

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA FLÁVIA SOUTO RIBEIRO

**DIGNIDADE HUMANA E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA:
o reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões poliafetivas**

UBERLÂNDIA
2021

ANA FLÁVIA SOUTO RIBEIRO

**DIGNIDADE HUMANA E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA:
o reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões poliafetivas**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, *campus* de Santa Mônica.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Padovini Pleti Ferreira

UBERLÂNDIA
2021

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

R484 2021	<p>Ribeiro, Ana Flávia Souto, 1991- Dignidade humana e o conceito constitucional de família [recurso eletrônico] : o reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões poliafetivas / Ana Flávia Souto Ribeiro. - 2021.</p> <p>Orientador: Ricardo Padovini Pleti Ferreira. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Pós-graduação em Direito. Modo de acesso: Internet. Disponível em: http://doi.org/10.14393/ufu.di.2021.411 Inclui bibliografia.</p> <p>1. Direito. I. Ferreira, Ricardo Padovini Pleti ,1980- , (Orient.). II. Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduação em Direito. III. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU: 340</p>
--------------	---

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 157, PPGDI				
Data:	Vinte e sete de agosto de dois mil e vinte e um	Hora de início:	15:00	Hora de encerramento:	17:00
Matrícula do Discente:	11912DIR001				
Nome do Discente:	Ana Flávia Souto Ribeiro				
Título do Trabalho:	DIGNIDADE HUMANA E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA: O RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS UNIÕES POLIAFETIVAS				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, conforme previsto na Portaria n°. 36 da CAPES, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: César Augusto de Castro Fiuza - UFMG; Luiz Carlos Goiabeira Rosa - UFU; e Ricardo Padovini Pleti Ferreira - UFU - orientador da candidata.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Ricardo Padovini Pleti Ferreira, apresentou a Comissão Examinadora e a candidata, agradeceu a presença do público, e concedeu à Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos examinadores, que passaram a arguir a candidata. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando a candidata:

Aprovada.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, os examinadores e a discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelos examinadores e pela discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pela discente.



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Professor(a) do Magistério Superior**, em 01/09/2021, às 07:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Padovini Pleti Ferreira, Professor(a) do Magistério Superior**, em 20/09/2021, às 12:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Cesar Augusto de Castro Fiuza, Usuário Externo**, em 25/09/2021, às 10:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ana Flávia Souto Ribeiro, Usuário Externo**, em 06/10/2021, às 16:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3010498** e o código CRC **ACDB6FB1**.

“O amor não se alegra com a injustiça, mas se alegra com a verdade. Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. O amor nunca perece; mas as profecias desaparecerão, as línguas cessarão, o conhecimento passará.”

1 Coríntios 13:6-8

"O amor paira acima das convenções sociais".

Eça de Queiroz

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação aos meus pais, Ana Maria de O. Souto Ribeiro e Antônio Carlos Soares Ribeiro, meus exemplos de amor, respeito e perseverança; ao meu noivo Lineker Lemos, por todo apoio, cuidado e afeto; a minha irmã, Ana Beatriz Souto Ribeiro, que sempre me incentivou a sonhar; a Nagini (Gata) e ao Pipoca (Cachorro), minha família multiespécie, que proporciona a todos nós alegria.

AGRADECIMENTOS

Em todas as jornadas tenho Deus como meu pai, amigo e guia para todas as situações da vida. Ainda que contraditório para alguns, foi ele quem propôs-me este desafio, e ajudou-me a concretizá-lo. Nosso acordo continuamente é o amor, a justiça, e fé ilimitada. A ele minha gratidão.

Agradeço aos meus pais, Ana Maria e Antônio Carlos, pelo ensino do amor, por me proporcionarem o desenvolvimento pessoal e profissional. Sem vocês eu não conseguiria. Ao meu noivo, Lineker, pelo afeto, carinho, motivação e suporte, por não me deixar só estudar e trabalhar; A minha irmã, Ana Beatriz, pelas conversas, incentivos e conforto, por me estimular a novos sonhos. Ao meu irmão, Pipoca, e minha sobrinha, Nagine, pelo companheirismo e diversão; A aqueles que já não estão presentes, mas os sinto no coração diariamente, Vovó Maria, Vovô Geovane, Vovó Cacilda e Tia Ruth.

Ofereço meus agradecimentos à Universidade Federal de Uberlândia e à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” que proporcionaram ensino gratuito e de qualidade, permitindo-me qualificar para a carreira que escolhi seguir. Sou grata por todos os professores e funcionários.

Em especial agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Padovini Plei Ferreira, que abraçou a temática do meu projeto de pesquisa e possibilitou o meu aprendizado e conhecimento do Direito por diversos autores, alargando meus horizontes.

Aos colegas da décima primeira turma do Mestrado em Direito da FADIR, agradeço por tornarem tudo mais prazeroso. Outrossim, ofereço agradecimentos às minhas amigas Fernanda Pantaleão Dirscherl e Valéria Emília de Aquino pelo suporte emocional e por dividirem comigo esta árdua trajetória. Sem vocês tudo teria sido bem mais difícil, senão impossível.

Agradeço ao Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM, por possibilitar a pesquisa e o desenvolvimento do Direito das Famílias e das Sucessões. Aos meus amigos; a todos com quem convivo diariamente, assim como àqueles que passaram na minha vida durante esses dois anos.

Por fim, às famílias plurais brasileiras, sobretudo à família poliafetiva, inspiração e motivo dessa dissertação.

RESUMO:

A presente dissertação tem por finalidade analisar o poliamor, quanto à formação de família poliafetiva, identificando suas peculiaridades e problemáticas enfrentadas por divergir do modelo de família monogâmica. Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo e do procedimental comparativo, a fim de demonstrar que as famílias poliafetivas podem coexistir, na sociedade e no ordenamento jurídico, lado a lado, das famílias monogâmicas. Ademais, através dos princípios constitucionais aplicados ao direito das famílias, pretende-se demonstrar a possibilidade de efeitos decorrentes da formação das famílias poliafetivas, quer seja pela união estável ou casamento, utilizando-se, a partir do entendimento da indivisibilidade do ordenamento jurídico, por interpretação sistemática, a doutrina do direito civil constitucional, permeado pela aplicação da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Poliamor; Família Poliafetiva; Poligamia.

ABSTRACT:

The present dissertation analyzes polyamory, regarding the formation of a polyaffective family, identifying its peculiarities and problems faced when diverging from the monogamous family model. Therefore, the deductive and comparative procedural method will be used to demonstrate that polyaffective families coexist in society and in the legal system alongside monogamous families. Furthermore, it is intended to demonstrate the possibility of effects arising from the formation of polyaffective families through the constitutional principles applied to the law of families, whether by common-law marriage or marriage, using as an initial basis the understanding of the indivisibility of the legal system, by systematic interpretation of the doctrine of constitutional civil law, permeated by the application of proportionality.

KEYWORDS: Polyamory; Polyaffective Family; Polygamy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O DIREITO DE FAMÍLIA E O POLIAMOR.....	8
2.1 A origem da família ocidental e o histórico jurídico-social da família brasileira	9
2.2 As novas estruturas familiares e a Constituição de 1988	23
2.3 Família como estrutura psíquica.....	27
2.4. A afetividade como elemento constituto e integrante das famílias	30
2.5 Monogamia e Poligamia.....	34
2.6 O Poliamor e suas peculiaridades	38
3 AS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS E SUAS CONTROVÉRSIAS NO BRASIL	46
3.1 Conceito de Família Poliafetiva	47
3.2 As escrituras públicas declaratórias de união estável poliafetiva e a decisão do CNJ	49
3.3 A união estável poliafetiva	56
3.4 O casamento poliafetivo	63
3.5 Monogamia: valor ou princípio?	70
3.6 O bloqueio institucional que compromete a efetividade dos direitos das famílias poliafetivas	74
4. PRINCÍPIOS COMO MECANISMOS DE PROTEÇÃO DAS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS	80
4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	85
4.2 Princípio da igualdade	87
4.3 Princípio da pluralidade das entidades familiares	89
4.4 Princípio da autonomia privada.....	92
4.5 Princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares.....	93
4.6 Princípio do não retrocesso social e o Projeto de Lei nº 6.583/13	94
5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A OMISSÃO LEGISLATIVA REGULATÓRIA DOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS	96
5.1 Relação entre norma constitucional e norma ordinária	99
5.2 Suporte fático e o papel do intérprete no direito civil contemporâneo.....	101
5.3 O Direito Civil na legalidade constitucional, as famílias poliafetivas e possíveis direitos	110
5.3.1 Direitos de família inerentes à dissolução do núcleo poliafetivo	116
5.3.2 A filiação na família poliafetiva e seus efeitos jurídicos.....	120
5.3.3 Direitos Sucessórios	127

5.3.4 Direitos Previdenciários: a pensão por morte aos supérstites dependentes família poliafetiva	136
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	141
7 REFERÊNCIAS	144

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação analisa o poliamorismo na sociedade brasileira, evidenciando seu conceito, origem, espécies e as dificuldades enfrentadas para o seu reconhecimento, sobretudo, da família poliafetiva, haja vista o instituto da monogamia, função ordenadora da família.

Sabe-se que a sociedade, pela dinâmica de seu construído e reconstruído, atualmente, identificada por diversas nomenclaturas, caracteriza-se, em um mundo globalizado, pela necessidade de investigação de seus vínculos existenciais, desestabilizando, de forma rápida, as certezas jurídicas. Dessa forma, cumpre ao direito a incansável busca de se aproximar dos fatos sociais, a fim de garantir a promoção constitucional macroindividual, estabelecendo parâmetros que objetivam a manutenção da paz social.

Nesse contexto, para além da admissão da família poliafetiva e os seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se a precisão da garantia de sua proteção no direito, com a observação dos primados basilares da dignidade da pessoa humana, do pluralismo familiar, da igualdade, da autonomia privada, da solidariedade, ressaltando os direitos fundamentais personalíssimos.

Da leitura inclusiva do art. 226, da CF, verifica-se a existência de outras entidades familiares para além daquelas por este exemplificadas. Sobretudo, têm em comum a realização de seus indivíduos e suas existências fundadas, exclusivamente, em laços afetivos, palmilhadas na necessidade de salvaguardar seus componentes, elos dos quais não se afastam as famílias poliafetivas que, diante do desalinho contemporâneo socio regulatório, há de serem abarcadas, assegurando-lhes, por isonomia, direitos equivalentes aos das famílias especificadas na Carta Maior.

Nesse sentido, o problema desta pesquisa consiste na seguinte questão: a família constitucional poliafetiva, a partir das discussões doutrinárias e jurisprudenciais contemporâneas, acerca das famílias plurais, têm o seu direito fundamental à dignidade humana salvaguardado, *pari passu*, aos deferidos às famílias tradicionais brasileiras?

Para tentar responder a citada problemática, a pesquisa irá utilizar do método de abordagem dedutivo, partindo-se do pressuposto que é direito fundamental de toda pessoa pertencer a uma família, independentemente de seu formato, de igual modo a proteção estatuída no art. 226, da CF, bem como a valorização da dignidade da pessoa humana, que proporciona o desenvolver pessoal e emocional de cada indivíduo.

Além disso, através dos métodos procedimentais histórico e comparativo, partisse-a da premissa das formas contemporâneas de vida social, instituições e os costumes, terem origem no passado, sendo primordial analisar suas raízes, a fim de conhecer sua natureza e função, e também interpretar as relações e o ajustamento entre seus diversos componentes, considerando para tanto o direito, a atividade social e cultural. Ademais, através da comparação, pretende-se analisar a família poliafetiva, assim como a monogâmica, demonstrando a possibilidade da coexistência de ambas na sociedade e no ordenamento jurídico.

Enfim, por uma análise harmoniosa do ordenamento jurídico brasileiro, pela leitura constitucional do Direito Civil, pretende-se, com fulcro nas doutrinas de Robert Alexy, Pietro Perlingieri e Maria Berenice Dias, dar visibilidade às relações poliafetivas, *intuito familiae* e expor as dificuldades enfrentadas para seu reconhecimento jurídico e social, sem quaisquer nuances ideológicas, demonstrando o anseio e a indispensável proteção de seus grupos familiares, os quais, pela inércia do legislador, são discriminados diariamente, tendo em vista a ausência de normas infraconstitucionais reguladoras dos direitos básicos aos seus componentes, tais como a lavratura de escritura pública de união estável, o casamento e os efeitos decorrentes destes institutos previstos pelo Código Civil.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA E O POLIAMOR

O Direito de Família é ramo do Direito Privado, subdivisão do Direito Civil. No entanto, por muitas vezes seus elementos e princípios operam como autênticos comandos do Direito Público, tendo em vista questões inerentes às crianças, adolescentes e incapazes. Essa dicotomia entre público e privado é tópico fomentador e complexo, pois não há nada mais íntimo e particular do que a família, devendo haver fronteiras limitantes de intervenção do Estado quando o assunto é a vida pessoal de seus cidadãos¹.

Sabe-se que o Direito de Família é o resultado do exercício da vida em sociedade², sobretudo, do ser em um lar. Desta forma, estabelecê-lo como produto único do poder legislativo ou de decisões judiciais é desconsiderar as relações de famílias consanguíneas, civis ou afetivas, inclusive suas histórias, características próprias e transformações no tempo, que são motivos da origem de diversos regramentos.

Euclides de Oliveira elucida que “a família preexiste à própria organização jurídica da vida em sociedade [...]”, sendo sua formação decorrente das regras do direito natural³. Assim, primeiro, tem-se a família e seus peculiares aspectos naturais (realidade fática), depois o direito e seu conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) que visam organizar as relações familiares e as decorrentes questões patrimoniais advindas⁴.

Neste complexo de fatos e regramentos é importante observar nas palavras de João Batista Villela o exercício da autodeterminação do ser humano e, conseqüentemente, da instituição familiar:

Se quer para o futuro expressões convivências inspiradas no amor e na justiça, na dignidade e na confiança, tem-se de restituir ao homem a superior liberdade de responder, ele próprio, aos deveres que decorrem da vida em sociedade. O homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele.⁵

Portanto, o presente capítulo objetiva explorar a transição da família no tempo, observar suas características e marcos históricos, destacar a busca interior do ser humano por felicidade, aceitação social e, além disso por direitos inerentes às famílias plurais,

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. In Tratado de Direito das Famílias – Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 3º ed.; Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 66.

³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil. São Paulo: Método, 2003, p. 23.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 2.

⁵ VILLELA, João Baptista. Direito, Coerção e Responsabilidade: por uma ordem social não-violenta. Faculdade de Direito da UFMG: Belo Horizonte, 1982, p. 30-32.

sobretudo, famílias poliafetivas, espécie do poliamor, demonstrando, conforme Paulo Lôbo: “A família é o *locus* por excelência da repersonalização do direito civil”.⁶

2.1 A origem da família ocidental e o histórico jurídico-social da família brasileira

A entidade família é complexa e durante o tempo tem-se transmutado lado a lado às mudanças sociais. Neste subcapítulo, por um breve histórico, não há pretensão em esgotar-se acerca do antecedente da família brasileira e tão pouco da ocidental, apenas trazer pressupostos teóricos para a máxima compreensão das relações familiares poliamoristas, sobretudo da família poliafetiva.

Perrot nos instrui sobre a diégese histórica relativa à família ser extensa, confusa e permeada por rompimentos constantes.⁷ Ademais, Bilac acrescenta ao ressaltar que sua inconstância histórica dificulta sua conceituação geral.⁸

Neste universo, Friedrich Engels afirma que a família sofreu evoluções no tempo em conformidade ao desenvolvimento social e, por conseguinte, seu conceito é modificado a cada expressão da sociedade, seja religiosa, cultural, política ou econômica. Desta forma, segundo o Engels, não é necessário atribuir à família uma definição universal determinante de todos seus moldes, pois cada modelo familiar conserva em si um conceito uníssono à época que pertenceu⁹.

Assim, faz-se imperioso analisar a família em sua origem, com base na sociologia tendo em conta seus marcos, isso significa, desde os tempos primitivos até os atuais, destacando a inferência de acontecimentos político-sociais influentes, de modo direto, nos novos núcleos familiares, inclusive nos decorrentes do poliamor.

Engels, com amparo nos estudos do antropólogo ocidental Lewis Henry Morgan, trouxe que a sociedade antiga elegeu o materialismo com a finalidade de identificar os estágios pré-históricos de forma prógona, dando relevância à cultura e aos arquétipos de família predominantes à época, isso possibilitou a compreensão dos momentos de

⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 8 ed. v. 5 São Paulo: Saraiva, 2018, E-book. ISBN 978854722909, p. 26.

⁷ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Tradução de Paulo Neves. In: Veja 25 anos: Reflexões para o futuro. edição 1306. São Paulo: Abril, 1993, p 75.

⁸ BILAC, Elizabete Dória. Família: algumas inquietações. In: CARVALHO, M. C. B. (Org.). A família contemporânea em debate. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 31.

⁹ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1984, p. 91.

desenvolvimento humano seguidos dos avanços obtidos na produção dos meios de existência¹⁰.

Destarte, para Engels os regramentos sociais de cada tempo ou lugar estão vinculados à evolução do trabalho e ao desenvolvimento familiar.¹¹ A partir de Morgan, apresentam-se três períodos pré-históricos de cultura, oriundos de um momento primitivo de promiscuidade¹², quais sejam: o estado selvagem, a barbárie e a civilização.

O primeiro estado, o selvagem, foi marcado pelo início da articulação da linguagem, pela predominância do consumo de produtos da natureza, pela caça e a prática da antropofagia¹³. Ademais expõe o autor que:

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 mútua¹⁴.

Como elucidado, no referido estado, há a primeira manifestação dos laços familiares predominantemente consanguíneos, de que maneira que a família era identificada pelas relações sexuais recíprocas e endógenas, sendo corriqueiro o sexo entre parentes, onde irmãos e irmãs, necessariamente, casavam-se entre si. Destaca-se que a união entre homens e mulheres era estabelecida para fins de sobrevivência e não pela afetividade¹⁵.

Na barbárie, com a evolução da família consanguínea, surgiu a punaluana¹⁶ que trouxe as denominadas “gens”, a família em diversos grupos. Gama identifica as “gens” como parentes de maior alcance, pois ora aparece como um grupo de pessoas que exibiam igual nome, ora como indivíduos que entendiam ser descendentes de um mesmo ancestral¹⁷.

¹⁰ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 2.

¹¹ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 2.

¹² Engels entende por promiscuidade o pertencimento uns dos outros (homens e mulheres) de forma indistinta. Eram subordinados exclusivamente à natureza (ENGELS, 1984, p.23).

¹³ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1984, p. 21-22.

¹⁴ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 37.

¹⁵ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 37-38.

¹⁶ “Punaluana, quer dizer, companheiro íntimo, como quem diz associé” (ENGELS, 1984, p. 40).

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p.15.

Nesta família punaluana os consanguíneos por linha materna¹⁸, agora, encontravam-se obstados de relacionar uns com os outros, terminando na proibição do matrimônio entre primos e primas. Isto ocorreu pela identificação familiar destes (mãe, irmãos, primos, tios), o que não ocorria no estado selvagem, sendo, inclusive, impossível ter certeza quanto a paternidade de alguém¹⁹.

Esta forma de família agora nos indica, com a mais perfeita exatidão, os graus de parentesco, da maneira como os expressa o sistema americano. Os filhos das irmãs de minha mãe são também filhos desta, assim como os filhos dos irmãos de meu pai o são também deste; e todos eles são irmãos e irmãos meus. Mas os filhos dos irmãos de minha mãe são sobrinhos e sobrinhas desta, assim como os filhos dos irmãos de meu pai são sobrinhos e sobrinhas deste; e todos são meus primos e primas²⁰.

Destaca-se que o matrimônio era instituto novo e ocorria de forma grupal, ou seja, relacionamentos entre pessoas de igual “gens” e não mais de mesma família. Salienta-se que este *modus vivendi* estabeleceu uma organização social familiar, sendo pertinente observar que as primeiras famílias gregas e romanas se desenvolveram no sistema punaluana²¹.

