_po.html>. Acesso em 24/01/2018.

LANDAW, Jonathan. BODIAN, Stephan. **Budismo para Leigos**. Rio de Janeiro:Alta Books editora. 2009.

LANZILLO, Maria Laura. **Dalla tolleranza al multiculturalismo**. in Paura Dell'Altro. 1ª Edição. A cura di Francesco Bilancia, Franco M. Di Sciullo e Francesco Rimoli. Carocci Editore:Roma, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**, vol. 5. São Paulo:Saraiva Jur, 2018.

LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Carocci Editore:Roma, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2018.

MARELLA, Maria Rosaria. MARINI, Giovanni. **Di cosa Parliamo quando parliamo di famiglia**. 5ª edição. Editora Laterza:Roma-Bari. 2018.

MARTINÉZ, Maria José Valverde. GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Poligamia em Marruecos y Pensión de Viudedad em España**. El Tribunal Supremo y el Orden Público Internacional Atenuado. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2.

MÁS, Heyde Fernandes. **Ecomigrantes, refugiados ou deslocados ambientais: populações vulneráveis e mudança climática**. http://up.mackenzie.br/fileadmin/user_upload/imported/fileadmin/PUBLIC/UP_MACKENZIE/servicos_educacionais/stricto_sensu/Direito_Politico_Economico/Heyd_Fernandes_Mas.pdf > Acesso em 08/05/2016.

MAZZOLI, Edoardo. **Diritto Internazionale privato: I enorme fondamentali**. Disponível em < <https://www.studiocataldi.it/articoli/21426-diritto-internazionale-privato-le-norme-fondamentali.asp> >. Acesso em 31/07/2019

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed.. São Paulo: Editora Método, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed.. São Paulo:RT, 2016.

MERRILS, J. G.; ROBERTSON, A. H. **Direitos Humanos na Europa. Um estudo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Lisboa: Instituto Piaget. 2001. Tradução de Joana Chaves.

MONTALVÃO, Marcel Maia. **União estável e o Direito Penal**. In Revista da Esmese, nº 06.

MORAES, Alexandre de. **Constituição Brasileira Interpretada**. 5ª ed.. São Paulo:Atlas, 2005.

MORAES, Noely Montes et al. **É possível amar duas pessoas ao mesmo tempo?** São Paulo: Musa, 2005.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Direitos Humanos, Estado e Globalização**. In CARVALHO, Salo de. FLORES, Joaquim Herrera. RÚBIO, David Sanchez (org.). **Direitos Humanos e Globalização**. Porto Alegre:ediPUCRS, 2010.

MYERS, Norman. **Esodo ambientale**. Popoli in fuga da terre difficili. Milano: Edizioni Ambiente, 1999.

NASSER, Salem Hikmat. **Direito Islâmico e direito internacional**: os termos de uma relação. In Revista de Direito GV, Volume 8, São Paulo, p. 725-744 | JUL-DEZ 2012

NATIONAL GEOGRAPHIC. **How the World's Youngest Nation Descended Into Bloody Civil War**. Disponível em < <https://news.nationalgeographic.com/news/special-features/2014/10/141001-south-sudan-dinka-nuer-ethiopia-juba-khartoum/> >. Acesso em 11/04/2019.

NEWSWEEK. US Edition. **The Mormon Odyssey**. Disponível em <http://www.newsweek.com/mormon-odyssey-121109> . Acesso em 19/01/2018.

NO QUE OS BUDISTAS ACREDITAM. **Posições Budistas sobre o Casamento**. Disponível em < <https://noqueosbuddhistasacreditam.wordpress.com/2007/10/08/posicoes-buddhistas-sobre-o-casamento/> >. Acesso em 24/01/2018.

NODO50.ORG. **Exposição de Motivos do anteprojeto de Lei que modificou o Código da Família Argelino**. Disponível em < <https://www.nodo50.org/mujeresred/argelia-codigo.htm> >. Acesso em 21/01/2018.

O ESTADO. **Rabino defende Poligamia em Israel.** Disponível em <http://www.estadao.com.br/blogs/jt-radar/rabino-defende-poligamia-em-israel/>. Acesso em 30/01/2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponível em < [<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4)> acesso em 23/01/2019.

OECD.ORG. **Development Centre.** Disponível em < <http://www.oecd.org/dev/>>. Acesso em 24/01/2018

OECD. **O que é a convenção do clima?** <<http://www.oecd.org.br/dicionario-ambiental/28809-o-que-e-a-convencao-do-clima/>> Acesso em 11/07/2017.