Ademais, a organização social familiar permitiu o avanço da sociedade, ocorrendo na barbárie a origem da pecuária, da agricultura e o desenvolvimento da produção artesanal. Além disso, neste estado, surgiu, destoante da família punaluana, a família sidiásmica que, formada por uma união em pares, inovou ao estabelecer a extinção do matrimônio grupal, diga-se, não havia qualquer possibilidade de casamento entre parentes, o que instigou o relacionamento entre pessoas de díspares “gens”, não consanguíneas²².

Neste estágio, 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

¹⁸ A linha materna ou feminina, significava a incerteza quanto a paternidade da prole. Desta forma, a premissa social existente era que todos sabiam quem era a progenitora, mas não se tinha a certeza de quem seria o pai (ENGELS, 1984, p. 59).

¹⁹ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 39,59.

²⁰ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1984, p. 41.

²¹ MALHEIROS, Antônio Carlos. A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 28.

²² ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 49.

facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe²³.

Engels considerava a família sidiásmica como o estado de evolução possibilitadora, posteriormente, do amadurecimento da monogamia. Conduto, ainda que ocorresse em pares, a poligamia e o adultério se faziam presentes neste modelo primitivo e traziam opressão às mulheres, porque somente elas possuíam o dever de fidelidade e deviam ansiar pela monogamia.

Outrossim, na união sidiásmica cada qual tinha suas funções. O homem deveria promover a subsistência do lar e à mulher eram designadas atividades domésticas, incluindo o cuidado da casa e dos filhos. Salienta-se que nesta família origina-se a figura do pai, contudo, em caso de dissolução da união, esse último não tinha qualquer comprometimento sobre os filhos, ficando a ex-companheira exclusivamente responsável por estes²⁴.

Os filhos de um homem falecido não pertenciam à gens daquele, mas à de sua mãe; ao princípio, herdavam da mãe, como os demais consanguíneos desta; depois, provavelmente, foram seus primeiros herdeiros, mas não podiam sê-lo de seu pai, porque não pertenciam à gens do mesmo, na qual deveriam ficar os seus bens. Desse modo, pela morte do proprietário de rebanhos, esses passavam em primeiro lugar aos seus irmãos e irmãs, e aos filhos destes ou aos descendentes das irmãs de sua mãe; quanto aos seus próprios filhos, viam-se eles deserdados.²⁵

Desta forma, em função de um Direito Materno²⁶, que considerava somente o vínculo biológico entre mãe e filho, destaca-se pela sua notoriedade, na hipótese do falecimento do progenitor, sua prole não poderia herdar qualquer de seus bens, sendo o direito de herança destinado tão só a sua “gen” de origem, da qual seus filhos não pertenciam em decorrência da estipulação da linhagem materna²⁷.

Repisa-se, o homem buscava a subsistência do lar e a mulher realizava atividades domésticas. Neste sentido, à medida que o homem crescia economicamente, aumentando

²³ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 49.

²⁴ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1984, p. 58-59.

²⁵ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1984, p. 59.

²⁶ Segundo Engels a descendência só se contava por linha feminina ou materna. Um filho sempre teria uma mãe, o pai só exercia a paternidade de seu filho biológico quando da união com sua mãe (ENGELS; 1948, p. 58-59).

²⁷ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 59.

suas riquezas, a ele era dada uma posição superior à da mulher na família. E isto, conseqüentemente, enchia seus olhos para as questões inerentes à herança²⁸.

Na vigência do Direito Materno, a modificação da lei de herança tornava-se impossível. No entanto, considerando que seu crescimento econômico lhe dava, cada vez mais, poder, tal direito foi abolido, pelo “simplório” regramento dos descendentes de um membro masculino permanecerem na “gens”, mas os descendentes de um membro feminino saíam dela, passando à “gens” de seu pai”²⁹.

Deste modo, com o fim do Direito Materno, segundo Engels, decretou-se juntamente o fim dos direitos à filiação e à herança materna, os quais foram substituídos, pela filiação e herança masculina, tendo em vista os interesses patrimoniais³⁰.

Neste universo, resta evidente que até os tempos de família punalua a mulher usufruía de grande autoridade e liberdade sexual. Entretanto, ainda que à mulher fosse designada como a única responsável por sua prole, com o desmoronamento do Direito Materno, tem sua derrota decretada, pois o homem se apropria tanto da economia quanto da direção do lar, sendo o sexo feminino convertido em serviçal e instrumento de reprodução³¹.

Enfim, com a instituição do patriarcalismo e o fim da fase superior da barbárie, traz Engels acerca do estado pré-histórico denominado civilização, que é identificado pela extração, fundição e tratamento do minério de ferro, pelo nascimento da indústria e da arte, pelo advento da escrita da língua alfabética e sua utilização em registros literários e, enfim, pela concepção do núcleo familiar monogâmico.³²

No estado civilização, os relacionamentos conjugais tornaram-se mais sólidos, sendo o seu desvencilhar direito exclusivo do homem. Assim como na família sidiásmica, ao homem era comum a infidelidade, e o papel da mulher era resumido ao de esposa “principal”, genitora dos filhos legítimos daquele³³.

Para Engels a monogamia origina-se como uma escravidão feminina, fundada em questões econômicas e patrimoniais da época, não possuindo qualquer relação com o amor sexual e natural entre pessoas³⁴.

²⁸ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 59-60

²⁹ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 59-60

³⁰ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 60

³¹ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 61

³² ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 26

³³ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 66

³⁴ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 66.

O autor destaca a marcação do heterismo na civilização, logo, relacionamentos extraconjugais dos homens com mulheres solteiras, e pelo meretrício, cabendo observar que o adultério era alcunhado somente às mulheres, como mencionado, a infidelidade era permitida somente aos homens³⁵.

De fato, em sua maioria o casamento monogâmico na civilização era por conveniência e, a antiga liberdade sexual era substituída pela hipocrisia social. Segundo Engels, a monogamia trouxe consigo a figura da “amante do homem casado” e do “marido traído”, acrescentando ainda sobre a certeza da paternidade de um filho, o convencimento moral. Assim, a paternidade tornou-se presumida pela existência do matrimônio³⁶.

A palavra “família” foi concebida pelos romanos com a finalidade de identificar uma estrutura social, em que o pátrio poder romano era destinado somente ao chefe ou o *pater familias*, que decidia sobre a vida e a morte de seus subordinados (mulher, filhos e escravos)³⁷, faz-se importante explorar a estrutura familiar, como bem assevera Gama: é a antecedente longínqua das conformações modernas³⁸.

A família romana antiga era fundada em regramentos da denominada “religião doméstica”. Tal fé instituiu a adoração dos mortos antepassados com a finalidade de beneficiar os vivos no que se refere à saúde, prosperidade, farta colheita e sabedoria. Porém, suas práticas só podiam ser transmitidas de homem para homem, isso propiciou implicações para a família romana, tendo em vista a preservação da religião do marido, e a esposa era submetida a deixar de prestar oferendas aos antepassados de seu núcleo de origem³⁹.

Assim, diante da religião e das leis, o casamento romano, monogâmico e praticamente indissolúvel consistia na união de pessoas (homens e mulheres), com a finalidade de procriação de filhos, preferencialmente do sexo masculino, para a manutenção dos cultos e da fé familiar⁴⁰. Tal família poderia ser composta pela filiação biológica ou adotiva e pelo casamento.

³⁵ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 67.

³⁶ ENGELS, Friedrich. Op., cit., p. 73.

³⁷ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1984, p. 48.

³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p.14.

³⁹ FUSTEL DE COULANGES, Denis Numa. A cidade antiga: um estudo sobre o culto, o Direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. Ed. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61

⁴⁰ SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019, p. 23

Neste contexto, a manutenção da fé familiar teve como aliado o patriarcado. Segundo Gama, neste modelo o homem era figura basilar denominada *pater familias* e possuía em suas mãos a concentração de todos os poderes, para a conservação do lar e, em caráter autoritário o administrava (*domenica potestas*)⁴¹.

Luiz Antônio Rolim traz que, em família, a pessoa possuía o *Status familiae*. O *pater* era *sui juris*, ou seja, não se subordinava a ninguém, sendo livre para praticar qualquer ato da vida civil. Sua cônjuge e descendentes dizem respeito a *alieni juris*, que significa pessoa submetida a qualquer tipo de autoridade para praticar atos em sociedade romana.⁴²

Consoante ao ilustrado, César Fiuza aduz que o *pater familias*:

...exercia funções de pai, esposo, juiz (julgava os membros de sua domus, como presidente do tribunal doméstico, que se reunia perante o Lar), administrador (a ele eram prestadas as contas de seus negócios pelos escravos e clientes) e sacerdote (era o responsável pelo culto aos deuses domésticos). Quando um *pater-familias* morria, seu lugar era ocupado pelo filho primogênito. Se não o tivesse, adotava um. O que não podia ocorrer era a vacância de seu lugar, sob pena de não se dar continuidade ao culto familiar.⁴³

É imperioso ressaltar que no Direito Romano, o casamento não era acolhido como um instituto jurídico, mas exclusivamente como situação de fato ou posse, especificada de modo subjetivo pelo *affectio maritalis* (intenção de ser marido e mulher) e objetivo pelo *consensus jacit nuptias*, que significa o acordo contínuo entre os cônjuges para a vida comum, com o fim de se realizar união estável e duradoura⁴⁴. Enfim, o matrimônio era a “instituição privada, não escrita e pouco solene”⁴⁵.

Na sociedade romana, para a mulher, só havia duas opções: se submeter à autoridade paterna ou, se casada (*manus*)⁴⁶, à autoridade de seu marido. Dessa forma, era considerada incapaz de realizar de qualquer ato da vida civil, necessitando, em todo tempo, de um tutor que administrasse sua vida por completo, inclusive seus bens⁴⁷.

Após o império de Claudius (século II, a.C), com a evolução do Direito Romano, o status da mulher foi alterado, o que trouxe maior autonomia para esta e seus filhos.

⁴¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.14-15.

⁴² ROLIM, Luiz Antônio. Instituições de Direito Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 154.

⁴³ FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, E-book: ISBN 978-85-203-6260-0, p.28

⁴⁴ MARKY, Thomas. Curso Elementar de Direito Romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 160.

⁴⁵ ARIÈS, Phillipe e DUBY, Georges. História da Vida Privada. v.1: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 43-44.

⁴⁶ “Poder do marido sobre a mulher, originário dos atos formais da *conventio manu*” (MARKY, 1995, p.159).

⁴⁷ ROLIM, Luiz Antônio. Instituições de Direito Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 139.

Apesar de ainda estar sob o comando do *pater familias*, agora tinha direitos a guarda de sua prole, bem como participar de alguns atos da vida social e política.⁴⁸ Daí se tem o início do feminismo⁴⁹.

Antes da queda de Roma em 476 d. C, incluindo o desgaste de Império Romano do Ocidente e Oriente, o Direito Romano continuava a ser o único regramento aplicado, estando suas leis contidas no *Corpus Juris Civilis*, obrigatório em todo o Império Bizantino⁵⁰. Contudo, com as influências do Cristianismo, inaugurou-se uma nova moral que substituiu o poder materialista do pater por outro mais lógico e humano⁵¹.

Dessa forma, com a chegada da idade média e a implantação de uma compreensão cristã de família (homem, mulher e seus filhos), pretendia-se que os cônjuges desempenhassem e refletissem ensinamentos morais e afetivos, com o fito de afastar do núcleo familiar a essência utilitarista e materialista. de outrora.⁵²

Assim, a igreja cristã passa a legislar por meio de normas cânones, como forma de “salvação de almas⁵³” e da família romana que se encontrava em dissolução, diante do aumento do adultério e do divórcio⁵⁴.

A percepção de casamento, nos parâmetros da igreja cristã, impunha aos consortes, no modelo de Adão e Eva⁵⁵, o matrimônio em pares sem qualquer possibilidade de dissolução. O *affectio maritalis* mostrava-se primordial somente no início do casamento, estando o casado obrigado a viver com seu respectivo cônjuge até o final de sua vida⁵⁶. Consequentemente, todas as uniões que não se enquadravam nos moldes da família casamentária cristã encontravam-se desprotegidas socialmente, classificadas como precárias e passíveis de fácil ruptura, denominadas concubinato⁵⁷.

Ademais, ao trazer uma concepção de família, baseada nos ensinamentos doutrinários bíblicos, o Direito Canônico implantou a noção de igualdade moral entre os

⁴⁸ DANTAS, San Tiago. Rui Barbosa e o Código Civil, in San Tiago Dantas. Dois momentos de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 20

⁴⁹ VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica principiológica jurídica contemporânea. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 65.

⁵⁰ ROLIM, Luiz Antônio. Op., cit., p. 96.

⁵¹ VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. Op., cit., p. 65.

⁵² VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica principiológica jurídica contemporânea. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 66.

⁵³ SURGIK, Aloíso. Temas críticos do direito à luz das fontes. Curitiba: Livros HDV, 1986, p. 56.

⁵⁴ VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. Op., cit., p. 65.

⁵⁵ Relacionamento descrito na Bíblia Sagrada, no livro de Gênesis, capítulo 3 e 4. Caracteriza-se pela união matrimonial monogâmica entre um homem e uma mulher.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p.16.

⁵⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., 2008, p.16.

casados e o templo católico e, conseqüentemente, formulou diversos regramentos com a finalidade de dirigir a vida em matrimônio. Contudo, o formato do núcleo patriarcal se manteve, e sob o direito religioso o homem continuava a deter o poder familiar integralmente⁵⁸.

Devido às influências da lei germânica, ainda na idade média, a esposa recebeu um “status” moralmente supremo e o marido teve seus poderes diminuídos. Agora, não incumbia a este todo o poder familiar, apenas o exercício da paternidade. Assim, tem-se o início dos casamentos civis, que em um primeiro momento eram constituídos em reuniões livres e, depois, diante de uma autoridade da comunidade.⁵⁹

Perante tais influências, a igreja mostrou-se inquieta e, desta forma, exigiu-se a realização dos matrimônios diante do santíssimo altar. Destarte, deu-se origem ao regramento dos impedidos de casar, o que provocou diversos conflitos religiosos entre católicos e protestantes, originando diversas reformas, como o luteranismo que condenou a prática invasiva do casamento sacramental, e resultou na consagração do casamento civil, sem interferências religiosas⁶⁰.

Feitas tais exposições, considerando que o Direito Brasileiro foi influenciado, a partir do Direito Português, pelo Direito Romano, Canônico e Bárbaro, destaca-se: antes do Brasil tornar-se colônia de Portugal, era povoado pelos povos indígenas com costumes diversos dos impostos através da colonização⁶¹.

Segundo Brasileiro, os registros históricos daqueles que chegaram aqui descrevem a constituição de vínculos entre pessoas de sexos diferentes ou iguais, sem qualquer ritual, podendo estes ser dissolvidos a qualquer tempo⁶². Além disso, conforme Rominelli, a poligamia era comum e quanto mais mulheres um homem conquistava, mais valente era considerado. Outrossim, relata-se a possibilidade de um cacique viver com quatorze mulheres, cada uma com seu espaço para si, onde realizava suas atividades domésticas⁶³.

Rominelli adverte que o adultério, era vedado às mulheres de tradição Tupinambá. Todavia, antes do casamento usufruía de plena liberdade sexual sem comprometer sua imagem perante a tribo⁶⁴.

⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.17.

⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.17.

⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.16 e 17.

⁶¹ BRASILEIRO, Luciana. As famílias simultâneas e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 30.

⁶² BRASILEIRO, Luciana. Op., cit., p. 30.

⁶³ ROMINELLI, Ronald. Eva Tupinambá. In: Priore, Mary Del (org.); PINSKY, Carla Bassanezi (coord. De textos). História das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2017, p. 19.

⁶⁴ ROMINELLI, Ronald. Eva Tupinambá. Op., cit., p. 24.

Em razão do desconhecido, os colonizadores portugueses inicialmente não trouxeram suas famílias para o “novo mundo”, isso propiciou o relacionamento entre estes e as indígenas ou escravas, dando origem às famílias simultâneas⁶⁵.

Evidencia-se todo o descritivo apresentado, acerca da colonização do Brasil, inclusive das famílias que aqui povoavam, serem registros do invasor (colonizador). Desta forma, não há certeza quanto à fidelidade do relatado, contando com a possibilidade de serem apenas impressões daqueles que invadiram, escravizaram e saquearam os povos tradicionais⁶⁶.

Contudo, se fiéis ou não, tem-se que as construções do direito se deram opostas a realidade social. Nesta perspectiva, observa-se o comportamento dos portugueses, na tentativa de “civilizar” os povos indígenas, diga-se, obrigá-los aos costumes europeus, trouxeram padres jesuítas com a missão de “catequizar” e ordenar a sociedade descoberta, com o fim maior de recrutamento de mão de obra escrava⁶⁷.

Salienta-se a identificação do concubinato se deu pelo Padre Manuel da Nóbrega quando, em 09 de agosto de 1549, escreveu para o Padre Simão Rodrigues de Azevedo, solicitando o envio de mulheres portuguesas ao Brasil:

Parece-me cousa mui conveniente mandar Sua Alteza algumas mulheres que lá têm pouco remédio de casamento a estas partes, ainda que fossem erradas, porque casarão todas mui bem, com tanto que não sejam taes que de todo tenham perdido a vergonha a Deus e ao mundo. (...) De maneira que logo as mulheres terão remédio de vida, e estes homens remediariam suas almas, e facilmente se povoaria⁶⁸.

Com os ensinamentos dos jesuítas, o núcleo familiar permitiu a formação de uma população mestiça, via-se, pela implantação dos Tribunais Eclesiásticos, obrigada a seguir os padrões europeus, sobretudo, em relação à monogamia, sob pena de ser processado e julgado, se homem, ou condenada à morte ou a reclusão, se mulher⁶⁹.

Por conseguinte, antes da existência de uma legislação própria brasileira, em tempo de império português, vigiam no Brasil as Ordenações Filipinas, tendo em vista a omissão do Estado ou sua falta de interesse em legislar referente ao tema família.

⁶⁵ BRASILEIRO, Luciana. Op., cit., p. 31.

⁶⁶ BRASILEIRO, Luciana. Op., cit., p. 31-32.

⁶⁷ BRASILEIRO, Luciana. Op., cit., p. 32-33.

⁶⁸ SOUZA, Gabriel Soares de. Rio de Janeiro. Biblioteca de Cultura Nacional. Carta Avulsas: cartas jesuítas. 1931. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjy0ryCj6PsAhXB1bkGHYVNAFEQFjABegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fdigital.bbm.usp.br%2Fbitstream%2Fbbm%2F4676%2F1%2F003816-2_COMPLETO.pdf&usg=AOvVaw293Z_R8JdYTA4ab3N9t9M. Acesso em: 07 out. 2020. p. 80.

⁶⁹ BRASILEIRO, Luciana. Op., cit., p. 34-35.

A saber, Oliveira explora acerca das primeiras constituições brasileiras e trata que o regramento mais próximo da família instituição, dá-se a respeito da transmissão do trono da família real, insculpido na Constituição Imperial de 1824⁷⁰.

Devido à Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, ergueu-se no país a governança provisória do presidente Marechal Deodoro da Fonseca. Posteriormente, com o propósito de cessar os embates entre igreja e Estado, em de 7 de janeiro de 1890, foi assinado o Decreto 119-A, e estabeleceu a laicidade do Brasil⁷¹.

Em 24 de janeiro de igual ano foi promulgado o Decreto nº 181, que consagrou o casamento civil como forma legítima e exclusiva de composição de família, afastando do matrimônio religioso os efeitos civis. É importante enfatizar: tal normativo foi transcrito para a Constituição da República de 1891, no tocante ao artigo 72 (GAMA, 2008, p. 18-19, 30)⁷².

Entrementes, desde a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822 até a referida Constituição, nasceram diversos projetos com a intenção de codificar o Direito Civil. Conquanto, apenas janeiro de 1916 foi sancionado o primeiro Código Civil brasileiro, Lei nº 3.071, coordenado por Clóvis Beviláqua, que exibiu quatro figuras básicas: o marido, o proprietário, o contratante e o testador (ALVES, 2010, p.40).⁷³

Isto posto, Meirelles aduz que no Código Civil de 1916, a “pessoa” é aquela que compra, vende e testa. E, o “ser pessoa” é adequar-se com ao previsto pela norma e não o contrário.⁷⁴ Portanto, é claro que a referida legislação superava os ser humano, dando prioridade aos patrimônios, e concretizando o direito juspositivista que desqualificou as experiências concretas da vida, como o direito de se encontrar, através de um núcleo familiar.⁷⁵

Neste tempo, o Código Civil de 1916 era considerado autossuficiente e capaz de “prever todas as hipóteses fáticas de relações jurídicas e seus respectivos remédios ou

⁷⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. O direito de família e os novos modelos de família no direito civil e constitucional brasileiro. Revista Jurídica Cesumar, v. 5, n. 1, p. 99-114. 2005. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/338/210>> p.107.

⁷¹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p.18,19,30.

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.18,19,30.

⁷³ ALVES. Leonardo Barreto Moreira. Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.40.

⁷⁴ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausula patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar. 1988.

⁷⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p.72.

sanções”. Desta forma, havia o fantasioso pensamento de inexistência de lacunas normativas, o que prejudicava o desenvolvimento dos vínculos sociais através da *mutatis mutantis*⁷⁶ e, assim, vivia-se sob a égide da afirmativa: “o que não está no código não está no mundo jurídico”.⁷⁷

Para mais, com o propósito de entender a família estatuída pelo Código Civil de 1916, é indispensável observar alguns de seus dispositivos que têm em comum a tentativa de dominar a dinâmica social, fixando de modo singular a família patrimonialista, patriarcal e hierarquizada.

De fato, o art. 223, deste *Codex*, apresenta como competências destinadas ao homem ou ao marido a gerência dos bens comuns de família e dos individuais da esposa. Portanto, a mulher era tratada como relativamente incapaz. Gama salienta que a supressão dessa incapacidade somente ocorreu com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 1962), o qual promoveu inúmeras novidades sobre a emancipação da mulher, sendo um verdadeiro ensaio a igualdade entre os casados ante as normas previdenciárias e as de acidente de trabalho⁷⁸.

Outrossim, o referido Código preocupou-se acerca do regime matrimonial e dos institutos destinados a resguardar a pessoa, como a curatela, a tutela e a ausência, os quais primeiramente deveriam proteger os interesses daquele que se encontrava incapaz, todavia, a proteção se resumia a um verdadeiro estatuto legal de administração de bens do interdito, desconsiderando-se a pessoa e sobrelevando o patrimônio.⁷⁹

Reitera-se, por influência do cristianismo no Brasil o matrimônio era o modo exclusivo de legitimar a família, logo obtendo segurança jurídica. Neste trilhar, os outros tipos de núcleos familiares eram fulminados e inviabilizados pelo direito, levando-os à exclusão e marginalização social.

A união entre pessoas desimpedidas de casar era caracterizada como concubinato puro; nos termos dos artigos 337 e 367 do Código Civil de 1916, os filhos oriundos deste tipo de relacionamento eram reconhecidos como tais, mas não poderiam ser causa de emancipação dos pais, evidenciando a intenção maior do legislador em proteger apenas bens.⁸⁰ Aqueles concebidos em práticas adúlteras ou incestuosas, segundo o artigo 358, não poderiam ser reconhecidos, denominados filhos ilegítimos, sendo excluídos de

⁷⁶ "mudança do que precisa ser mudado".

⁷⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Op., cit., p.45.

⁷⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.32.

⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p. 23, 32-33.

⁸⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.30.

quaisquer direitos sucessórios. Felizmente este dispositivo foi, outrora, vedado pela Lei 7.841, de 17 outubro de 1989.⁸¹

Pelo insculpido no artigo 320⁸² do Código Civil de 1916, o desquite, única forma de dissolução matrimonial, poderia ocorrer somente se a mulher não causasse o fim do vínculo conjugal, sendo direito dessa última o benefício de alimentos, exclusivamente, em caso de pobreza. Na hipótese do fim do vínculo conjugal por “culpa” da esposa esta era punida com a perda da guarda dos filhos, bem como do direito de uso do nome do marido, com severos reflexos discriminatórios em seu convívio social.⁸³

Como demonstrado, o referido Código elevava a superioridade masculina e evidenciava o desequilíbrio entre os cônjuges na vigência do casamento ou na tentativa de sua dissolução, era o espelho de uma sociedade machista que não se preocupava com o bem-estar dos membros da família, mas de forma autoritária visava a demonstração aparente de um lar feliz.⁸⁴

A aparente demonstração de felicidade no casamento lado a lado aos ditames repressivos da religião cristã influenciavam uma massa popular à não dissolução do matrimônio, e acarretaram em pessoas infelizes, oprimidas, mantenedoras do vínculo conjugal, tão somente, para serem aceitas socialmente. Sublinha-se, para a mulher continuar casada significava a conservação da promessa realizada no altar, mediante ensinamentos promovidos pela igreja, o que era sinônimo de dignidade e honraria social, de não sofrer penalidades do Código Civil de 1916.⁸⁵

Para o legislador, a família tinha um fim em si mesma, pois o seu modelo fechado era ditado pela maioria social, como o único e correto, independente do sacrifício individual de seus componentes, cabendo como recompensa à mulher contentar-se com a conservação do vínculo familiar.⁸⁶

Durante a vigência do Código Civil de 1916, foi promulgada a Constituição de 1934, conhecida como segunda república, e tratava da entidade familiar, estabelecendo o casamento civil como indissolúvel. Trouxe ainda a possibilidade da concretização do matrimônio religioso com fins civis, desde que inscrito no registro civil, em sua devida forma. A referida Carta promoveu a constitucionalização da família e conferiu a ela

⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.30.

⁸² Art. 320, do CC/1916: “No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.”

⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.32

⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.23-24.

⁸⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.32

⁸⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.32

proteção estatal. Outrossim, é pertinente ressaltar que as Constituições de 1937, 1946 e 1967 seguiram igual modelo, não havendo qualquer mudança significativa acerca da família.⁸⁷

Na tentativa de acolher o clamor social, o legislador, através de leis infraconstitucionais, em razão dos vários movimentos sociais do século XX, quis adequar as leis ao indivíduo, pois era notório que já não se enquadrava mais ao Código de 1916. Destarte, como resposta às mudanças sociais, promulgou o Decreto Lei nº3.200/41, o qual admitiu, com restrições, o casamento entre parentes colaterais de terceiro grau, anteriormente proibido.⁸⁸

Para mais, o reconhecimento dos filhos concebidos fora do casamento veio com a Lei nº. 883/49. Já a Lei nº. 1.110/50 atribuiu efeitos civis ao casamento religioso. Na tentativa de igualar os direitos entre os cônjuges, a Lei nº. 4.121/62 ensejou inovações acerca da emancipação da mulher estabelecendo o Estatuto da Mulher Casada⁸⁹.

Conforme Gama, nos anos 70, com a Emenda Constitucional nº. 09, datada de 28 de junho de 1977, a Constituição de 1967 lidou com algumas alterações referentes à família. O princípio da não solubilidade do vínculo conjugal foi extinto, havendo a edição da Lei nº. 6515/77, a qual tratava do divórcio e da separação judicial no Brasil, anulando as normas pertinentes ao desquite, trazidas pelo Código Civil de 1916. Este instituto foi bastante combatido por falsos moralistas e pela igreja, que consagravam o matrimônio uma união indissolúvel.⁹⁰

A adesão da lei do divórcio protegia o indivíduo e não somente o instituto familiar, sendo um marco histórico no início da socialização do Direito Civil. A fim de atender ao clamor de uma sociedade que buscava ser mais igualitária, justa, livre e solidária, foi finalmente editada e promulgada a Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil de 2002.⁹¹

Com a Carta de 1988 pela valorização dos direitos fundamentais, a família recebeu proteção especial do Estado, sendo reconhecida como base da sociedade. Neste momento, a família patriarcal, que anteriormente prevalecia, deu lugar à família instrumento, a qual tem por fundamento a valorização e proteção de seus indivíduos, baseada em valores

⁸⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.33-34

⁸⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.32

⁸⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.32

⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.32

⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op., cit., p.32-33

como o afeto e em princípios: da igualdade, da pluralidade, da autonomia da vontade privada e outros.

Contudo, para além da norma constitucional, verifica-se em relação à confecção do Código Civil de 2002 a opção do poder legislativo por insistir em um posicionamento conservador, novamente indo na contramão da vivência social⁹². Desta feita, muitos direitos foram consolidados pela jurisprudência, como a interpretação harmônica da Carta de 1988 e o citado código, *verbi gratia* o casamento homoafetivo⁹³.

Neste sentido, Maria Berenice Dias traz que apesar da sociedade, sobretudo, da família viver em constante movimento, sendo impossível ao legislador regrar em igual tempo sua realidade fática; deve-se ter como parâmetro fundamental do Direito de Família o amor, a solidariedade, o cuidado e o compartilhamento da vida quer seja a dois, três, quatro ou mais⁹⁴, a fim de incluir e reconhecer suas diversas conformações.

Enfim, os elementos de família presentes na espécie do Poliamor, principalmente, na família poliafetiva serão abordados e demonstrados, com finalidade que através de uma análise de suas relações fique demonstrado o seu reconhecimento como família constitucional, assim como os presentes no art. 226, da CF, podendo usufruir de iguais direitos oferecidos às famílias convencionais.

2.2 As novas estruturas familiares e a Constituição de 1988

Atualmente, por motivos de afetividade, afinidade e planos comuns, as pessoas se unem como família. Marco Túlio de Carvalho Rocha⁹⁵ assevera que embora os laços genéticos, culturais, de coabitação, religiosos, jurídicos, de dependência econômica e ainda os laços de afeto sejam relevantes na identificação da formação de uma família, não são essenciais na sua caracterização como entidade familiar, pois existem e são acolhidos socialmente variados e dignificantes modelos de núcleos familiares que ultrapassam estes conceitos, sendo inadmissível, conforme Rolf Madaleno, preordenar espécies isoladas de unidade familiar para fins de proteção estatal⁹⁶.

⁹² CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 245, 247.

⁹³ ADPF 132 e ADI 4277.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 50-51.

⁹⁵ ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. O conceito de família e suas implicações jurídicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 76.

⁹⁶ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

É certo que os núcleos familiares identificados atualmente não seguem um arquétipo pré-estabelecido, são constituídos rapidamente pelo desejo e procura frequente de realização individual, resultando na felicidade pessoal de cada membro. Basicamente são estruturadas de forma psíquica; cada componente realiza a função que melhor se adapta. Contudo, em igual intensidade temos a desestruturação dos núcleos familiares e novamente a formação de outras entidades personalizadas na busca valiosa por afeto, lealdade, solidariedade, confiança, amor, respeito, dentre outros de extrema relevância para a concretização da dignidade do ser humano.

Pietro Perlingieri ensina que “cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa”⁹⁷ e complementa que:

A função serviente da família deve ser realizada de forma aberta, integrada na sociedade civil, com uma obrigatória colaboração com outras formações sociais: não como uma ilha, mas como um autônomo território, que é parte que não pode ser eliminada de um sistema de instituições civis predispostas para um escopo comum; todas essas formações sociais serão merecedoras de tutela se a regulamentação interna for inspirada no respeito da igual dignidade, na igualdade moral e jurídica dos componentes e na democracia. Valores que representam, juntamente com a solidariedade, o pressuposto, a consagração e a qualificação da unidade dos direitos e dos deveres no âmbito da família.⁹⁸

Neste sentido, Dias aborda que a Constituição Federal elenca expressamente somente três espécies de família, quais sejam: a família casamentária, a advinda de união estável e a monoparental. Implicitamente, além dessas há as que decorrem de uniões embasadas no componente afetividade, algumas com denotação sexual, como é o enlace da família homoafetiva, e outras não, como a família anaparental⁹⁹. Assim, Dias convida ainda que seus leitores subtraíam a expressão “Direito de Família” e simplesmente declararem “Direito das Famílias” em razão de suas multifacetadas formações, extinguindo qualquer tipo de preconceito ou discriminação quanto à proteção de todos os tipos de famílias existentes¹⁰⁰.

Outrora o Estado mitigava a autonomia da vontade privada e, por muitos anos permaneceu indiferente às necessidades e dificuldades sociais enfrentadas pelos diversos

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.973-974.

⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.975-976.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 34.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op., cit., p. 36.

núcleos familiares, que não se enquadravam no arquétipo do matrimônio heterossexual. Desse modo, os conflitos judiciais envolvendo famílias eram solucionados por meio de regras de conteúdo fechado e apriorístico, desconsiderando qualquer evidência ou experiência social e os laços afetivos¹⁰¹.

De tal maneira, havia uma significativa intervenção desmedida do Estado na família e sempre se sobrepunha à vontade dos membros desta. A modelo veja o artigo 34 da Lei do Divórcio, que entrou no ordenamento jurídico com a EC n° 9/1977, pelo qual o juízo poderia indeferir o pedido de divórcio consensual, e vigeu até a EC 66/2010, a qual modificou o artigo 226, § 6º, da CF/88, instituindo o novo divórcio.

Dias alega que “a família é uma formação social e com a sociedade se transforma no tempo”¹⁰². Assim, tornou-se necessário a abertura do Direito de Família, diante das conquistas de nossa Constituição, a pluralidade familiar.

Em decorrência do desalinhamento entre os fatos sociais, as regras substantivas e, outrossim, a carência de regramentos promotores da regulamentação infraconstitucional da família plural, diga-se, quanto aos efeitos jurídicos de seu reconhecimento constitucional, sobreveio ao poder judiciário analisar o ordenamento positivado sob os fundamentos basilares da Constituição de 1988.

Os juristas abriram seus olhos para os regramentos estabelecidos por Canotilho, desenhista da equação de que Norma Jurídica é congruente a Norma Regra mais Norma Princípio (NJ = NR + NP)¹⁰³. Neste sentido, o princípio pode ter eficácia normativa plena¹⁰⁴, contida¹⁰⁵ ou limitada¹⁰⁶, podendo atrelar e obrigar, como é o caso dos princípios

¹⁰¹ RIBEIRO, Ana Flávia Souto; FERREIRA, Ricardo Padovini Pleti. Famílias poliafetivas: a vedação de seu reconhecimento pela via extrajudicial no Brasil e os direitos fundamentais. E-Civitas, Belo Horizonte, v. 2, n. 12, p. 149-183, 02 dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/2873/pdf000000>. Acesso em: 08 set. 2020, p. 163.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op., cit., p. 138.

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁰⁴ São aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operatividade, já que, “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular” (SILVA, 1982, p. 79 e 89).

¹⁰⁵ São dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados” (SILVA, 1982, p. 79 e 105).

¹⁰⁶ Caracterizam-se pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não recebendo do legislador constituinte a normatividade suficiente para, per si e imediatamente, serem aplicáveis e produzirem seus principais efeitos, requerendo, desta forma, a intervenção legislativa. Englobam tanto as normas declaratórias de princípios programáticos, quanto as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios. (SILVA, 1982, p. 73 e 106).

fundamentais. Assim, é facultativo a todo Juízo decidir os diversos conflitos sociais, sobretudo, os de família, por uma leitura principiológica, com a coexistência de norma regra, ou na lacuna desta.

Ao contrário do que no passado era instituído nos meios acadêmicos pela *dura lex sed lex*, onde muitos de nossos Magistrados foram formados, contemporaneamente, com o neoconstitucionalismo, surgiu uma nova visão acerca da norma jurídica no sistema normativo brasileiro. Desta forma, houve a substituição da leitura exclusivamente positivista, norma regra, pela interpretação do texto positivado à luz dos princípios constitucionais, sendo destaque o da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, as soluções de conflitos jurídicos, em casos concretos, sobretudo, passaram a observar primados constitucionais, na falta de normas ou quando conflitantes entre si, pois é inegável que nossa Constituição está “condicionada pela realidade histórica, não podendo separar-se da verdade concreta de seu tempo”¹⁰⁷.

Contudo, o evento da adoção de um sistema principiológico não importa em abdicar das normas regras, como bem protestou o professor Humberto Ávila.¹⁰⁸

Realizadas as presentes considerações, é pertinente observar diante dos primados constitucionais e dos fundamentos de Direito de Família, que o artigo 226, da CF é meramente exemplificativo ao trazer como famílias descritas em seu rol as casamentárias, convivenciais e a monoparental.

Portanto, faz-se importante esclarecer a desconsideração das diversas famílias decorre, unicamente de uma compreensão preconceituosa do art. 226, da CF, que marginaliza o ser humano e não se submete aos preceitos estatuídos pelo Estado Democrático de Direito.

Tepedino observa que “é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”¹⁰⁹. Em consenso Farias e Rosenvald esclarecem, através da análise sistêmica do direito, pela qual se tem os preceitos constitucionais e a valorização da dignidade da

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op., cit., p. 138.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104.

¹⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 328

pessoa humana, a possibilidade da inclusão de outros arquétipos familiares sem o esgotamento do artigo 226, da CF¹¹⁰.

Nessa perspectiva, o rol do mencionado artigo é meramente exemplificativo, sendo tal entendimento consolidado por nossos tribunais, como ficou demonstrando pelo STF na ADI 4277/DF, que reconheceu as uniões homossexuais como entidade familiar, tanto quanto a casamentária e convivencial, heterossexual, e a monoparental.

Como demonstrado, a família não se mostra mais como um núcleo exclusivo à produção e reprodução, mas traz consigo nova feição, como bem ensinam Farias e Rosenvald:

A transição da família com unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem¹¹¹.

Ora, o não reconhecimento da diversidade das famílias, sob o frágil argumento de não haver previsão no artigo 226, da CF, colide com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade Substancial, sendo mister ressaltar que é descabida qualquer discriminação em razão dos laços afetivos¹¹². Consequentemente, um sistema fechado se chocaria diretamente com a realidade social viva, e consequentemente traria à família um aspecto rígido, no caso do citado artigo ser considerado taxativo.

2.3 Família como estrutura psíquica

Psicanálise é a expressão utilizada pela primeira vez por Sigmund Freud (1856 – 1939) em seu artigo “A hereditariedade e etiologia das neuroses”. É um campo clínico e de investigação teórica da psique humana que trouxe a figura do sujeito de direito sequente à do sujeito do inconsciente, o que impactou o Direito Civil lhe dando uma nova dimensão para compreensão dos contratos e negócios jurídicos, do cumprir e não cumprir as obrigações, do responder por danos causados a outrem e todos os que envolvem o psique dos sujeitos nas relações sociais, atos e fatos jurídicos. Em suma, na mesma pessoa do sujeito, tem-se o de direito e o que lhe antecede, o sujeito volitivo¹¹³.

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.64.

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 31.

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op., cit., p. 56.

¹¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 65.

Com o advento da psicanálise, a partir da compreensão da sexualidade, dos desejos e do inconsciente do sujeito, é forjada a sua realidade psíquica, permitindo um reconstruído de fórmulas e a quebra de dogmas, conceito jurídicos, o que refletiu diretamente no Direito de Família, formado e constituído por sujeitos de direito e de desejos com seus matizes desejantes¹¹⁴.

Dentre outras contribuições, a psicanálise, permitiu a melhor compreensão das relações familiares, contribuindo diretamente para o surgimento de institutos jurídicos como alienação parental, abandono afetivo, a guarda compartilhada, *pari passu*, a compreensão das responsabilidades e funções de seus componentes, etc. Ademais, a partir do estudo das noções de inconsciente, de desejo e responsabilidade, abriram-se portas do Direito, valorando-se o afeto para a identificação de núcleos familiares¹¹⁵.

Certo é que o diálogo entre a Psicanálise e a Antropologia permitiu compreender as profundas mudanças da constituição das famílias, aquela em sua profundidade subjetiva esta por seus métodos, o estudo dos processos psíquicos versus os dilemas sociais e culturais, em que os sujeitos de desejos e de direitos estão inseridos, e demanda o estudo do inconsciente, a sexualidade, o desejo e o gozo¹¹⁶.

Para tanto, cabe explica-los de forma breve. Primeiramente, para a psicanálise o inconsciente é entendido com uma expressão daquilo que não se tem consciência, e em 1878, Freud revelou-o ao mundo e descobrindo esse novo universo do inconsciente, que contribuiu para mudança do jeito de se enxergar as artes, as filosofias e as literaturas. O possuidor, sujeito dentro da inconsciência, é a clara demonstração do subjetivo, e está presente em todos os seres humanos, interferindo em atos e fatos jurídicos¹¹⁷.