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, v. 4, n. 1, 2004.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Editora RT, 2002.

OLIVIERO, Maurizio. STAFFEN, Márcio Ricardo. **Narcisismo Constitucional:** Considerações sobre o constitucionalismo Árabe a partir da hermenêutica filosófica. in Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 16 - n. 3 - p. 268-280 / set-dez 2011.

OLIVIERO, Maurizio. **Il Costituzionalismo dei paesi arabi.** Le costituzioni del Magherb. Com traduzuione dei testi vigente. Milano:Giuffrè, 2003, p. 44.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** Disponível em < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em 07/12/2017.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Equality of rights between men and women.** Disponível em < https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/HRC_GC_28e.pdf>. Acesso em 22/01/2018.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Populacion Facts.** Disponível em < http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts_2011-1.pdf>. Acesso em 31/01/2018.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International migrant stock: The 2017 revision.** Disponível em <

<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates17.asp>>. Acesso em 07/03/2019.

ONUBR - Nações Unidas no Brasil. **ACNUR: número de pessoas deslocadas chega a 68,5 milhões em 2017.** Disponível em < <https://nacoesunidas.org/acnur-numero-de-pessoas-deslocadas-chega-a-685-milhoes-em-2017/>>. Acesso em 07/03/2019.

ONU - Organização das Nações Unidas. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 08/12/2017.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Universal Declaration of Human Rights.** Disponível em < <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. > Acesso em 06/12/2018.

PALLADINO, Rossana. **Il ricongiungimento familiare nell'ordenamento europeo.** Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali. Bari: Cacucci Editore. 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional.** Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAPISCA, Antonio. **La Dichiarazione Universale dei diritti umani commentata.** Disponível em < <http://unipd-centrodirittiumani.it/it/dossier/La-Dichiarazione-Universale-dei-diritti-umani-commentata-dal-Prof-Antonio-Papisca/3> > Acesso em 06/12/2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas.** Revista de Informação Legislativa. ano 43, n. 172, p. 135-148. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out./dez. 2006.

PEIXINHO, Manoel Messias. **Os Direitos Fundamentais Islâmicos e Africanos: contribuição histórica para uma teoria dos Direitos Fundamentais.** Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f49216e5390c53d> >. Acesso em 11/02/2019.

PELUSO, Antônio Cezar. **A culpa na Separação e no Divórcio.** In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Coord.). Direito de Família e Ciências humanas. Cadernos de Estudos nº. 2. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, agosto de 2000.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Autonomia privada e negócio jurídico – breves notas**. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org). Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PÉREZ, Pilar Juárez. **Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?**. In Revista Eletronica de Estudios Internacionales. Disponível em <
[file:///C:/Users/mauricio/Downloads/estudio_JUAREZ_Pilar%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/mauricio/Downloads/estudio_JUAREZ_Pilar%20(2).pdf)>. Acesso em 28/02/2019.

PETRALIA, Valentina. **La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari**. Il caso dei matrimoni poligamici. In Il diritto di famiglia e delle persone. Vol. 45, nº 2, 2016, p. 607-664

PHILIPS, Abu Ameenah Bilal. JONES, Jameelah. **Polygamy in Islam**. Riyadh:IIIPH, 2005.

PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica. Univali, Itajaí, 2014.

PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. **Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias**. Revista Ártemis, vol. 13, jan./jun.2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 8 ed. São Paulo:Saraiva, 2018.

PIRES, Maria José Moraes. 1999. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Documentação e Direito comparado, n.º 79/80, 1999. Disponível em <
http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_pires_carta_africana_direitos_povos.pdf>. Acesso em 04/02/2019.

PIRES, Eduardo. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais**. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Maio-agosto 2015. Disponível em <
<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07/4724>>. Acesso em 25/03/2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador:Juspodivn. 8ª ed. 2016.

PRENCIPE, Lorenzo. **L'Italia tra emigrazione e immigrazione. I luoghi della memoria e il ruolo del Museo nazionale dell'Emigrazione Italiana**. Disponível

em < https://www.ponteentreculturas.com.br/revista/luoghi_della_memoria.pdf>. Acesso em 06/03/2019.

POLI, Paolo. **Chiesa e Poligamia in Africa**. Fra tradizione e cambiamento. Bologna:Editrice Missionaria Italiana. 1966. P. 199

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade**. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 2 ed. Florianópolis:Conceito editorial. 2017.