Ao perceber-se que o inconsciente pode ser observado em situações envolvendo a temática jurídica, como os negócios jurídicos, podemos então compreender a magnitude por trás de cada explicação judicial que envolveram caminhos tortuosos e penosos, isto é, cheios de sofrimento. Também, pode ser dito que, por muito tempo, o inconsciente se mostrou cheio de faces e que uma delas reflete exatamente a neblina sobre os desejos recalçados, que são frequentes em uma relação cheia de silêncios, fazendo as partes evitarem discutir, podendo se tornar passividade¹¹⁸.

¹¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 65.

¹¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 65.

¹¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 66.

¹¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 66.

¹¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 66.

Esta última não foi suficiente para manter casamentos, pois de uma forma ou outra, o inconsciente traz de volta tudo aquilo guardado. Para o Direito de Família, considerar a existência da influência do inconsciente nas relações jurídicas, amplifica as compreensões das relações em si, levando em conta o livre arbítrio, o acaso e os sentimentos em torno dos laços criados, e dos laços que são desfeitos¹¹⁹.

Para mais, a sexualidade no Direito de Família é compreendida como ordem do desejo, ela é representante da força motriz, podendo ser expressa de várias formas. O trio sexo, casamento e reprodução é a base para todo sistema jurídico da família, e nesta se ergue e se organiza. Existe evidente moral sexual condutora da organização jurídica da família, sendo lida como imperativa. Deve-se também perceber que a sexualidade envolve a libido, englobando não só o ato sexual, mas também as alegrias de viver, a disposição, o ânimo, e finaliza com a perda da vida¹²⁰.

O desejo é prontamente a necessidade e o anseio, podendo ser advindo do inconsciente. Tem como característica a constância, muito vista dentro do próprio capitalismo nas relações de consumo, que são em sua maioria impossíveis de serem satisfeitas por completo. Nas relações jurídicas e judiciais, todos esses sentimentos se unem, possibilitando provocar injustiças e falta de objetividade, interferindo no andamento e resolução de lides.¹²¹

Já o gozo, é vinculado ao desfrute de uma situação que gerou prazer, e na visão jurídica, interliga-se ao usufruto, ao uso do bem, sem alteração de sua essência. Podemos dizer que o direito e a psicanálise se esbarram entre o gozo e a lei, esta última tenta impor ao gozo, limites que impeçam ações lesivas. Mais uma vez, dentro da visão de um judiciário plural, vemos expectativas inconscientes, anseios e reflexos da sexualidade, gozos, desejos, todos reféns de um resultado processual de uma lide.¹²²

Por último, e não menos importante, deve se explicar o sentimento do desamparo, que é a ausência do cuidado, amparo ou até a presença do abandono em relações. É o tão conhecimento vazio, a falta de existência, o desejo de ser cuidado sendo rompido, e na visão do Direito de Família nada mais é do que o abandono material e moral. Este pode ser visto em casos de abandono de filhos, idosos, pais, em que havia um dever legal, mas está sendo constantemente descumprido. Na visão subjetiva, o desamparo é um

¹¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 66.

¹²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 68.

¹²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 70.

¹²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 71.

importante elemento da base psíquica do ser humano e se interliga ao desejo de ser cuidado.¹²³

Ao se unir esses cinco elementos da psicanálise, vemos que demandas judiciais vão muito além do enquadramento legal costumeiro, em que se protagonizam atores de ambos os lados, imersos nesses sentimentos ora pontuados. A compreensão da existência de muito mais por trás de um pedido judicial faz existir mais ética por parte dos operadores do direito.¹²⁴

2.4. A afetividade como elemento constituto e integrante das famílias

Em tempos de “amor líquido”¹²⁵ e das relações efêmeras, apesar de parecer escasso por nem sempre ser praticado, o afeto é demandado nos diversos relacionamentos interpessoais, sendo destaque na formação familiar, por conquistar “novo significado e potência a partir da descoberta jurídica do seu potencial para a efetivação dos valores da dignidade humana e da tutela familiar”.¹²⁶

Segundo Romualdo Baptista dos Santos, “família é o *locus* de realização da afetividade, pois nela que se realizam as experiências afetivas que vão moldar a personalidade e determinar a qualidade das relações a serem desenvolvidas pelos indivíduos na vida social e política”¹²⁷.

Sabe-se que anteriormente, a família era identificada no modelo patriarcal, com viés econômico e reprodutivo, e a afetividade era desconsiderada como elo principal de sua formação. Pela vigência da Constituição Federal de 1988, deu-se lugar à família eudemonista, instrumento de realização e desenvolvimento de seus componentes. Assim, a proteção estatal passou a ser ofertada não só à instituição familiar, mas também, e de modo primordial, aos seus integrantes.

Desta feita, para compreender a pluralidade familiar, faz-se necessário iniciar, pela valorização da dignidade humana e a conceituação de afeto para alguns ramos das

¹²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 72.

¹²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Op., cit., p. 72

¹²⁵ BAUMAN, Zigmunt. Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zorge Zahar Editor, 2004.

¹²⁶ MAIA, Maurilio Casas. O princípio da afetividade e seus impactos no direito das famílias e um pouco mais: uma breve incursão na tutela do afeto familiar na área penal. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (org.). Temas contemporâneos de Direito das Famílias. 3.vol. São Paulo: Pillares, 2018. Cap. 10. p.260.

¹²⁷ SANTOS, Romualdo Baptista dos. A tutela jurídica da afetividade: laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p.153.

ciências. O afeto, do latim *affectus*, para a psicanálise “é a expressão que designa a quantidade de energia pulsional e exprime qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável”. Já para a filosofia “é o que diz respeito aos sentimentos, às emoções, aos estados de alma e, sobretudo ao amor”. Isto posto, considerando a importância do afeto para a caracterização de famílias, pelo presente tópico, nos interessa, sobretudo, indagar acerca de sua natureza jurídica. Assim questiona-se: o afeto é princípio ou mero valor jurídico?

Para responder tal questionamento, é importante esclarecer que existem duas correntes: há os defensores do afeto como princípio estruturante do Direito de Família e, aqueles que o ponderam como valor, sem vinculação obrigacional. Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Flávio Tartuce, dentre outros, sustentam a corrente majoritária acerca do caráter principiológico do afeto, por ser reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, de modo enfático Lôbo observa que a afetividade é princípio inserido nos princípios da dignidade humana e da solidariedade:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.¹²⁸

Ademais, assegura que o princípio da afetividade, não pode ser confundido com o sentimento afeto “como fato psicológico ou anímico” pois é um “dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”¹²⁹.

De modo semelhante, Tartuce prescreve: “o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o afeto positivo por excelência. Todavia, há também o ódio, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo”¹³⁰.

Dias retrata que o afeto está relacionado ao direito fundamental à felicidade e há a necessidade da criação, por parte do Estado, de instrumentos, políticas públicas, que

¹²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. 3. Ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 124.

¹²⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 8 ed. v. 5 São Paulo: Saraiva, 2018, E-book. ISBN 978854722909, p. 98.

¹³⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. Vol. 5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989385. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>. Acesso em: 21 Jun 2021, p. 28.

contribuam para os anseios do indivíduo. Destaca que embora a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, esta última deve encontrar sua proteção, pois faz despontar a igualdade entre irmãos biológico e adotivos, bem como o respeito aos direitos fundamentais¹³¹.

Em semelhante entendimento, Pereira elege que o princípio da afetividade proporciona à pessoa a realização de felicidade. É um “vetor e catalizador de toda a organização jurídica da família”¹³², que está implícito nas normas constitucionais através da dignidade humana (Art. 1º, III), da solidariedade (Art. 3º, I), da igualdade entre os filhos (Art. 227, § 6º), da adoção como escolha afetiva (Art. 227, §§ 5º e 6º), da proteção da família monoparental (Art. 226, § 4º), da união estável (Art. 226, § 3º), da convivência familiar garantida a criança e ao adolescente (Art. 227)¹³³.

Para mais, Tartuce elenca o princípio da afetividade como o possibilitador do reconhecimento jurídico da união homossexual, tal como da reparação por danos morais em razão do abandono afetivo.¹³⁴ Acentua que é o princípio afetivo o promotor da parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade.¹³⁵

Portanto, para a corrente majoritária, apesar de não expresso no texto constitucional ou no Código Civil, o afeto é princípio jurídico, portanto, dever que vincula todas as formações de família, em decorrência do princípio da dignidade humana, que normalmente, é promovida no âmbito familiar, sendo responsável pela felicidade de seus integrantes.

Entretanto, considerando a sapiência de Robert Alexy¹³⁶ que prevê os princípios como “mandamentos de otimização”, os quais devem ser “satisfeitos em graus variados”, não dependendo somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, poder-se-ia a afetividade ser um dever? O afeto pode ser impositivo? Podemos ser obrigados a

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p.53.

¹³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p.69.

¹³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p.552.

¹³⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. Vol. 5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989385. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>. Acesso em: 21 Jun 2021, p. 13.

¹³⁵ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. Vol. 5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989385. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>. Acesso em: 21 Jun 2021, p. 29.

¹³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p.90.

amar? O que é impositivo, o dever de cuidado, as responsabilidades decorrentes da formação de família ou o dever de amar?

Nesta perspectiva, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas assegura que “não há como entender a afetividade como dever ser”. Segundo Rabelo, “princípios são normas dotadas de imperatividade, o que significa dizer que se poderia exigir afetividade de outrem”. Além disso, traz que o afeto é espontâneo e não apresenta qualquer conotação obrigacional¹³⁷.

Em consonância, Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior repelem a normatividade principiológica do afeto, haja vista que princípios vinculam todas as pessoas a um dever ou uma obrigação. Pontuam que o afeto não pode ser exigido por ser um sentimento de afeição para com alguém, estando intrínseco à espontaneidade e à disposição emocional. Sobretudo, elegem que ou há afeto ou não há e, insistir em sua imposição é desvirtuá-lo.¹³⁸

Neste caminho, Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino ao esclarecer que afeto não é um direito, advertem dos perigos de submetê-lo “à percepção valorativa de cada magistrado ou, pior, às pretensões egoístas e patrimonialistas de protagonistas de conflitos de interesses.” Dessarte, ensinam que o antídoto para evitar tais risco encontra-se na “tutela das relações afetivas pelos valores normativos constitucionais (democracia, igualdade, solidariedade, dignidade) que permeiam toda a legislação infraconstitucional.”¹³⁹

Outrossim, sinalizam que em conflitos familiares, nem a presença ou ausência do afeto devem ser perquiridas pelo intérprete da lei, mas tão somente as condutas solidárias e responsáveis, propulsora de direitos e deveres, que “condicionam comportamentos e expectativas recíprocas e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade dos integrantes da família.”¹⁴⁰

Através da psicanálise Gisele Câmara Groeningra explica que o afeto é “energia mental” com diversos “nuances e qualidades” que podem ser positivas ou negativas ou

¹³⁷ VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica principiológica jurídica contemporânea*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 188.

¹³⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 42-43.

¹³⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. 6 vl. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. ISBN9788530992514. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992514/>. Acesso em: 21 Jun 2021, p. 28.

¹⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. 6 vl. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. ISBN9788530992514. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992514/>. Acesso em: 21 Jun 2021, p. 28.

seja, é manifesto em ações amorosas ou violentas, em cuidado ou descaso, podendo provocar prazer ou desconforto, felicidade ou descontentamento. Em vista disso, segundo a autora, há diversas combinações de afeto que possibilitam a origem e o término de um núcleo familiar, dificultando sua objetivação.¹⁴¹

Em operação hermenêutica, de forma didática Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa observam que as normas-regras do Direito de Família devem ser interpretadas a partir da finalidade e do estado de coisas pretendidos pelos princípios. A afetividade deve ser utilizada apenas como o meio necessário para a atividade fim, ou seja, não pode ser considerada a finalidade a ser alcançada, tal como é para os princípios da dignidade humana, da solidariedade, da liberdade e da igualdade.¹⁴²

Portanto, ainda que a doutrina entenda a afetividade como um princípio que decorre da dignidade humana, de tal modo, deve reconhecer que a liberdade afetiva pressupõe idêntica origem. Deste modo, pela compreensão da relevância do afeto em sua manifestação nas relações familiares, diga-se em conjunto à estabilidade e a ostensibilidade, deve ser considerado mero valor moral, sem eficácia de norma principiológica.

Em síntese, por todo o debatido, é possível à afetividade estar presente nas diversas formações de família, podendo ser elemento capaz de identificar e configurar, lado a lado de outros, a família poliafetiva.

2.5 Monogamia e Poligamia

As relações amorosas podem originar famílias conjugais de duas ou mais pessoas, independentemente, do que prevê a legislação de uma nação. Isso será observado no capítulo cinco deste trabalho.

Para se ter uma família conjugal, diga-se, aquela que traz em sua essência o amor *eros* ou romântico, não é essencial a realização do casamento civil, mas sim do relacionamento afetivo de forma pública, contínua e duradoura com uma ou mais pessoas.¹⁴³

¹⁴¹ GROENINGRA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. *In*: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). Afeto e estruturas familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 203 e 204.

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. Teoria Geral do Afeto. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 362-363.

¹⁴³ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 22.

Maurício Cavallazzi Póvoas ensina que a monogamia “pode ser conceituada como a relação em que a pessoa tem apenas um parceiro fixo por toda sua vida ou por apenas um período”, sendo sua identificação a inexistência de simultaneidade de relacionamentos¹⁴⁴. Nota-se que o termo monogamia possui variações: a monoandria, praticada pelo homem, e a monogimia, praticada pela mulher. Em suma, referem-se ao relacionamento de um homem ou de uma mulher com uma pessoa por vez¹⁴⁵. Por outro lado, Póvoas explica que a poligamia é a união amorosa simultânea, entre três ou mais pessoas, e podem ocorrer de forma interativa ou não entre todos os envolvidos¹⁴⁶.

Entretanto, Paulo Lôbo estabelece diferenças entre a poligamia interativa e a não interativa, esclarecendo que a segunda se denomina paralelismo ou união estável paralela, a qual possui estruturas familiares distintas, ainda que haja um integrante comum, não podendo, segundo o autor, ser qualificada como poligâmica¹⁴⁷.

Ao contrário de Póvoas, Lôbo utiliza o termo poligamia somente para classificar as uniões conjugais de uma pessoa com várias outras, em unidade de convivência conjunta, ou seja, interativa¹⁴⁸.

A palavra poligamia, assim como a monogamia, possui variantes. A bigamia é uma delas, empregada para identificar o relacionamento em que um homem ou uma mulher possuem dois parceiras ou parceiros fixos, em igual tempo¹⁴⁹. Luciana Brasileiro verifica que a bigamia está tipificada no art. 235 do Código Penal brasileiro e configura como crime “o fato de alguém contrair mais de um casamento de forma concomitante, sem dissolução do vínculo anterior”¹⁵⁰.

Ademais, há ainda os termos poliginia e poliandria; o primeiro ocorre quando um homem mantém relacionamentos com duas ou mais pessoas, e o segundo quando uma mulher mantém relacionamentos com duas ou mais pessoas¹⁵¹.

¹⁴⁴ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 20.

¹⁴⁵ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 20.

¹⁴⁶ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 20.

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil: sucessões. São Paulo: Saraiva, 2016. p.166-167.

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: sucessões. São Paulo: Saraiva, 2016. p.166-167.

¹⁴⁹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 20.

¹⁵⁰ BRASILEIRO, Luciana. As famílias simultâneas e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁵¹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 20.

Karin Golaski instrui que nas sociedades ocidentais, o vocábulo poligamia é frequentemente utilizado para identificar a poligamia de fato, em outras palavras: a união não reconhecida legalmente entre várias pessoas ou proibida, mas praticada. E, o termo poligamia de direito, em vez disso, caracteriza a união entre várias pessoas, é reconhecida por lei¹⁵², como é o caso da poliginia heteronormativa praticada pelos Mulçumanos em países da África.

Para além de todos os conceitos e termos observados, Póvoas discute sobre as pessoas não poderem ser resumidas pelos seus relacionamentos, sendo importante analisar cada um dos indivíduos envolvidos. “A monogamia ou poligamia é, a princípio, uma característica individual, apesar de paradoxalmente envolver sempre mais de um indivíduo”¹⁵³.

Assim, de forma exemplificativa, Póvoas ilustra que um homem pode se unir a duas mulheres diferentes, que moram em cidades diferentes. Esse indivíduo é bígamo. Entretanto, cada uma delas, por se relacionar com uma única pessoa e manter a fidelidade a um único parceiro, são monogâmicas¹⁵⁴.

Por conseguinte, assim como na monogamia, outra questão pertinente, referente à formação e perpetuação de relacionamentos poligâmicos, é a necessidade da presença ou não do consenso entre todos os partícipes. Desta forma, faz-se importante diferenciar a poligamia consentida e a poligamia não consentida.

A primeira é identificada pelo conhecimento, anuência e boa-fé entre todos os envolvidos. Pode ocorrer de forma interativa ou não, sendo essencial, como nas uniões conjugais monogâmicas, a obediência aos deveres de fidelidade¹⁵⁵.

Já a segunda, é caracterizada como adultério. É aquela decidida, de forma unilateral, pelo indivíduo que já mantém um ou mais relacionamentos conjugais, em vista disso um dos membros de uma união estável ou casamento, sem o conhecimento ou a concordância dos demais envolvidos, decide por conceber uma relação paralela, clandestina, dotada de má-fé¹⁵⁶.

152 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

153 PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 23

154 PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 23

155 PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 24.

156 PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p. 24.

Diante de tal diferenciação, é pertinente observar as exposições da Ministra Nancy Andrichi, no julgado do Recurso Especial de nº 1.348.458, que apresenta três possíveis correntes inerentes à poligamia consentida e a não consentida, delimitada ao caso das famílias paralelas:

No precedente já mencionado (REsp 1.157.273/RN), consta um estudo realizado por LAURA PONZONI (op. cit.), que aponta três correntes doutrinárias se formaram a respeito do paralelismo afetivo: 1^a: encabeçada por Maria Helena Diniz, com fundamento nos deveres de fidelidade ou de lealdade, bem como no princípio da monogamia, nega peremptoriamente o reconhecimento de qualquer dos relacionamentos concomitantes; 2^a: adotada pela grande maioria dos doutrinadores – entre eles: Álvaro Villaça de Azevedo, Rodrigo da Cunha Pereira, Francisco José Cahali, Zeno Veloso, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce e José Fernando Simão –, funda-se na boa-fé e no emprego da analogia concernente ao casamento putativo, no sentido de que se um dos parceiros estiver convicto de que integra uma entidade familiar conforme os ditames legais, sem o conhecimento de que o outro é casado ou mantém união diversa, subsistirão – para o companheiro de boa-fé – os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável, sem prejuízo dos danos morais; 3^a: representada por Maria Berenice Dias, admite como entidades familiares quaisquer uniões paralelas, independentemente da boa-fé, deixando de considerar o dever de fidelidade como requisito essencial à caracterização da união estável.¹⁵⁷

Consoante ao citado, a primeira corrente, apesar da existência da boa-fé, do consentimento e da anuência entre todos os envolvidos, por eleger a monogamia como princípio jurídico, nega o reconhecimento de qualquer relacionamento simultâneo, ou seja, polígamos. Já pela segunda corrente, tem-se que os relacionamentos polígamos, dotados de boa-fé por parte do companheiro monogâmico, devem ser caracterizados como união estável, em analogia ao casamento putativo (Art. 1.561, § 1º CC). Por fim, a terceira corrente, em razão de não desconsiderar o dever de fidelidade como requisito a identificação de união estável, admite o reconhecimento de qualquer entidade familiar paralela, independentemente da existência ou não da boa-fé.

Diante de todos os conceitos explicitados, inclusive das divergências doutrinárias quanto à poligamia, entende-se que tal termo se refere, de modo geral, a relacionamentos entre três ou mais pessoas, e podem ocorrer de forma consensual ou não, com

¹⁵⁷ BRASIL. STF. Direito Civil. Recurso Especial. Família. Ação de Reconhecimento de União Estável. Dever de Fidelidade. Intenção de Constituir Família. Ausência. Artigos Analisados: Art. 1º da Lei 9.278/96. nº RECURSO ESPECIAL Nº 1.399.604 - SP (2012/0258099-8). Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, 13 de maio de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202580998&dt_publicacao=22/09/2014. Acesso em: 20 dez. 2020.

possibilidade ser interativo entre seus membros ou acontecer de modo paralelo, com estruturas familiares distintas.

Enfim, para melhor compreensão do objeto deste trabalho é que se inicia a diferenciação dos relacionamentos poligâmicos: poliamor, famílias simultâneas e famílias poliafetivas.

2.6 O Poliamor e suas peculiaridades

O termo Poliamor, em sua origem, se divide entre o prefixo grego *poli* – muitos ou diversos; e o sufixo latino *amore* – amor, quer dizer, variados amores por inúmeros indivíduos. Assim, o amor plural, na visão da psicanalista Regina Navarro Lins é aquele que abrange relações afetivas e sexuais entre indivíduos comprometidos ou não, sendo temida, por muitos, a afirmação de que é possível e admissível amar diversas pessoas simultaneamente.¹⁵⁸

Sabe-se que os seres humanos, como já demonstrado, desde suas origens, se envolvem em relacionamentos poligâmicos ou poliamorosos. A Bíblia Sagrada, à título de curiosidade, menciona alguns homens que se encontravam em relacionamentos poligâmicos com várias mulheres, destacando Abraão¹⁵⁹, Jacó¹⁶⁰, Salomão¹⁶¹ e Davi¹⁶², os quais, segundo o livro sagrado, foram usados por Deus para governar o seu povo¹⁶³.

Nesse sentido, os acontecimentos sociais fundados na não monogamia, como o poliamorismo, sempre se vincularam à liberdade sexual, que induzia de forma crescente

¹⁵⁸ LINS, Regina Navarro. Amor a três. 2014. Disponível em: <<https://reginanavarro.blogosfera.uol.com.br/2014/12/02/amor-a-tres/>> Acesso em 10 out. 2020.

¹⁵⁹ Gênesis 16:1-3; 25:1-6 (Abraão foi o primeiro dos Patriarcas bíblicos. Foi o fundador do monoteísmo dos hebreus e incumbido, por Deus, para levar seu povo a Canaã “terra prometida”. Apesar de não haver provas de sua existência, acredita-se que teria vivido em Harã, área atual da Turquia, entre os séculos XXI e XVIII antes de Cristo. Teve como esposa Sara e como concubina Agar e Quentura).

¹⁶⁰ Gênesis 29:23-28; 30:4-9 (A história de Jacó ocupa Sua história ocupa vinte e cinco capítulos do livro de Gênesis. Com suas esposas Leia e Raquel, e suas concubinas, Bila e Zilpa, teve doze filhos, que segundo o texto bíblico foram os líderes das 12 tribos de Israel. A arqueologia não encontrou provas de sua existência.)

¹⁶¹ 1ª Reis 11:11 (Salomão foi um dos reis de Israel. Ordenou a construção do Templo de Jerusalém e era reconhecido por sua sabedoria. Teve 700 esposas oficiais e 300 concubinas)

¹⁶² 1ª Samuel 18:20; 25:36-43; 2ª Samuel 3:2-5; 13:7 (Davi foi o segundo Rei de Israel. Foi conhecido por derrotar um gigante com uma pequena pedra atirada na frente daquele. Foi casado simultaneamente com Bate-Seba, Abigail, Eglá Mical e Ainoã).

¹⁶³ BÍBLIA, Português. A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

as práxis e a resistência políticas pelos variados movimentos sociais, evidencia-se em defesa das mulheres e dos homossexuais.¹⁶⁴

Nas palavras de Daniel Cardoso o termo “poliamor” (polyamory) apareceu pela primeira vez em 1953 na *Illustrated History of English Literature*, Volume 1, por Alfred Charles Ward, no qual o Rei Henrique VIII foi identificado como “poliamorista”.¹⁶⁵ O reinado de Henrique VIII, dentre diversos motivos, é recordado na Inglaterra, ainda que não haja registros que corroborem tal afirmação, pelos seus seis matrimônios, o que era assombroso à época e para a atual sociedade brasileira.¹⁶⁶

Por seguinte, em uma obra de ficção *Hind’s Kidnap*, de Joseph McElroy¹⁶⁷, lançada em 1969, a palavra “poliamorosa” é conectada à afirmação de que a família monogâmica estaria em crise. Em 1971, de maneira inusitada, Joséphine Grieder reafirma a premissa publicada em *La Rochefoucauld and the Seventeenth-Century Concept of Self*, de Vivien Thweatt, ao dizer que o culto a vários deuses se iguala ao poliamor.¹⁶⁸

Harold Hart, em seu livro *Marriage: For & Against*, datado de 1972, ressalta a notabilidade do poliamorismo cotidiano das pessoas e que poucos são verdadeiramente polígamos.¹⁶⁹ Tal afirmação não vai de encontro ao desejo de se relacionar, mas tão somente à identificação como poliamorista no meio social.

Já em 1975, os epítomes do 7º Encontro Anual da Associação Americana de Antropologia, com base nas evoluções humanas, trouxeram previsões de um futuro próximo onde haveria a prevalência de pessoas individualistas, livres em suas convicções, poliamoristas e vegetarianas.¹⁷⁰ Por fim, nos anos 90 nasce a primeira vertente do poliamorismo com fulcro em concepções religiosas, no âmago da Igreja de Todos os Mundos, grupo que tem como patriarca Oberon Zell¹⁷¹ e está embasado na ficção literária *Um estranho numa Terra Estranha*, de Robert Heinlein, para qual o poliamor tem como axioma o afeto é a circunstância propícia para a realização da felicidade do outro e, desta maneira, da minha.¹⁷²

¹⁶⁴ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 130.

¹⁶⁵ CARDOSO, Daniel. Amando várias – Individualização, redes, ética e poliamor. Tese (mestrado em ciências da comunicação), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade de Lisboa, 2010, p.11.

¹⁶⁶ CARDOSO, Daniel. Op., cit., p.131.

¹⁶⁷ Joseph McElroy é romancista americano, escritor de contos e ensaísta. Nasceu em 21 de agosto de 1930 em Nova York, EUA.

¹⁶⁸ CARDOSO, Daniel. Op., cit., p.11.

¹⁶⁹ CARDOSO, Daniel. Op., cit., p.11.

¹⁷⁰ CARDOSO, Daniel. Op., cit., p.11.

¹⁷¹ Ocultista estadunidense, nascido em 30 de novembro de 1942, St. Louis, Missouri.

¹⁷² CARDOSO, Daniel. Op., cit., p.132.

Nesse ângulo, Morning Glory Zell-Ravenheart, esposa do patriarca do referido templo, publicou o artigo *A Bouquet of Lovers*, em igual ano, elucidando acerca das origens da palavra poliamor (polyamory), conceituando-a como uma qualidade destinada àqueles que simultaneamente se vinculam de maneira amorosa com dois ou mais indivíduos.¹⁷³

Consoante ao exposto, Déborah Anapol¹⁷⁴, na obra *Polyamory: the new love without limits*, certifica a sua estirpe quando traz a filosofia da Comunidade Espiritual Oneida, fundada em 1848 por John Humphrey Noyes¹⁷⁵, na qual todos pertencentes a comunidade eram considerados casados entre si¹⁷⁶. Destaca-se que pelos mandamentos religiosos desta comunidade, aos homens só era permitido ejacular se o ato sexual fosse destinado à procriação. Para eles, o ciúme e o anseio pela posse do parceiro principal são minimizados pela possibilidade do desfrute do sexo com diversos parceiros da comunidade¹⁷⁷.

Destoante da primeira vertente apresentada, há uma outra relacionada ao poliamorismo, não fundamentada em elementos espiritualistas, mas exclusivamente no eventual desgaste e no enfraquecimento da relação monogâmica. Nesta corrente, conforme Anapol há a identificação notória do cidadão do mundo, destacando-se os interesses econômicos dos ocidentais.¹⁷⁸

Freire aponta que o poliamor restou evidenciado nos Estados Unidos da América nos anos 90¹⁷⁹. Já no Brasil, ainda que de forma reservada, o poliamor destacou-se nos últimos 10 anos tanto na televisão, como também nas mídias sociais, inserindo-se no meio jurídico por meio da confecção de escrituras públicas declaratórias, com a finalidade de reconhecer relacionamentos poliafetivos, assegurando direitos patrimoniais, previdenciários e sucessórios, conseqüentemente, a proteção dos componentes destas famílias que buscavam os efeitos oferecidos às demais famílias conjugais¹⁸⁰.

¹⁷³ CARDOSO, Daniel. Op., cit., p.132-133.

¹⁷⁴ ANAPOL, Débora. *Polyamory: the new love without limits*. San Rafael, CA: IntiNet Resource Center, 1997, p. 45.

¹⁷⁵ Era um pregador americano, filósofo, religioso radical e socialista utópico.

¹⁷⁶ Tal filosofia denomina-se “casamento complexo”.

¹⁷⁷ ANAPOL, Débora. *Polyamory: the new love without limits*. San Rafael, CA: IntiNet Resource Center, 1997, p. 45.

¹⁷⁸ ANAPOL, Débora. *Polyamory: the new love without limits*. San Rafael, CA: IntiNet Resource Center, 1997, p. 45.

¹⁷⁹ FREIRE, Sandra Elisa de Assis. Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos. 2013. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/6928/1/arquivototal.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2019, p.20.

¹⁸⁰ FREIRE, Sandra Elisa de Assis. Op., cit., p.20.

Observa-se que o núcleo familiar originado no casamento tradicional, em conjunto às diversas conformações contemporâneas, deixou de dar valor às questões exclusivamente patrimoniais, como também ao modelo patriarcal, oportunizando a origem da família instrumento, capaz de promover a dignidade e o desenvolvimento pessoal e emocional de cada um de seus membros, reencontrando-se, na perspectiva de Paulo Lôbo, quanto ao valor da afetividade¹⁸¹.

O matrimônio na pós-modernidade é caracterizado, majoritariamente, de forma tradicional, pelas seguintes fases: inicialmente tem-se a paixão que desagua no namoro, com o amor nasce o noivado e o desejo de maior envolvimento, assim, acredita-se em um amadurecimento da relação pelo casamento monogâmico com diversas obrigações que incluem, sobretudo, a fidelidade afetiva e sexual de ambos os cônjuges¹⁸².

Neste sentido, quanto a fidelidade, uma pesquisa denominada Mosaico, realizada pelo Projeto Sexualidade (ProSex) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, com o apoio da farmacêutica Pfizer, constatou que no Brasil:

As mulheres avançam, é verdade. Mas homens ainda reinam absolutos. A traição é em dobro: para cada mulher que trai, há dois homens sendo infiéis. Uma pesquisa do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo mostra que um dos índices menores é o do Paraná, mas é onde 43% dos homens já traíram. Em São Paulo, 44%. Em Minas Gerais, 52%. No Rio Grande do Sul, 60%. No Ceará, 61%. Mas os baianos são os campeões: 64% dos homens se dizem infiéis. Música e sensualidade formam uma mistura que, em Salvador, é sempre bem apimentada.¹⁸³

Para mais, no ano de 2013, foi implantado em nosso país a plataforma online de relacionamentos extraconjugais “Ashley Madison”, a qual utiliza o seguinte slogan: “A vida é curta. Arranje um caso”. A rede de relacionamento conta com site e aplicativo (app) para smartphones, atualmente possui 12,5 milhões de brasileiros cadastrados, sendo

¹⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁸² RIBEIRO, Ana Flávia Souto; FERREIRA, Ricardo Padovini Pleti. Famílias poliafetivas: a vedação de seu reconhecimento pela via extrajudicial no Brasil e os direitos fundamentais. E-Civitas, Belo Horizonte, v. 2, n. 12, p. 149-183, 02 dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/2873/pdf000000>. Acesso em: 08 set. 2020, p. 159.

¹⁸³ Reportagem “Mapa dos relacionamentos”. Disponível em: <<http://globoreporter.globo.com/Globoreporter/0,19125,VGC0-2703-16395-4-265921,00.html>>. Acesso em 13 de jul. de 2021.

que 1,7 milhões foram cadastrados durante a pandemia do COVID-19¹⁸⁴. Frisa-se que a “Ashley Madison” ensina o uso sigiloso aos seus membros, recomendando “criar uma nova conta de e-mail para vinculá-lo ao serviço, ser cauteloso para dividir informações pessoais com quem conversar pelo aplicativo. A empresa recomenda abrir o site em abas anônimas de navegação e deletar o histórico de sites do computador.”¹⁸⁵

Como demonstrado, a monogamia e a fidelidade não são equivalentes e, encontram-se inter-relacionados. Pereira observa que “a proibição de relações extraconjugais é uma das formas e instrumentos de garantia do sistema monogâmico e, também do poligâmico.”¹⁸⁶

No regime monogâmico brasileiro a infidelidade já constituiu tipo penal de adultério¹⁸⁷ e, ainda possibilitou a indenização do traído em razão de grave humilhação ou exposição sofrida¹⁸⁸. Em semelhante sentido, no que concerne ao regime poligâmico, “infiel é aquele que mantém relações extraconjugais, com outrem além do número de cônjuges previsto”¹⁸⁹ entre seus membros. Assim, independentemente da escolha familiar “a premissa da fidelidade está sempre presente como uma condenação moral pela infração àquele pacto social.”¹⁹⁰

Desta forma, pelo entendimento do direito como ciência social aplicada e que, nessa qualidade deve relacionar-se com a realidade humana, faz-se pertinente trazer os pensamentos de Lins. De acordo com a psicanalista, é frequente e comum sentir amor por diversas pessoas, ocorre que uma grande maioria não assume ou pelo menos não gosta de

¹⁸⁴ FINOTTI, Ivan. Site de traições conjugais vive boom durante pandemia de Covid: mais de um terço dos assinantes pulou a cerca na quarentena e média diária de novos membros cresceu. Mais de um terço dos assinantes pulou a cerca na quarentena e média diária de novos membros cresceu. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/06/site-de-traicoes-conjugais-vive-boom-durante-pandemia-de-covid.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2021.

¹⁸⁵ UNIVERSA, Nathália Geraldo de. Ashley Madison: Quatro mil brasileiros entraram em app de traição na pandemia. mil brasileiros entraram em app de traição na pandemia. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/07/29/ashley-madison.htm>. Acesso em: 13 jul. 2021.

¹⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 109.

¹⁸⁷ O crime de adultério, presente no artigo 240, do Código Penal brasileiro, desde 1940, foi revogado pela Lei 11.106, de 28 de março de 2005.

¹⁸⁸ AMARAL, Sylvania Maria Mendonça do. Contexto do adultério é o que determina a obrigação de indenizar. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-out-30/contexto_adulterio_determina_indenizacao. Acesso em: 13 jul. 2021.

¹⁸⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 109.

¹⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 109.

dizer que amamos de igual modo, intensidade ou diferente nossos pais, familiares, filhos, amigos e aqueles com quem conservamos vínculos afetivos-sexuais.¹⁹¹

Lins, observa a existência de expectativa social para que, em passo acelerado, realizemos uma escolha, qual seja, descartar um amor em detrimento de outro. Todavia, essa ação, com frequência, nos enche de questionamentos, angústias e confusões internas pelo receio de amar ou estar com mais de uma pessoa em igual tempo, afinal nos foi socialmente ensinado que o modelo ideal e “correto” é o da monogamia.¹⁹²

Segundo Lins, somos limitados afetivamente e buscamos um relacionamento integralmente estável em razão de um sentimento de incompletude, solidão ou abandono.¹⁹³ Ademais, conclui que tal sensação nos empobrece a vida, pois a estabilidade não é regra perpétua da monogamia ou de qualquer relacionamento. Desta forma, não devemos exigir que o outro seja o nosso “tudo” e, muito menos, em contrapartida dispender esforços para que sejamos o “tudo” dele.¹⁹⁴

Portanto, na perceptibilidade de que o poliamorismo tem o poder de gerar efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, visto que apesar de estarem em minoria encontram-se presentes na realidade brasileira, é primordial explorar suas espécies e particularidades.

Anapol observa a evolução do poliamor livre de expectativas ou questões acerca da quantidade de parceiros envolvidos. Ilustra o termo em si significativo de que o afeto não deve ser imposto ou obstruído, podendo cada um amar ao seu estilo, independentemente de números.¹⁹⁵

Mais uma vez, é observado: o poliamor não coaduna com a traição ou infidelidade, pois valoriza em sua construção a honestidade, lealdade, confiança, dignidade, respeito e o apoio mútuo.¹⁹⁶ Assim, sua filosofia poliamorista está sob o princípio da boa-fé-objetiva e da autonomia privada.¹⁹⁷

¹⁹¹ LINS, Regina Navarro. Amor a três. 2014. Disponível em: <<https://reginanavarro.blogosfera.uol.com.br/2014/12/02/amor-a-tres/>> Acesso em 10 out. 2020.

¹⁹² LINS, Regina Navarro. Amor a três. Op., cit.

¹⁹³ LINS, Regina Navarro. Amor a três. Op., cit.

¹⁹⁴ LINS, Regina Navarro. Amor a três. Op., cit.

¹⁹⁵ ANAPOL, Deborah. Polyamory in the 21st century: love and intimacy with multiple partners. Estados Unidos: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

¹⁹⁶ RIBEIRO, Ana Flávia Souto; FERREIRA, Ricardo Padovini Pletí. Famílias poliafetivas: a vedação de seu reconhecimento pela via extrajudicial no Brasil e os direitos fundamentais. E-Civitas, Belo Horizonte, v. 2, n. 12, p. 149-183, 02 dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/2873/pdf000000>. Acesso em: 08 set. 2020, p. 159.

¹⁹⁷ KLESSE, Christian. Polyamory and its ‘others’: Contesting the terms of non-monogamy. Sexualities. Londres, v 9, 565-583, 2006.

Haritaworn, Lin e Klesse esclarecem que é impossível estabelecer uma única definição para o poliamor, mas na eventual possibilidade consideram como uma relação que é válida e compensatória, com mais de uma pessoa, de forma simultânea¹⁹⁸. Gagliano e Pamplona Filho entendem que o poliamorismo acolhe a coexistência de dois ou mais relacionamentos afetivos, simultâneos e paralelos, no qual seus membros, cientes, aceitam uns aos outros.¹⁹⁹

Desta forma, Viegas elucida que o poliamor possui diversas espécies, sejam elas: o poliamor aberto, no qual os cônjuges ou conviventes não se importunam com relacionamentos extraconjugais; o poliamor mono/poli, quando um dos parceiros é monogâmico e o outro poliamorista, e em consenso o primeiro admite que o segundo possua outros relacionamentos; a polifidelidade, na qual todos os parceiros são fieis e se relacionam entre si; enfim, o poliamor platônico ou não sexual, que corresponde ao afeto ou paixão idealizados.²⁰⁰

Como demonstrado é notório que a conceituação de poliamor ainda seja complexa. Dito isto, deve ser entendido, em termos gerais, como um relacionamento não monogâmico, em que mais de dois indivíduos, de forma consentida e simultânea, se relacionam amorosamente de forma compromissada ou não.²⁰¹

Isto posto, interessa-nos aprofundar no poliamor qualificado, que origina a família simultânea, e também sucede a família poliafetiva, esta última objeto deste trabalho. Viegas afirma como poliamor qualificado aquele que possui o objetivo de constituir família. Dessa maneira, tal assertiva revela que nem todo relacionamento poliamoroso será uma família, assim como acontece na monogamia, em que nem todo namoro deságua em casamento ou união estável.²⁰²

Quanto a família simultânea e a poliafetiva é mormente trazer que apesar de possuírem grandes semelhanças não podem ser confundidas entre si. Segundo Portes e Fiuzza a família “poliafetiva envolve apenas um núcleo familiar, com diversos

¹⁹⁸ HARITAWORN, Jin; LIN, Chin-ju; KLESSE, Christian. Poly/logue: A Critical Introduction to Polyamory. *Sexualities*. Londres. v. 9. n. 5. p. 515-529. 2006, p. 515.

¹⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil. 4.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.463.

²⁰⁰ VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica principiológica jurídica contemporânea. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 240.