QURASHI-LANDES, Asifa. **A Meditation on Mahr, Modernity, and Muslim Marriage Contract Law**. In Feminism, Law ad Religion/ by Marie A. Failinger, Elizabeth R. Schilz, and Susan J. Stabile. England:Ashgate.

RAZ, Joseph. **Multiculturalism**. Ratio Juris, v. 11, n. 3, sept. 1998.

RIDRUEJO, José A. Pastor. **Curso de Derecho Internacional público y organizaciones internacionales**, 10 ed., Madrid/Tecnos, 2006.

RITA. Wakala wa Usajili Ufilisi na Udhadini. **The Law of Marriage Act**. Disponível em < [http://www.rita.go.tz/eng/laws/History%20Laws/Marriage%20Ordinance,%20\(cap%2029\).pdf](http://www.rita.go.tz/eng/laws/History%20Laws/Marriage%20Ordinance,%20(cap%2029).pdf)>. Acesso em 22/01/2018.

REVISTA GALILEU. **O fim da monogamia?**. Rio de Janeiro: Globo, outubro de 2007. Disponível em < <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0,,EDG79268-7855-195,00-O+FIM+DA+MONOGAMIA.html>>. Acesso em 01/02/2018.

REVISTA ROLLING STONES. **Maior comunidade poligâmica dos EUA é comandada da cadeia por homem que, aos poucos, institui uma guerra civil**. Disponível em <http://m.rollingstone.uol.com.br/noticia/maior-comunidade-poligamica-dos-eua-e-comandada-da-cadeia-por-homem-que-aos-poucos-institui-uma-guerra-civil/#imagem0>. Acesso em 19/01/2018.

REVISTA VEJA. **A maior enchente da história de Paris**. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/blog/de-paris/paris/la-crue-de-1910-a-maior-enchente-da-historia-de-paris/>>. Acesso em 25/04/2016.

REVISTA VEJA. **Presidente do Quênia legaliza a Poligamia no País**. Disponível em < <https://veja.abril.com.br/mundo/presidente-do-quenia-legaliza-a-poligamia-no-pais/>>. Acesso em 23/01/2018.

REVISTA VIRTUAL HERANÇA JUDAICA. **Halacha**. Disponível em < <https://herancajudaica.wordpress.com/2017/11/17/halacha/>>. Acesso em 29/01/2018.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo:Saraiva. 5ª ed, 1995.

RIZZUTI, Marco. **Il problema dei rapporti familiar poligamici**. Napoli:Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editori Laterza:Bari, 2015.

RODRIGUES, Marcelo. **Considerações a respeito do Direito Muçulmano**. Disponível em <https://marcelorodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/188321480/consideracoes-a-respeito-do-direito-muculmano?ref=topic_feed>. Acesso em 30/08/2019

RODRIGUES, Renata de Lima. **As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 03 de abril de 2009.

RONZITTI, Natalino. **Gli Strumenti di Tutela dei Diritti Umani: La risoluzione 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la sua attuazione nell'ordinamento italiano**. In Osservatorio di Politica Intaernazionale. 4/2010. Disponível em <http://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/affariinternazionali/osservatorio/note/Nota_4_IAI_DirittiUmani.pdf>.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas e Monogamia**. Disponível em < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/210.htm> >. Acesso em 25/05/2016

SACCO, Rodolfo. **Antropologia Giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto**. Bologna:Società editrice Il Mulino. 2007.

SALT LAKE TRIBUNE. **“Sister Wives” polygamy lawsuit tackles privacy in Utah**. Disponível em <<https://archive.sltrib.com/article.php?id=52182460&itype=CMSID>> Acesso em 24/02/2019.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do Direito Civil-Constitucional**: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor. Dissertação de Mestrado do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasil. UNB, Brasília, 2014.

SANTOS, Milton. **Por Uma outra Globalização** – Do pensamento único à consciência Universal. 6ª ed. Ed. Record: Rio de Janeiro, 2001.

SANTOS, Valdoir da Silva. **O Multiculturalismo, o pluralismo jurídico e os novos sujeitos coletivos no Brasil**. Dissertação de mestrado. Curso de pós-

graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. UFSC, Florianópolis, 2006. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp021316.pdf>>. Acesso em 14/05/2019

SARLET, Ingo. **As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentes-entre-direitos-humanos-fundamentais>> Acesso em 08/12/2017

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Constituição**. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5.ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e Globalização**: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215:19-34, jan./mar. 1999.