²⁰¹ RIBEIRO, Ana Flávia Souto; FERREIRA, Ricardo Padovini Pletí. Famílias poliafetivas: a vedação de seu reconhecimento pela via extrajudicial no Brasil e os direitos fundamentais. *E-Civitas*, Belo Horizonte, v. 2, n. 12, p. 149-183, 02 dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/2873/pdf000000>. Acesso em: 08 set. 2020, p.162

²⁰² VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. Op., cit., p. 241.

participantes, que relacionam afetivamente entre si, constituindo uma única família”²⁰³. Para Elizabeth Emens, tal família funda-se no autoconhecimento, no controle de si e na anuência de todos os seus integrantes. Sugere a psicanalista a poliafetividade estar diretamente relacionada ao afeto por meio do amor e do sexo²⁰⁴. Nesse contexto, em que não se pode concluir acerca da importância ou não do sexo entre todos os seus integrantes, faz-se pertinente esclarecer que o vínculo essencialmente estabelecido entre todos os membros da família poliafetiva são os laços da afetividade.

Já as famílias simultâneas ou paralelas “envolvem mais de um núcleo familiar, em que um de seus membros constitui uma segunda ou terceira família, sem perder o vínculo com a primeira, em que todos se conhecem” e se aceitam, “embora não se relacionem entre si”²⁰⁵.

Enquanto na família poliafetiva todos interagem entre si, em concordância, com a presença de sexo ou não, mas indubitavelmente de amor, na paralela ou simultânea tem-se a composição de núcleos familiares diversos, em que há um único membro em comum, com possibilidade de existir consentimento de todos os envolvidos ou não. Portanto, é o caso de uma pessoa que tem mais de um núcleo familiar formado pelos laços da conjugalidade ou convivência.

Ainda que sejam distintas, as famílias poliafetivas e simultâneas encontram-se em igual posição na prática de atos básicos da vida civil por seus membros. Apesar do reconhecimento plúrimo das famílias pelo texto constitucional, estas não conseguem o mínimo, declarar a sua existência perante um tabelião.

Por consequência, exclusivamente acerca da família poliafetiva, a presente dissertação passa a abordar trazendo, enfim, as dificuldades enfrentadas, principalmente após o ano de 2018, que terminou com uma determinação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ para que os Tabeliões dos Cartórios de Registro brasileiros não lavrem qualquer declaração que as ofereça reconhecimento jurídico.

²⁰³ PORTES JÚNIOR, Otávio de Abreu; FIUZA, César. POLIAMOR: ABORDAGEM JURÍDICA ACERCADAS UNIÕES SIMULTÂNEAS E POLIAFETIVAS. Meritum, Belo Horizonte, v. 14, n. 02, p. 376-402, jul. 2019. Semestral. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7699/pdf>. Acesso em: 08 set. 2020, p. 384.

²⁰⁴ EMENS, Elizabeth F. Monogamy's and Polyamorous Existence. The University of Chicago: public law and theory working paper, n. 58, p. 1-85, fev. 2003, P.37

²⁰⁵ PORTES JÚNIOR, Otávio de Abreu; FIUZA, César. Op., cit., p. 385.

3 AS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS E SUAS CONTROVÉRSIAS NO BRASIL

Com a vigência da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente a inauguração do Estado Democrático de Direito, o qual é fundado em princípios e regras que têm por finalidade a promoção da dignidade humana, a família recebeu especial proteção do Estado, sendo identificada, na contemporaneidade, como “o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”²⁰⁶.

Isso posto, em virtude das injustiças e do preconceito em face de famílias diversas da casamentária monogâmica heterossexual, o legislador constitucionalista decidiu por prever expressamente, no artigo 226, da CF, mais duas espécies de família, as quais passaram a receber, igualmente à “tradicional”, especial proteção do Estado: a família advinda da união estável e a monoparental.

Todavia, por anos, discute-se na doutrina, acerca da taxatividade ou não do rol do artigo 226, da CF, bem como se o Estado, que se diz laico e democrático, poderia determinar, de modo exclusivo, modelos de formação de família²⁰⁷.

Deste modo, considerando a função da família de ser instrumento de bem-estar e satisfação do indivíduo, a valorização do afeto como elo formador de entidades familiares e ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia de direitos, da autonomia privada e da solidariedade, tem-se o entendimento majoritário que o rol do art. 226, da CF, é meramente exemplificativo, podendo outras famílias, além das previstas de forma expressa, serem reconhecidas juridicamente e protegidas pelo Estado.

Tal entendimento foi reforçado, no ano de 2011, com o julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, através do qual restou o princípio evidente da pluralidade familiar e, por conseguinte, o reconhecimento jurídico das famílias homossexuais monogâmicas, que desde então saíram da clandestinidade social, para usufruir de iguais direitos oferecidos às famílias conjugais heterossexuais.

Neste sentido, Maria Berenice Dias convida seus leitores para subtrair a expressão “Direito de Família” e simplesmente declarar “Direito das Famílias”, em razão de suas

²⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/193.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021. p.8

²⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O que é a família poliafetiva? 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/06/18/o-que-e-a-familia-poliafetiva/>. Acesso em: 13 maio 2021.

formações plurais, extinguindo qualquer tipo de preconceito ou discriminação quanto à proteção de todos os tipos de núcleos familiares existentes.²⁰⁸

É, por esta sapiência, que as famílias poligâmicas são constitucionalmente reconhecidas e protegidas. Entretanto, apesar de todos os princípios mencionados e, ainda pelo entendimento de não taxatividade do rol do art. 226, da CF, a família poliafetiva, em conformidade a outras, tem sido reprimida e discriminada pela sua forma de amar, distanciada da monogamia, que é legitimada pelo direito e pela maioria democrática.

Neste universo, no ano de 2015, a Câmara dos Deputados, aprovou o Projeto de Lei nº 6.583/2013, intitulado Estatuto da Família, pelo qual, de forma míope, pretende-se abreviar o conceito de família, considerando-a, nos ditames de seu art. 2º, como “o núcleo formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”²⁰⁹.

Ora, é evidente que, de forma discriminatória e hierarquizada, pretende-se conceituar como família somente a união ou o casamento monogâmico entre pessoas de sexos diferentes, o que contraria diretamente o texto constitucional. Entretanto, apesar de ser temerário e definitivamente contrário à dignidade da pessoa humana e à pluralidade familiar, prossegue em seu trâmite na tentativa de aprovação.

Deste modo, a família poliafetiva, embora receba proteção constitucional, desde sua origem, encontra dificuldades para o seu reconhecimento social e jurídico, carecendo de direitos quanto à formação e dissolução de suas famílias, o que será abordado no presente capítulo, pela apresentação dos entraves jurídicos a serem enfrentados.

3.1 Conceito de Família Poliafetiva

Marisa Monte, em belíssima canção, entoia:

Amar alguém só pode fazer bem. Não há como fazer mal a ninguém. Mesmo quando existe um outro alguém. Mesmo quando isso não convém. Amar alguém e outro alguém também. É coisa que acontece sem razão. Embora soma, causa e divisão. Amar alguém só pode fazer bem.²¹⁰

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p.36.

²⁰⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583/2013 - Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 21.jun. 2021.

²¹⁰ MONTE, Marisa. Amar Alguém. In: O Que Você Quer Saber de Verdade. Rio de Janeiro: Phonomotor, 2011.

A artista, como demonstrado, livre de arquétipos ou preconceitos, canta que o amor simplesmente acontece. Pode ser que seja múltiplo e inexplicável, mas sobrevém mesmo quando não convém. O amor ilustrado, caracterizado como benevolente, é o sentimento e a escolha que unem pessoas em um relacionamento poliafetivo.

Amar de forma diversa da maioria social, não é fácil. Além disso, o diferente nem sempre é visto com bons olhos e recebido por todos. Escolher viver em família poliafetiva é decisão corajosa e desafiadora para os seus membros.

Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas leciona que a união poliafetiva “é o núcleo não-monogâmico, em que as pessoas formam relacionamentos conjugais íntimos, consensuais e honestos, pautados na afetividade e no livre exercício da autonomia privada”²¹¹.

Rodrigo da Cunha Pereira explica que a família poliafetiva é a união conjugal de três ou mais pessoas, outrossim, conhecida como família poliamorosa, que não tem a monogamia como princípio e necessidade. Seus membros convivem em interação e reciprocidade, de forma consensual e igualitária, sendo nela estabelecido um código particular de lealdade e respeito.²¹²

Laira Carone Rachid Domith, observa que neste tipo de união, todas as pessoas envolvidas se consideram uma família, não existindo requisitos quanto ao número de componentes ou gênero destes. Assim, a família poliafetiva pode ser formada de três ou mais pessoas, com sexos iguais ou diferentes²¹³. Outrossim esclarece que as uniões poliafetivas, muitas vezes são caracterizadas de forma equivocada com os vocábulos “orgia”, “bacanal”, “suruba”, os quais são utilizados para caracterizar a manutenção de relações sexuais não afetivas e descompromissadas entre várias pessoas²¹⁴.

Otávio de Abreu Portes Júnior ressalta na configuração da união poliafetiva não ser essencial que seus membros se relacionem sexualmente entre si, bastando a reciprocidade de afeto e solidariedade entre todos os envolvidos na entidade familiar²¹⁵. Em igual sentido, Domith afirma: “o traço marcante entre os membros de uma família poliafetiva não é a forma como expressam sua sexualidade, mas a vontade de todos no sentido de construir, juntos,

²¹¹ VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica principiológica jurídica contemporânea*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 274.

²¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O que é a família poliafetiva?* 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/06/18/o-que-e-a-familia-poliafetiva/>. Acesso em: 13 maio 2021.

²¹³ DOMITH, Laira Carone Rachid. “Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor”: da legitimidade da família poliafetiva. Da legitimidade da família poliafetiva. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d98e6ad3ed4f30a>. Acesso em: 05 maio 2021, p.19.

²¹⁴ DOMITH, Laira Carone Rachid. “Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor”: da legitimidade da família poliafetiva. Da legitimidade da família poliafetiva. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d98e6ad3ed4f30a>. Acesso em: 05 maio 2021, p.21.

²¹⁵ PORTES JÚNIOR, Otávio de Abreu. *Poliamor: visão jurídica e filosófica sobre as uniões simultâneas e poliafetivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p.36.

um núcleo familiar”, sendo mútuo o sentimento de ser família uns dos outros e, assim, reconhecidos assim pela sociedade.²¹⁶

Maurício Cavallazzi Póvoas pontua que a família poliafetiva deriva da poligamia consensual e é identificada pela “polifidelidade”. Segundo o autor, é o único modelo conjugal não monogâmico que alberga integral proteção jurídica, já que seus membros se fecham em única e identificável unidade familiar, sem a existência de relacionamentos amorosos e ou sexuais com pessoas diversas ao grupo²¹⁷. Além disso, Póvoas sustenta que a família poliafetiva é configurada pela existência da publicidade, continuidade, durabilidade e do objetivo de constituir família.²¹⁸

Outrossim, nos relacionamentos familiares poliafetivos, a boa-fé é um dos seus elementos constitutivos, não havendo que se falar em infidelidade conjugal, ausência de lealdade ou configuração de adultério. É uma família atípica, mas é uma família.²¹⁹

Nesta perspectiva, para além dos parceiros de relacionamento conjugal, pode ser que a família poliafetiva, seja composta, assim como as monogâmicas, de filhos biológicos, adotivos ou socioafetivos. Assim, Portes Júnior traz que nestes casos poder-se-ia, perfeitamente, aplicar o instituto da multiparentalidade, pela pluralidade de pais e ou mães, podendo os filhos oriundos da união poliafetiva serem reconhecidos por todos os membros conjugais.²²⁰

Enfim, considerando o conceito de famílias poliafetivas, pelo próximo tópico tem-se a problemática da decisão do CNJ que colocou fim às escrituras públicas declaratórias de união estável poliafetiva no ano de 2018.

3.2 As escrituras públicas declaratórias de união estável poliafetiva e a decisão do CNJ

²¹⁶ DOMITH, Laira Carone Rachid. “Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor”: da legitimidade da família poliafetiva. Da legitimidade da família poliafetiva. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d98e6ad3ed4f30a>. Acesso em: 05 maio 2021, p.21.

²¹⁷ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.26.

²¹⁸ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.26.

²¹⁹ DOMITH, Laira Carone Rachid. “Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor”: da legitimidade da família poliafetiva. Da legitimidade da família poliafetiva. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d98e6ad3ed4f30a>. Acesso em: 05 maio 2021, p.22.

²²⁰ PORTES JÚNIOR, Otávio de Abreu. Poliamor: visão jurídica e filosófica sobre as uniões simultâneas e poliafetivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p.36.

No ano de 2012, em Tupã – SP, a tabelião Claudia do Nascimento Domingues, lavrou a primeira escritura pública brasileira de união estável poliafetiva, pela vontade de um trio, um homem e duas mulheres, os quais declararam, perante o Estado, a sua família poliafetiva.²²¹

De acordo com a Tabeliã, o “trisal” já havia procurado diversos tabeliães que recusaram lavrar a declaração de convivência pública. Entretanto, quando a procuraram, averiguou não haver qualquer impedimento legal para tanto e, assim, não poderia recusar a lavratura do documento, pois “o tabelião tem a função pública de dar garantia ao conhecimento de fato”.²²²

Claudia do Nascimento Domingues assegurou que havia um desejo comum entre as partes, pessoas capazes e maiores, em regularizar o relacionamento. Observou que não existiam dúvidas de que os três se consideravam família e, assim, desejavam garantir alguns direitos. Por fim, ressaltou, que não há legislação que aborde o assunto e que a aceitação envolve o amadurecimento do direito.²²³

Pela escritura pública de união estável, o “trisal” em epígrafe, perante a lacuna normativa, estabeleceu, na hipótese de litígios entre si ou com terceiros, regras para garantia de direitos e deveres, com a finalidade de vê-las respeitadas e efetivamente cumpridas no meio social, jurídico e econômico, tudo com fulcro na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade.²²⁴

Ademais, a escritura trata acerca dos direitos e deveres dos conviventes, das relações patrimoniais, da hipótese de dissolução da união poliafetiva e dos efeitos jurídicos da união. Como direitos estabeleceram o eventual amparo material e emocional, com o designio de promover o bem-estar comum. Por deveres, instituíram o exercício do dever da lealdade e a conservação do convívio com harmonia. Elegeram o regime de bens da comunhão parcial em analogia aos artigos 1.658 a 1.666, do CC e, por fim, nomearam um dos conviventes para exercer a administração dos bens.²²⁵

Além de muitas outras uniões, a tabeliã Claudia do Nascimento Domingues realizou a lavratura do registro declaratório de união estável poliafetiva entre Audhrey, Rita e Eustáquio. A história da família iniciou-se do casamento entre Audhrey e Eustáquio em 1988. Do

²²¹ IBDFAM. Escritura reconhece união afetiva a três. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

²²² IBDFAM. Escritura reconhece união afetiva a três. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

²²³ IBDFAM. Escritura reconhece união afetiva a três. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

²²⁴ IBDFAM. Escritura reconhece união afetiva a três. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

²²⁵ IBDFAM. Escritura reconhece união afetiva a três. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

relacionamento tiveram um filho, Iago. Entre idas e vindas, em 1997, decidiram dar fim a união conjugal. Um ano após do término, Eustáquio começou a namorar Rita. Entretanto, quando encontrou Audhrey em 2003, descobriu que a ex-esposa ainda o amava. Assim, desde 2007, Audhrey, Rita e Eustáquio vivem como família, sob o mesmo teto.²²⁶

Destaca-se que o relacionamento do “trisal” se assemelha aos moldes da família simultânea, tendo em vista que Eustáquio tem seu próprio quarto e cada uma delas, de forma alternada semanalmente, dividem a cama com o mencionado companheiro. Contudo, apesar de Rita e Audhrey não se relacionarem sexualmente, mantêm uma pela outra afeto e se consideram família.²²⁷

Outrossim, a Tabeliã Fernanda de Freitas Leitão, do 15º Ofício de Notas da Zona Leste do Rio de Janeiro, realizou o registro de mais duas uniões poliafetivas. Uma delas, identificada como a primeira do Estado do Rio de Janeiro, uniu oficialmente, no ano de 2015, três mulheres que pretendiam além da união estável poliafetiva ter um filho e registrá-lo coletivamente.

Posteriormente, no ano de 2016, lavrou o registro declaratório de união estável poliafetiva entre o funcionário público Leandro Jonattan da Silva Sampaio, que à época contava com 33 anos de idade, e duas mulheres, Thaís e Yasmin.²²⁸

O poliamorista Leandro Jonattan da Silva Sampaio explicou que para ele “família são duas ou mais pessoas que mantêm um vínculo afetivo e que coexistem no mesmo ambiente.”²²⁹ Destacou ainda que “os paradigmas estão aí para serem quebrados, se não fosse isso até hoje estaríamos escravizando pessoas e as mulheres sequer teriam direito ao voto.”²³⁰

Além disso, Leandro relatou que a união estável poliafetiva com suas companheiras, Thaís e Yasmin, gerou repercussão na imprensa e que eles obtiveram o apoio de amigos. No início, os parentes foram resistentes, mas começaram a aceitar melhor o relacionamento. Observou a decisão de oficializar a união em detrimento de não verem diferenças entre a família

²²⁶ AMÂNCIO, Thiago. Casais de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²²⁷ AMÂNCIO, Thiago. Casais de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²²⁸ IBDFAM. União poliafetiva: escritura é necessária?.2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Not%25C3%25A1rio%252Bn%25C3%25A3o%252Bpode%252Bdeixar%252Bd>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²²⁹ IBDFAM. União poliafetiva: escritura é necessária?.2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Not%25C3%25A1rio%252Bn%25C3%25A3o%252Bpode%252Bdeixar%252Bd>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²³⁰ IBDFAM. União poliafetiva: escritura é necessária?.2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Not%25C3%25A1rio%252Bn%25C3%25A3o%252Bpode%252Bdeixar%252Bd>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

poliafetiva e um relacionamento tradicional. Por fim, afirmou: “o mundo está mudando, então as leis devem acompanhar essas mudanças e isso só ocorre através da mudança de comportamento”.²³¹

À época, devido a repercussão da lavratura de escritura pública declaratória de união estável de Leandro, Thais e Yasmin, a Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - CGJ/RJ emitiu nota de esclarecimentos, através da qual trouxe que o citado instrumento “não tem o condão de criar direitos, uma vez que a união poliafetiva não é reconhecida no ordenamento jurídico”²³². Também sustentaram que “os efeitos de uma escritura declaratória de união poliafetiva não são equiparados aos efeitos do registro de casamento ou da escritura de união estável”. E, enfim que “os demais cartórios com atribuição notarial no estado não estão obrigados à confecção de escrituras semelhantes, uma vez que a união poliafetiva não é respaldada por lei”.²³³

Entrementes, ainda no ano de 2016, a Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, através de sua Presidente e Advogada, Regina Beatriz Tavares da Silva, reclamou, junto à Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por meio do pedido de providência de nº 0001459-08.2016.2.00.0000, a proibição da lavratura de registros declaratórios de uniões estáveis poliafetivas, afirmando, em suma, a inconstitucionalidade da “união poliafetiva”, pela “falta de eficácia jurídica, e violação dos princípios familiares básicos, das regras constitucionais sobre família, da dignidade da pessoa humana, das leis civis e da moral e dos costumes brasileiros.”²³⁴

Regina Beatriz Tavares da Silva, trouxe em sua peça inicial do citado pedido de providências ao CNJ que: “Isolados casos não têm o condão de demonstrar mudança do pensamento social.” Observou também que “a poligamia é adotada em poucas regiões do

²³¹ IBDFAM. União poliafetiva: escritura é necessária?.2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Not%25C3%25A1rio%252Bn%25C3%25A3o%252Bpode%252Bdeixar%252Bd>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²³² CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NOTA CGJ: Esclarecimento sobre escritura declaratória de união poliafetiva. 2016. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/1017893/5209272>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²³³ CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NOTA CGJ: Esclarecimento sobre escritura declaratória de união poliafetiva. 2016. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/1017893/5209272>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²³⁴ BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília. p.1/1914519 - Petição inicial

mundo, na maior parte da África e na menor parte da Ásia. Grande parte destas regiões são, não coincidentemente, as que apresentam os piores Índices de Desenvolvimento Humano”²³⁵.