SARMENTO, Daniel. **O Direito Constitucional e o Direito Internacional**: diálogos e tensões. in PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Coords). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93-138.

SATA - STATISTICS SOUTH AFRICA. **Knowing the Population**. Disponível em <http://www.statssa.gov.za/?page_id=595>. Acesso em 31/01/2018.

SAUDINF. **The Basic Law**. Disponível em <<http://www.saudinf.com/main/c541.htm>>. Acesso em 23/01/2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico.

SHEFF, Elisabeth. **Polyamorous, families, same-sex, marriage, and the slippery slope**. Journal of Contemporary Ethnography: Londres. out. 2011. v. 40. n. 5.

SHOOK, Charles A. **The True Origin of Mormon Polygamy**. Cincinnati: The Standard Publishing Company. 1914.

SILVA, Daniel Neves. **Guerra Civil da Síria**. Disponível em <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/guerra-civil-na-siria.htm>>. Acesos em 11/04/2019

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia. A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família.** Curitiba:Juruá. 2013.

SILVA, Solange Teles da. **O Direito Ambiental Internacional.** 1ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.

SIRIANNI, Guido. **Il diritto degli stranieri ala unità familiare.** Giuffrè Editore:Milano. 2006.

SOARES, Carina de Oliveira. **A Proteção Internacional dos Refugiados e o Sistema Brasileiro de Concessão de Refúgio.** Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9430 >. Acesso em 11/07/2017.

SOCIAL INSTITUTIONS & GENDER INDEX. **Syrian Arab Republic.** Disponível em < <https://www.genderindex.org/country/syrian-arab-republic/> >. Acesso em 24/01/2018.

SORJ, Bernardo. GRIN, Monica. **Judaísmo e Modernidade – Metamorfoses da Tradição Messiânica.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

SOUZA, Ana. **As diferentes formas de amor.** Disponível em < <https://www.oficinadepsicologia.com/as-diferentes-formas-de-amor/> >. Acesso em 18/03/19.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Por um novo Modelo de Estado de Direito Ambiental.** In : ESPIRITO SANTO, Davi et PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) . Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado. Florianópolis: Insular, 2013.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

STRAZZARI, Davide. **The *ordre public* exception as a means to protect fundamental rights, or not?** The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. In: Toniatti, Roberto et Strazzari, Davide (eds), Legal Pluralism in Europe and the *ordre Public* Exception: Normative and Judicial Perspectives. Trento: Jurisdiction and Pluralisms. 2016. p. 65

STF - Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380.** Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUM E. NAO S.FLSV.&base=baseSumulas> >. Acesso em 20/03/2019.

STF - Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Resp 1418167/CE**, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/03/2015.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF**. Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 12/03/2019.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 397762**, Bahia – BA, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 03/06/08, publicação em 12/09/08.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 878694/MG**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf> >. Acesso em 25/03/2019.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo nº 746042 SP 2006/0031416-5**, Relator Ministro Fernando Gonçalves, data de julgamento: 04/09/2007.

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 57606-MG**, Relator Ministro Fontes de Alencar, Data de Julgamento: 11/04/1995, Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 15/05/1995.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 964.489/RS**, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Quarta Turma, julgado em 12/03/2013.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.217.415-RS**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012.

STRECK, Lenio. MORAES, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5ª Ed. Revista e atualizada. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2006.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Lawrence vs Texas**. Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf> > Acesso em 24/02/2019.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **USA vs Windsor**. Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/case.pdf> >. Acesso em 24/02/2019.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Loving vs. Virginia**. Disponível

em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>. >. Acesso em 28/02/2019.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell et al. Vs. Hodges**. Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3203.pdf. Acesso em 28/02/2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 5. 9ª ed.. São Paulo:Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil I – Lei de Introdução e Parte Geral**. 11ª ed., São Paulo:Editora Método. 2015.

TAVARES, Quintino Lopes Castro. **Multiculturalismo**. p. 13. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25352-25354-1-PB.pdf>>. Acesso em 15/02/2019.

THE GUARDIAN. **Kenya's parliament passes bill allowing polygamy**. Disponível em < <https://www.theguardian.com/world/2014/mar/21/kenya-parliament-passes-bill-allowing-polygamy>>. Acesso em 21/01/2018.