Com escora no artigo intitulado *The puzzle of monogamous marriage*, publicado pela The Royal Society – Sociedade Britânica,²³⁶ Regina Beatriz Tavares da Silva aduziu que:

a poligamia produz, entre outros efeitos, os seguintes: i) desigualdade entre homens e mulheres; ii) maior competição sexual dos homens por mulheres, inclusive para a perpetuação da espécie na geração de filhos, o que gera mais conflitos; iii) menos mulheres disponíveis, de modo que há mais homens solteiros, que estão mais sujeitos à prática de crimes, o que aumenta a taxa de criminalidade; iv) maiores abusos pessoais e conflitos domésticos; v) pior investimento nos filhos; vi) estes fatores causam pior produtividade econômica.²³⁷

Deste modo, a Ministra Nancy Andrighi negou o pedido de liminar, mas sugeriu aos tabeliões de notas do país que esperassem o julgamento do pedido de providências para, então, lavrar novas escrituras declaratórias de uniões poliamorosas.²³⁸

Por conseguinte, em 26/06/2018, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça – CNJ decidiu pela proibição da lavratura de escrituras públicas declaratórias de famílias poliafetivas pelos cartórios brasileiros, nos termos do voto do relator e conselheiro João Otávio de Noronha.²³⁹

²³⁵ BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília. p.1/1914519 - Petição inicial

²³⁶ HENRICH, Joseph; BOYD, Robert; RICHERSON, Peter J.. *The puzzle of monogamous marriage*. 2012. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rstb.2011.0290>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²³⁷ BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília. p.1/1914519 - Petição inicial

²³⁸ BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília. p.2/ID nº1922769 - Decisão

²³⁹ BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília.

Segundo oito Conselheiros do Plenário²⁴⁰, inexistiu amadurecimento quanto ao debate acerca do “poliafeto” como impulsionador de entidades familiares. Aduzem que estas uniões sofrem forte repulsa social e que “os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico”.²⁴¹

Além disso, elegeram que no Brasil a sociedade se espelha na monogamia como padrão de família estrutural e os tribunais rejeitam relacionamentos que possuam paralelismo afetivo, “o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união poliafetiva”²⁴². Trouxeram que “o fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos jurídicos para os envolvidos”²⁴³.

Observaram ainda que “as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos.” Assim, caso haja a procedência da lavratura de escrituras públicas poliafetivas, haveria implicações jurídicas que “envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos”.

Afinal concluíram que “a escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial”.²⁴⁴

²⁴⁰ Cármen Lúcia, João Otávio de Noronha, Iracema do Vale, Valtércio de Oliveira, Márcio Schiefler Fontes, Fernando Mattos, Valdetário Andrade Monteiro, Maria Tereza Uille Gomes.

²⁴¹ BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília.

²⁴² BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília.

²⁴³ BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília.

²⁴⁴ BRASIL. CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PJE. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente-SP e Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da comarca de Tupã. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Pedido de Providências. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Brasília.

Por todo o decisório, contrário às expectativas de um Estado Constitucional de Direito, é evidente que a ausência de qualquer norma infraconstitucional acerca das famílias poliafetivas, tem gerado a sua exclusão, deixando evidente a existência de núcleos familiares de primeira classe e, outros de segunda classe, o que escancara o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da CF.

Ora, onde se tem que é ilícito três ou mais pessoas (solteiras, viúvas ou divorciadas) declarar que vivem como se casados fossem, de forma pública, contínua, duradoura e com animus de constituição de família? Ademais, por qual motivo o CNJ se coloca como competente para declarar a ilicitude das famílias poliafetivas? Cabe ao CNJ decidir quais famílias são de fato protegidas pelo art. 226, da CF?

Por tais questionamentos, é imprescindível esclarecer que o CNJ, nos termos do art. 92, I, “a”, da CF, é órgão do poder judiciário, originado pela Emenda Constitucional (EC) nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, e instalado no dia 1 de junho de 2005, haja vista a súmula social por transparência e controle da atuação do judiciário.

Neste universo, sua competência resta estabelecida pelo art. 103-B, §4º, da CF, no qual tem-se restrito ao CNJ unicamente o controle de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, o exercício da supervisão das obrigações funcionais dos membros destes. E, a aptidão para “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados”.

Pelo art. 14, do Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça, há ainda a possibilidade de deliberação acerca dos atos pertinentes ao aprimoramento dos procedimentos dos serviços auxiliares, das notas e registros, sendo competência do Corregedor a expedição de provimento a fim de “esclarecer e orientar a execução dos serviços judiciais e extrajudiciais em geral”.

Neste universo, ao CNJ não compete exercer os poderes do poder legislativo e, tão pouco, a jurisdição meritória, limitando-se somente a fiscalização, prestar esclarecimentos e nortear atividades notariais e registrais, inexistindo espaço para impor conteúdo jurídico que abarque Direito Constitucional ou Direito de Família.

Assim, percebe-se que a decisão do pedido de providências alhures ultrapassa os limites de atuação do CNJ pois, em seu voto, o relator, de forma meritória, desconsidera e discrimina as famílias poliafetivas, relacionando-as, sem cautelas, ao crime de bigamia. Além disso, sem o devido processo legal, por esquecer-se do princípio da federação e do Estado Democrático de Direito, aduz, per si, que o art. 226, da CF, não abarca famílias poliamorosas.

Apesar do decidido pelo CNJ, a família poliafetiva é um fato social que não deixa de existir ou produzir efeitos, porque juristas desconsideraram seu modelo. Recentemente, no ano de 2021, um “trisal”, formado pelos sargentos da Polícia Militar do Acre Alda e Erisson Nery, com a administradora Darlene Oliveira, foi notícia após a criação de um perfil na rede social Instagram, o qual tem por finalidade compartilhar a vida a três.²⁴⁵

O “trisal” está morando junto há mais de 6 meses e se consideram casados. Explicam que nem todos os parentes aceitam o relacionamento, enfrentando preconceitos diários. Em síntese, esclarecem não existir ciúmes entre eles e que o relacionamento não é aberto, respeitando todos o dever de lealdade e fidelidade.²⁴⁶

Através da internet é possível encontrar na rede social Facebook, grupos denominados “Poliamor e diversidade”²⁴⁷, com mais de 23 mil membros; “Poliamor Brasil”²⁴⁸, com mais de 5 mil membros, “Trisal, Polifidelidade e Poliamor (TPP - Brasil)”²⁴⁹, com mais de 3.200 membros, os quais buscam debater acerca do tema, elucidar quanto aos relacionamentos não monogâmicos, bem como, caso seja o desejo de alguns membros, conhecer novas pessoas para fins de relacionamento poliamoroso.

Enfim, em razão do posicionamento do CNJ e da crescente divulgação de novas famílias poliafetivas é que o próximo tópico abordará em torno da união estável e da validade das escrituras públicas declaratórias de uniões estáveis poliafetivas.

3.3 A união estável poliafetiva

Sabe-se que a união estável é um instituto do Direito de Família, oriundo de um fenômeno social anterior a qualquer norma jurídica. Não foi o direito que criou a união estável, ela se fazia presente na realidade social e, por não se dar em congruência aos moldes do casamento civil, seus membros sofriam discriminações e preconceitos sociais.²⁵⁰

²⁴⁵ GADELHA, Alcinete. Sargentos da PM no AC que assumiram trisal com administradora dizem receber apoio. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2021/06/14/sargentos-da-pm-no-ac-que-assumiram-trisal-dizem-receber-apoio-recebemos-muito-depoimentos.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁴⁶ GADELHA, Alcinete. Sargentos da PM no AC que assumiram trisal com administradora dizem receber apoio. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2021/06/14/sargentos-da-pm-no-ac-que-assumiram-trisal-dizem-receber-apoio-recebemos-muito-depoimentos.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁴⁷ JONATTAN, Leandro. Poliamor e diversidade. 2012. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/441689192513044/members>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁴⁸ ALVES, Ubiratan. Poliamor Brasil. 2015. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/673198092822760/about>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁴⁹ GASPARELO, Michel. Trisal, Polifidelidade e Poliamor (TPP - Brasil). 2016. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/tppbrasil>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁵⁰ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 209.

Pela vigência do Código Civil de 1916, a compreensão de família se dava nos moldes exclusivos da casamentária e, nesta linha de raciocínio, todo e qualquer núcleo formado fora do matrimônio não se submetia à proteção do Direito das Famílias, mas tão somente ao Direito das Obrigações.²⁵¹

Considerando que o matrimônio era indissolúvel, pessoas casadas, mas separadas de fato, não conseguiam, perante o Estado, declarar a existência de um novo relacionamento. E, assim, sob o estigma do adultério e a proteção ao casamento como única forma de constituição da família, pelo teor dos arts. 248, IV, 363, I e 1.719, III, do Código Civil de 1916, estas uniões eram denominadas como concubinato.²⁵²

Rodrigo da Cunha Pereira explica que o vocábulo concubinato era utilizado para “designar uma relação amorosa entre duas pessoas, constituindo famílias sem o selo da oficialidade do casamento, que até algumas décadas atrás tinha o sentido de ilegitimidade”²⁵³. Realmente, as uniões estáveis, à época, classificadas como concubinato, produziam consequências fáticas. E, assim pessoas que se encontravam unidas de fato, quando há dissolução destes relacionamentos, seja pelo falecimento ou vontade de qualquer das partes, buscaram seus direitos junto ao Poder judiciário, exigindo decisões quanto ao tema.

Inicialmente, quando a ex-companheira não exercia atividade remunerada, sendo ausente a fonte de renda, os tribunais concediam “alimentos de modo camuflado” identificados pelo nome “indenização por serviços domésticos”, pois entendiam que o companheiro que se aproveitava da dedicação da companheira ao lar, não poderia abandoná-la sem indenização²⁵⁴. Como demonstrado, era a maneira efetiva e concreta de conceder, pela vigência do Código Civil de 1916, direitos às pessoas que, por lei, não teriam espaço nem para a constituição como entidade familiar.

Posteriormente, na tentativa de coibir injustiças, começaram a tratar o concubinato, em caso de dissolução ou morte de uma das partes, como sociedade de fato, pela qual os companheiros eram considerados sócios, procedendo-se à divisão de “lucros”, havendo a necessidade de prova efetiva de contribuição financeira, por parte de cada um, à constituição

²⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 434.

²⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 434.

²⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176.

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 407-408.

do patrimônio²⁵⁵. Tal entendimento restou evidente pela Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Por conseguinte, o legislativo foi influenciado pela firme posição dos tribunais quanto aos que viviam em concubinato. Assim, é possível recordar a Lei nº 6.367/75, e o Decreto-lei nº 7.036/44, que concederam ao concubino(a) o direito de receber indenização por acidente de trabalho de seu companheiro(a). E, a Súmula 35, do STF que confirmava tal direito. Por igual, há que lembrar do art. 57, §§ 2º a 6º, da Lei nº 6.015/73 que reconheceu o direito ao uso do sobrenome, nome patronímico, pela concubina.²⁵⁶

Por derradeiro, a jurisprudência com fulcro na equidade, estendeu à companheira o direito de concorrer com os filhos do segurado, para fins de percepção de benefício previdenciário, desde que seja comprovada a convivência *more uxório* e a dependência econômica, o que foi regulamentado pela entrada em vigor do Decreto-lei nº 66/66 e da Lei nº 5.890/73.

Neste interim, a doutrina se encarregou de diferenciar o concubinato em duas categorias: o puro e o impuro. Segundo Álvaro Villaça Azevedo, o primeiro, que também pode ser denominado como concubinato leal, ocorre quando alguém constitui uma família de fato, sem qualquer prejuízo de outra família já anteriormente constituída. Explica que é o caso de solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato, que coabitam.²⁵⁷ Já o segundo, é o adúlterino, incestuoso ou desleal, o qual ocorre quando uma pessoa casada ou que tenha uma família de fato, mantém, paralelamente ao seu lar, outro.²⁵⁸

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, o concubinato foi elevado a entidade familiar, passando a se submeter ao Direito de Família, recebendo proteção especial do Estado, igual a oferecida ao casamento.

Farias e Rosenvald ponderam que o concubinato abarcado pela Constituição se trata do puro, o qual passou, enfim, a ser denominado como união estável, a fim de evitar sua relação com o concubinato desleal e os preconceitos sociais.²⁵⁹ Assim, para aqueles que viviam em

²⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 408.

²⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 436.

²⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. ISBN 9788553609673, p. 208.

²⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. ISBN 9788553609673, p. 209.

²⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 437.

união estável, não havia mais que se falar na figura do concubino e concubina, mas tão somente em companheiro e companheira.

De modo libertador, para muitas famílias, o texto constitucional, art. 226, § 3º, trouxe que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Para mais, foi editada a Lei nº 8.971/94 que disciplinou o direito dos(as) companheiros(as) aos alimentos e à sucessão. Como requisito de configuração da convivência, era esperado que ambos os conviventes, homem e mulher, fossem solteiros, divorciados ou viúvos, e que o vínculo estivesse estabelecido por, no mínimo, cinco anos ou que houvesse a existência de filhos em comum.²⁶⁰

Em 1996, com pela Lei nº 9.278, sem a ab-rogação do regramento anterior, extirpou-se os requisitos acima citados e, para a configuração da união estável tornou-se necessária a comprovação da convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família.²⁶¹

Com a vigência do Código Civil de 2002, tais leis foram revogadas e a união estável restou estabelecida, para além da proteção constitucional, pelo art. 1.723, do CC: “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.”

Ressalta-se que o concubinato impuro, agora, intitulado simplesmente como concubinato, continuou, por entendimento prevacente da doutrina e jurisprudência, no âmbito do Direito das Obrigações, sem produzir efeitos jurídicos familiares²⁶², nos ditames do art. 1.727 do CC²⁶³.

Nesta visão, toda e qualquer relação concubinária, em caso de dissolução por vontade das partes ou morte de um dos concubinos, continuou regrada pelos ditames da sociedade de fato, pela qual o concubino e a concubina partilham, exclusivamente, o patrimônio adquirido em esforço comum, desde que provado.²⁶⁴

²⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 437.

²⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 437.

²⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 438.

²⁶³ Art. 1.727, do CC – “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

²⁶⁴ Art. 1.727, do CC – “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Quanto ao tema, há diversos questionamentos e divergências doutrinárias a serem pincelados neste trabalho, por se tratar de relacionamentos poligâmicos. Entretanto, sem a pretensão de uma resposta, ou delongas sobre o assunto, ainda é cogente perguntar: Se a família é instrumento de realização do indivíduo e, em um lar “concubinário” existe o consenso, o afeto, a solidariedade e o compartilhar de vida entre seus membros, é justo que sejam classificadas como relacionamentos negociais que não merecem direitos tais como outras famílias? As famílias simultâneas deixam de ser família, tão somente pelo estatuído no art. 1.727, do CC? As famílias simultâneas podem ser classificadas como concubinárias?

Ora, por todo o construído, tem-se que todas as famílias devem ser protegidas independentemente de seu formato²⁶⁵. E, nesse pensamento de equidade, elevação da dignidade da pessoa humana, liberdade e reconhecimento das famílias plurais, é que desde 05/05/2011, duas pessoas de sexos iguais podem se unir como família, em união estável ou casamento, nos ditames do julgamento simultâneo da ADI 4277 e ADPF 132²⁶⁶.

Como demonstrado, pela leitura exclusiva do art. 1.723, do CC, a união estável era possível somente para “o homem e a mulher”. Contudo, o Ministro Relator Ayres Britto, sustentou em seu decisório que não oportunizar a união estável às pessoas de igual sexo, afronta diretamente o art. 3º, IV, da CF²⁶⁷, promovendo tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa. Ademais, destacou que um dos fundamentos da Constituição Federal é a “plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural”, que em outras palavras serve, a partir do conceito da democracia substancial, à respeitável convivência dos contrários.²⁶⁸

Outrossim, Britto esclarece que a nossa “Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.”²⁶⁹

Deste modo, atendendo aos anseios sociais, o STF decidiu pela não discriminação e valorização da pessoa humana, devendo o art. 1.723, do CC ser submetido à Constituição, para

²⁶⁵ O conceito de família simultânea e suas divergências da família poliafetiva foram demonstradas no tópico 2.5.

²⁶⁶ BRASIL. Stf. ADPF 132. Relator: MINISTRO AYRES BRITTO. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. ADPF 132- Voto. Brasília, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 08 mar. 2021.

²⁶⁷ Art. 3º, CF - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁶⁸ BRASIL. Stf. ADPF 132. Relator: MINISTRO AYRES BRITTO. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. ADPF 132- Voto. Brasília, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 08 mar. 2021, p.24-25.

²⁶⁹ BRASIL. Stf. ADPF 132. Relator: MINISTRO AYRES BRITTO. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. ADPF 132- Voto. Brasília, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 08 mar. 2021, p.41

reconhecer a união estável entre homossexuais, segundo iguais regras estabelecidas às uniões heterossexuais.

Por tais considerações, se as famílias homossexuais têm direito de constituir união estável sem qualquer impedimento legal, de acordo com leitura constitucional do Código Civil, por que as famílias poliafetivas, relacionamento entre três ou mais pessoas, consensual, contínuo, duradouro e com animus de constituição de família, não poderiam usufruir de igual direito?

Ora, distanciados os impedimentos da diversidade sexual e da “pessoa casada”, não há argumentos lógicos para responder tal questionamento que justifique afastar o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, há aqueles que tentam utilizar o dever de lealdade e fidelidade como impedimentos a esta união, motivo pelo qual, há necessidade de esclarecer quanto aos arts. 1.724 e 1.566 do CC.

Lôbo pontua que o dever de fidelidade decorre do art. 1.566, do CC e está delimitado, exclusivamente, para o casamento. Já o dever de lealdade, art. 1.724, do CC, é o regramento aplicado à união estável. Neste sentido, assegura que, além da “vida em comum no domicílio conjugal”²⁷⁰, os “companheiros estão dispensados do dever de fidelidade”.²⁷¹

Em análogo entendimento, Dias traz que não há sentido para o ter substituído a fidelidade por lealdade, se assim, não os quisesse distinguir. Segundo a primeira Desembargadora do Tribunal do Rio Grande do Sul, na união estável inexistente obrigação de ser fiel.²⁷² “E, se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viver juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas. Assim, nada impede o reconhecimento de vínculos simultâneos”.²⁷³

Ao contrário, Farias e Rosenvald advertem: apesar da fidelidade não estar prevista para a união estável, encontra-se, perfeitamente, inserida no conceito de lealdade²⁷⁴. Inclusive Azevedo, em semelhante raciocínio, esclarece que “a lealdade é gênero de que a fidelidade é

²⁷⁰ Art. 1566, II, do CC

²⁷¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 8 ed. v. 5 São Paulo: Saraiva, 2018, E-book. ISBN 978854722909, p. 98.

²⁷² “Reconhecimento de união estável c/c dissolução. Convivência duradora, pública e com o intuito de constituição de família. Requisitos que autorizam a outorga da proteção legal pretendida. Infidelidade do varão que não possui o condão de afastar a legitimidade da união, nem obstar o seu reconhecimento. Affectio societatis demonstrado. Sentença integralmente mantida para reconhecer a união estável havida entre a autora e o falecido, nos oito anos anteriores ao falecimento deste. Recurso conhecido e improvido.” (TJSE, AC 2012215109, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Maria Aparecida Santos Gama da Silva, j. 17/09/2012).

²⁷³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 423.

²⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p. 466.

espécie”.²⁷⁵ Por fim, J. M. Leoni Lopes de Oliveira completa que a união estável “que procura em tudo imitar o casamento, também tem como característica a fidelidade dos conviventes”, entretanto, o seu significado é ampliativo e engloba, para “além da fidelidade recíproca, o respeito, a deferência, a estima, a amizade, o afeto. Essa característica é que dá seriedade e valoração ética à união estável”²⁷⁶.

Diante de divergentes pensamentos quanto a obrigatoriedade do dever de fidelidade às famílias constituídas pela união estável, assim como às casamentárias, pontua-se que tal regramento, “no atual estágio do direito brasileiro, confinou-se ao plano da consciência moral, uma vez que é destituído de consequências jurídicas”.²⁷⁷ Além disso, a fidelidade não possui qualquer relação com a monogamia matrimonial, que trata tão somente acerca dos impedimentos dos casados em constituir novo matrimônio com um já em vigência²⁷⁸.