THE RELIGION OF ISLAM. **Introdução à Poligamia no Islã**. Disponível em < <https://www.islamreligion.com/pt/articles/325/introducao-a-poligamia-no-islã/>>. Acesso em 18/01/2018

THE RELIGION OF ISLAM. **Introdução à Poligamia no Islã**. Disponível em < <https://www.islamreligion.com/pt/articles/325/introducao-a-poligamia-no-islã/>>. Acesso em 18/01/2018.

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.04.533394-5/001**, 4ª CC, Rel. Des. Moreira Diniz, J. 20/10/2005, DJMG 25/10/2005.

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70022775605/08** - Relator Desembargador Rui Portanova, julgado em 07.08.2008.

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70057350092 RS**, Relator Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 11/06/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: DJ do dia 13/06/2014.

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2015.008713-2**, de Jaraguá do Sul, relator Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, julgado em 22-03-2016.

TLC Television. **Sister Wives**. Disponível em <<https://www.tlc.com/tv-shows/sister-wives/>>. Acesso em 24/02/2019.

TRF –TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 4ª Região. **Apelação Cível nº 2000.72.05.003747-5/SC** – Turma Suplementar – Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira – Publicado em 3-4-2007.

TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO. Disponível em <https://judicialis.de/Oberverwaltungsgericht-Rheinland-Pfalz_10-A-11717-03-OVG_Urteil_12.03.2003.html>. Acesso em 25/02/2019.

TRIBUNAL DA FUNÇÃO PÚBLICA DA UNIÃO EUROPEIA. **Wolfgang Mandt contra Parlamento Europeu**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007FJ0045_SUM>. Acesso em 28/02/2019.

TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. Disponível em <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&anz=537&pos=25&nr=90437&linked=pm&Blank=1>>. Acesso em 25/02/2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA DE GALÍCIA. Disponível em <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=2783477&links=bigamia&optimize=20040131&publicinterface=true>>. Acesso em 25/02/2019.

UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT OF UTAH, CENTRAL DIVISION. **Kody Brown, Meri Brown, Janelle Brown, Christine Brown e Robyn Sullivan vs. Jeffrey R. Buhman**. Disponível em https://ecf.utd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?211cv0652-78. Acesso em 24/02/2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Public Law 104-199, 21 de setembro de 1996**. Defense of Marriage Act. Disponível em <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-110/pdf/STATUTE-110-Pg2419.pdf>>. Acesso em 24/02/2019.

UNIVERSITY OF MINNESOTA. Declaração de Cairo, disponível em <<http://hrlibrary.umn.edu/instate/cairodeclaration.html>>. Acesso em 08/02/2019.

UNIVERSO ON LINE. **Igreja Mórmon recua e confirma de seu fundador teve cerca de 40 esposas**. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2014/11/11/igreja-mormon-admite-que-fundador-joseph-smith-teve-cerca-de-40-esposas.htm>. Acesso em 19/01/2018.

URBAN, Jens. **La réception de la polygamie au regard du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets**. Droit. Université de Perpignan, 2017. Français.

US DEPARTMENT OF STATE. **2010 Report on International Religious Freedom**. Disponível em < <https://www.state.gov/j/drl/rls/irf/2010/148812.htm>>. Acesso em 21/01/2018.

VAITSMAN, Jeni. **Flexíveis e plurais – identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

VALSINER, Jann. **Fundamentos da psicologia cultural: mundos da mente, mundos da vida**. Porto Alegre, RS: Artmed. 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da Homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida**. *Revista Libertas*. n. 2, jul./dez., 2016.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado. Volume 1, Introdução e Parte Geral**. Coimbra: Almedina, 2008.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Os efeitos do Poliamorismo no Direito Contemporâneo**: Uma análise à luz da Dignidade Humana. In: *Revista Síntese – Direito de Família*, ano XVI, n. 93, Dez-Jane. 2016.

VIGLIOTTI, Sara. **Matrimonio e divorzio nel diritto di famiglia marocchino, evoluzione e conservazione**. Casistica e problematiche relative ala recepibilità nell'ordinamento giuridico italiano. Tesi di Laurea. Università Ca'Foscari Venezia. 2014/2015

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Comprendere Il mondo. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo**. Trieste:Asterios Editora.

WOOD, William B. **Ecomigration: linkages between environmental change and migration**. In: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M. (ed.). *Global migrants, global refugees: problems and solutions*. US: Berghahn Books. 2009.

ZANETTI, Gianfrancesco. **Eguaglianza**. In: BARBERA, Augusto (Org.). *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. 12ªed. Roma-Bari: Laterza Editori, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Antônio Cabral de Moncada. 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian:Lisboa.