Destaca-se que o dever de fidelidade, assim como o respeito, afeto, carinho, amizade e sexo, são próprios da liberdade e da intimidade de cada pessoa ou núcleo familiar. Assim, não compete ao Estado interferir em ambiente privado, composto por pessoas capazes e maiores. Entretanto, se lealdade é termo geral e fidelidade for dever aplicado à união estável, no que concerne às famílias poliafetivas, não haverá senões, pois como bem ilustra Déborah Anapol, psicóloga especialista no movimento poliamor, tais núcleos estão fundados na confiança, na dignidade e no respeito, onde todos os integrantes são aceitos uns pelos outros, sendo ausente a imposição; na fidelidade e lealdade do relacionamento, pelos quais acordos são realizados em família e, assim devem ser cumpridos; no apoio recíproco, em que cada companheiro deve se abster de prejudicar o outro, mantendo o bem-estar de todos; na comunicação e negociação, pelos quais os integrantes possuem mecanismos para solucionar eventual violação de acordo familiar; e enfim, a não possessividade, que expressa a ausência de ciúmes entre os parceiros.²⁷⁹

Como destacado, a família poliafetiva é, assim, como qualquer outra família, constituída pelos laços do afeto, da confiança e do compartilhar da vida entre seus membros. Deste modo, havendo publicidade, continuidade com *animus familiae*, sua unidade de fato resta configurada, independentemente da lavratura de registro declaratório de união poliafetiva.

²⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. ISBN 9788553609673, p. 247.

²⁷⁶ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.111.

²⁷⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 8 ed. v. 5 São Paulo: Saraiva, 2018, E-book. ISBN 978854722909, p. 99.

²⁷⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 8 ed. v. 5 São Paulo: Saraiva, 2018, E-book. ISBN 978854722909, p. 99.

²⁷⁹ ANAPOL, Deborah. Polyamory in the 21st century: love and intimacy with multiple partners. Estados Unidos: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

Todavia, com a finalidade de mantê-las afastadas de qualquer caracterização como família, bem como dirimir a formalização destas perante o Estado, nos ditames do art.115, da Lei de Registro Públicos²⁸⁰, muitos utilizam o argumento da ofensa à ordem pública, para considerar o registro da união civil poliafetiva ilegal.

Conquanto, não é razoável acolher que seja ofensa à ordem pública, declarar, perante um tabelião, que em consenso e com a presença dos requisitos do art. 1.723, do CC, se vive em família. Ora, a união poliafetiva não se origina de modo registral, mas acontece de modo evolutivo, no mundo dos fatos, assim como as famílias monogâmicas. O instrumento público é, ou era, como visto o disposto pelo CNJ no ano de 2018, mera faculdade e descrição da realidade fática.

Nessa concepção, em relação à legalidade e a possibilidade dos registros declaratórios de união estável, o art. 6º, da Lei nº 8.935, observa a competência dos notários para “formalizar juridicamente a vontade das partes”, dando autenticidade ou “redigindo instrumento adequado” de declaração. Destarte, o tabelião não poderá recusar a cumprir seu dever, mas tão somente demonstrar as partes declarantes, a carência de legislação infraconstitucional e a possibilidade de apreciação judicial do tema no futuro.

Ademais, traz o art. 5º, x, da CF: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas..." e, também o art. 1513, do CC: "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

Portanto, considerando o Estado Democrático de Direito e que família é conceito plural e indeterminado²⁸¹, nos ditames do art. 226, da CF, é plenamente possível às famílias poliafetivas constituírem união estável, na regra do art. 1.723, do CC, podendo inclusive usufruir da extensão de direitos da união estável monogâmica, a fim de que se assegure seus integrantes pela concretização dos princípios constitucionais da dignidade humana, da pluralidade familiar, da solidariedade, da liberdade e do não retrocesso social.

3.4 O casamento poliafetivo

²⁸⁰ Art. 115, da Lei nº 6.015 - “Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes”

²⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.58.

Inicialmente, antes de adentrarmos na possibilidade ou não do matrimônio poliafetivo, faz-se essencial trazer a conceituação, a finalidade, a natureza jurídica e as características do casamento.

Curiosamente, de forma simbólica, Adão e Eva, personagens bíblicos, representam para os cristãos a origem do casamento:

...e da costela que o Senhor Deus tomou do homem, formou uma mulher: e trouxe-a a Adão. E disse Adão: Esta é agora osso de meus ossos, e carne da minha carne: esta será chamada varoa, porquanto do varão foi tomada. Portanto, deixará o varão o seu pai e a sua mãe e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma carne.²⁸² (Gênesis 2: 21 a 24).

Ao longo do tempo, diversos autores, outrossim, trouxeram suas definições: Gotthold Ephraim Lessing, alemão, poeta, filósofo, considerado um dos maiores representantes do iluminismo, afirmou que o casamento é a “a grande escola fundada pelo próprio Deus para a educação do gênero humano”. Johann Wolfgang von Goethe, alemão, polímata e escritor, complementa: é a “base e o coroamento de toda cultura”. Já Arthur Schopenhauer, alemão, filósofo do século XIX, em ironia traz que o matrimônio significa “perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres”, sendo “um pacto inoportuno e obsceno”. Enfim, William Somerset Maugham, francês, dramaturgo, romancista e escritor de contos britânico, erude trata-se “de uma ridícula instituição dos filisteus²⁸³”.²⁸⁴

Em perspectiva jurídica, Pontes de Miranda elege o casamento como “a regulamentação social do instinto de reprodução”.²⁸⁵ Em semelhante compreensão, Washington de Barros Monteiro reconhece o matrimônio como “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.²⁸⁶

Entretanto, apesar do elencado pelos ilustres autores, deve-se ressaltar que o casamento não se resume à procriação de filhos. À luz dos ditames constitucionais da dignidade da pessoa

²⁸² BÍBLIA. Gênesis. Português. *In*: A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969, Cap. 2, vers. 21 a 24.

²⁸³ “Os filisteus começaram como migrantes, vindos do ocidente, que se estabeleceram em Ascalão no século XII a.C”. Pela Bíblia, “os filisteus lutaram contra os seus vizinhos israelitas, chegando a ter a Arca da Aliança durante algum tempo. Os seus representantes na Bíblia incluem o gigante Goliás, que foi abatido pelo rei David, e Dalila, que roubou o poder a Sansão quando cortou o seu cabelo.” Aren Maeir, arqueólogo, os denomina como “entrelaçados” ou grupo “transcultural” composto por povos de várias origens - DNA antigo pode revelar a origem dos filisteus (PORTUGAL, 2019).

²⁸⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 37. ed São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

²⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito de família. Campinas: Bookseller, 2001. v. I e II, p. 85.

²⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 37. ed São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

humana, da igualdade e da pluralidade familiar, é preciso reconhecer a veracidade do casamento, afastando elementos imaginários, como a procriação.²⁸⁷

Ora, o livre planejamento familiar é garantido constitucionalmente e em nada se relaciona com o matrimônio. O próprio sistema de direito positivo, através do Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê a adoção por pessoas não casadas, o que deixa evidente a inexistência de relação entre o casamento e a origem de descendentes.²⁸⁸

O casamento é comunhão de vida e, havendo rompimento do vínculo afetivo, não há que se perpetuar a ideia de indissolubilidade, podendo ser dissolvido pelo divórcio, por vontade de um ou de ambos os cônjuges. Assim, do direito de casar há de decorrer o direito de descasar, o qual é garantido constitucionalmente.²⁸⁹

Por conseguinte, é necessário desassociar o casamento da religião, pois ainda que o texto bíblico de Gênesis, traga a figura, de forma simbólica, do matrimônio entre um homem (Adão) e um mulher (Eva), como modelo a ser seguido, de acordo com o preceito constitucional previsto no art. 19, da CF, o Brasil é um país laico, o que torna impossível conectar o casamento civil aos requisitos e formalidades de qualquer estrutura religiosa.²⁹⁰

Desse modo, desde 2011, pelo julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, foi reconhecida a natureza familiar das uniões homossexuais e eliminado o requisito da diversidade de sexos para a constituição do casamento. Assim, com fundamento na solidariedade, no respeito, na dignidade humana e na liberdade, admitiu-se o casamento homoafetivo, e o registro daquele que fora celebrado, entre pessoas de igual sexo, no estrangeiro.²⁹¹

O art. 1.511 do CC estabelece que o casamento é a “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Assim, diferentemente do matrimônio da família patriarcal demonstrado no capítulo um, o casamento contemporâneo não faz diferenciação entre o homem e a mulher, o que torna ambos detentores de isonômicos direitos e deveres.²⁹²

²⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.144.

²⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.144-145.

²⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.145.

²⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.145.

²⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.145.

²⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.147.

Enfim, considerando a valorização do ser humano, casamento é “uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial.”²⁹³

Esclarecido o conceito e a finalidade do casamento, há três teorias distintas quanto a sua natureza jurídica. A primeira traz o casamento como um negócio jurídico. José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, explicam a natureza negocial como decorrente do elemento volitivo, quer seja para sua constituição ou para sua continuidade, sendo faculdade das partes a escolha do regime de bens, bem como a mudança de nome.²⁹⁴

A segunda teoria atribui ao casamento natureza institucional. Neste sentido, Monteiro e Maria Helena Diniz observam que o casamento é uma instituição social²⁹⁵ que se origina da vontade dos contraentes, mas que pela autoridade da lei possui sua forma, normas e efeitos.²⁹⁶ Assim, nesta teoria, o casamento em nada tem a ver com negócios jurídicos, mas tão somente reflete parâmetros estabelecidos pelo legislador, “constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado”.²⁹⁷

Por fim, pela terceira teoria, tem-se que o casamento possui natureza mista ou eclética, e nas palavras de Silvio Rodrigues: “assume a feição de um ato complexo”, dependendo da manifestação de vontade dos nubentes, bem como da celebração que é ato privativo do Estado.²⁹⁸ Desta forma, tal concepção promove a conciliação entre a primeira e a segunda teoria, considerando o casamento ato impregnado por características contratuais e institucionais.²⁹⁹

Em decorrência do vigor da Lei nº 11.441/07, estabeleceu-se a possibilidade da dissolução conjugal via procedimento administrativo cartorário, restou evidente o defendido pela primeira teoria, que é majoritária, sendo a natureza jurídica do casamento contratualista, isto é, para sua formação e extinção basta unicamente a vontade das partes. salienta-se que o

²⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.146.

²⁹⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de direito de família.3. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 125.

²⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 23. ed. v. 5º. São Paulo: Saraiva, 2008, p.42.

²⁹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 37. ed São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

²⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.150.

²⁹⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.22.

²⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.150.

casamento é um “negócio jurídico especial, de índole familiar, não se submetendo, diretamente, a todas as regras do direito contratual, em face de sua estruturação existencial. Assim, por exemplo, não incidem no casamento as regras sobre o equilíbrio econômico e financeiro do contrato (CC, arts. 317 e 478)”.³⁰⁰

Quanto às características do casamento, estas são identificadas pela leitura do art. 226, art. 226, §§ 1º e 2º da CF, do art. 1.511 e seguintes do CC, e pela orientação fixada pelos Tribunais Superiores³⁰¹, são eles: caráter personalíssimo e livre da escolha dos nubentes; solenidade da celebração; inexigência de diversidade de sexos; inadmissibilidade de submissão a termo ou condição; estabelecimento de uma comunhão de vida; natureza cogente das normas que o regulamentam; estrutura monogâmica; e dissolubilidade, de acordo com a vontade das partes.³⁰²

Diante de tais elementos característicos, é interessante abordar, exclusivamente referente à monogamia, que é considerada um dos entraves ao casamento poliafetivo. Sabe-se que a origem deste elemento advém do impedimento previsto no art. 1.521, VI, do CC³⁰³, o qual decorre da tipificação do crime de bigamia pelo art. 235, do Código Penal³⁰⁴.

Neste caminho, Rafael da Silva Santiago explica tratar-se de leis infraconstitucionais que devem ser voltadas à promoção dos valores da pessoa humana e à proteção do arranjo familiar, se submetendo aos preceitos da Constituição.³⁰⁵

Além disso, Maria Berenice Dias observa que a monogamia, apesar de possuir valor jurídico, não passa de um sistema de regras morais de uma sociedade que, em sua maioria, é monogâmica. Contudo, a maioria não é a totalidade. Deste modo, com base no Estado Democrático de Direito, no entendimento da família como instrumento de realização do indivíduo, não há motivos para considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a própria Constituição não lhe trata como tal.³⁰⁶

³⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.151.

³⁰¹ STF, Ac. Unân. Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.2011, DJe 14.10.2011, e STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.183.378/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.10.2011 (Casamento e União Estável Homossexual).

³⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.151.

³⁰³ Art. 1.521, do CC – “Não podem casar: VI - as pessoas casadas”;

³⁰⁴ Art. 235, do CP - 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.

³⁰⁵ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 215.

³⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 70-71.

Conquanto a monogamia tenha valor para impedir o casamento de pessoas que possuam outro vínculo matrimonial em vigor, o que por esta autora não pode ocorrer em razão dos preceitos constitucionais, há que enfatizar que nenhum dos citados regramentos do Código Civil e do Código Penal se aplicam, de fato, às famílias poliafetivas, objeto deste estudo.

Como já demonstrado no item 3.1, o núcleo poliafetivo é aquele formado por três ou mais pessoas, homens e ou mulheres, que de modo interativo, se constituem em família pela solidariedade, reciprocidade, companheirismo, afeto e cuidado, como as demais famílias expressamente inculpidas no texto constitucional. Portanto, pessoas (solteiras, viúvas ou divorciadas), que não possuem qualquer casamento em vigência, pela vontade de todos os envolvidos, podem se casar e ter reconhecida sua família perante o Estado e a sociedade, independentemente do número de componentes, sem prejuízo do elencado pelos arts. 1.521, do CC e 235, do CP.³⁰⁷

Por esse caminho, há que trazer igualmente sobre a possibilidade de conversão da união estável poliafetiva em casamento civil, em detrimento da validade de suas escrituras públicas declaratórias.

É cediço desde o julgamento do Recurso Extraordinário 878694, pelo qual se discutiu a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC, não haver o que se falar em diferenciação de direitos entre os cônjuges e companheiros para fins sucessórios.

Pelo caso concreto, o decisório de primeira instância do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu ser a companheira do falecido, herdeira universal dos bens do casal, dando igual tratamento do casamento a união estável. Assim, em sede de recurso, a segunda instância reformou a decisão inicial, decidindo por oferecer a companheira do falecido somente um terço dos bens adquiridos pelo casal, particionando o restante entre os irmãos do falecido, com fulcro na constitucionalidade do art. 1.790 do CC³⁰⁸.

Irresignada com tal decisão, a companheira interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, argumentando que a Constituição Federal de 1988 não trouxera diferenças entre as famílias constituídas pela união estável e as por casamento, o que significa que ambas deveriam receber igual proteção e garantia do Estado.³⁰⁹

³⁰⁷ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 215.

³⁰⁸ BRASIL. STF. RE: 878694 MG. Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 16/04/2015, Data de Publicação: DJe-092 19-05-2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020, p. 1-3.

³⁰⁹ BRASIL. STF. RE: 878694 MG. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 16/04/2015, Data de Publicação: DJe-092 19-05-2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020, p. 4.

Por conseguinte, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, acompanhado dos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fuz, Celso de Mello, Carmén Lúcia e Teori Zavascki, votou pela procedência do recurso, assentando a tese de que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.³¹⁰

Assim, o artigo 1.790, do CC é inconstitucional por afrontar os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da vedação do retrocesso social. Ademais, não encontra harmonia com a constituição, visto que as famílias são formadas por pessoas que são titulares de iguais direitos individuais e fundamentais, razão pela qual não faz sentido tratá-las de modo desigual pelo arquétipo familiar a que pertencem.³¹¹

Em pensamento análogo, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald explicam que:

Ora, seja o casamento, seja a união estável, seja qualquer outro modelo de família, é certo que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o afeto. E não se justifica, por certo, discriminar realidades idênticas – todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena dos seus componentes.³¹²

Desta forma, tanto a união estável como o casamento, monogâmico ou poliafetivo, são instituições familiares formadas por pessoas titulares de iguais direitos individuais e fundamentais, não havendo dúvidas quanto o dever do Estado de tutelar os membros de cada núcleo familiar, considerando a instrumentalidade da família para promover e desenvolver o ser humano, independentemente de seu formato ou local de identificação que ocupa os seus indivíduos, no caso, cônjuge ou companheiro.

Assim, não pode o Estado e a sociedade se esquivar da realidade da pluralidade familiar, destaca-se da não-monogamia escondendo-se por trás de regramentos exclusivos, que não espelham, de modo democrático, o cotidiano de diversos núcleos familiares e tampouco o previsto pelos princípios constitucionais.

Portanto, considerando a validade das escrituras públicas de união estável poliafetiva, entende-se plenamente possível a sua conversão em casamento, sem a configuração de qualquer impedimento ou crime, devendo o poder público garantir a proteção de todo e qualquer núcleo

³¹⁰ BRASIL. STF. RE: 878694 MG. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 16/04/2015, Data de Publicação: DJe-092 19-05-2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020, p. 33.

³¹¹ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 212-213.

³¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015, p.428.

familiar no qual se encontre reciprocidade, afeto, cuidado, solidariedade, dependência emocional e ou financeira.

3.5 Monogamia: valor ou princípio?

O termo monogamia vem do latim *monogamus*, um casamento, e exprime o relacionamento por duas pessoas de gêneros iguais ou diferentes: homem e mulher, homem e homem ou mulher e mulher.³¹³ Isto é, na monogamia tem-se a existência de um único parceiro conjugal afetivo, pressupondo a exclusividade.³¹⁴

Considerando o previsto no capítulo um, sabe-se que, no Brasil, desde a colonização a monogamia foi arquétipo impositivo da religião cristã, com a finalidade de infundir na sociedade, que à época era classificada pelos colonos como “selvagem”, a “ordem” e a “civilidade” através do matrimônio indissolúvel, patriarcal e heteronormativo, comum aos europeus.³¹⁵

Diante da valorização dos direitos fundamentais, pela vigência da Constituição Federal de 1988, bem como pela instituição do Estado Democrático de Direito, foi possível questionar juridicamente a importância da monogamia para a formação das famílias.

Dessa forma, para além do reconhecimento das famílias poliafetivas, visando os fatos sociais e os primados constitucionais, tem-se as seguintes indagações: A monogamia é um princípio estruturante do Direito das Famílias ou um valor jurídico-social? Pelo princípio da dignidade humana, pode o Estado impor às pessoas viver um relacionamento monogâmico? Se a monogamia for princípio é impreterível a todas as famílias?

Diante de tais problemáticas Robert Alexy³¹⁶ sustenta que princípios são “mandamentos de otimização”, e em um caso concreto, como o reconhecimento jurídico das famílias poliafetivas, podem entrar em colisão, sendo a solução do conflito a ponderação, pela qual um princípio precederá ao outro. E observa que “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.³¹⁷

³¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 461.

³¹⁴ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. Revista *Duc In Altum* Cadernos de Direito, Recife, v. 7, n. 13, p.54-99, set-dez. 2015. Quadrimestral. Disponível em: <https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/download/15/15>. Acesso em: 08 fev. 2021, p. 68

³¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento. Vol. I. Curitiba: Juruá Editora, 1991, p. 132.

³¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.85.

³¹⁷ ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v.16, n. 2, 2003, p.136.

Marcelo Campos Galuppo aborda que a solução proposta por Alexy quando há colisão de princípios é a hierarquização destes. Entretanto, explica que esta hierarquia não é absoluta, mas somente quando se trata de um caso concreto.³¹⁸

Para Ronald Dworkin³¹⁹, os princípios são normas que podem ser respeitadas ou não. Contudo, em pensamento diverso ao de Alexy, em caso de conflitos, tem por solução a aplicação apenas de um princípio, sem hierarquizar ou excluir os demais do ordenamento jurídico. Além disso, sustenta a existência comunidade principiológica aberta, a qual envolve-se em conflitos e os soluciona através da interpretação do Direito com integridade.³²⁰

Portanto, segundo Galuppo, a teoria da ponderação, proposta por Alexy, somente poderá ocorrer se os princípios forem concebidos como valores, os quais, em suma, podem ser objeto de mensuração e hierarquização, podendo ser mais ou menos aplicados em casos concretos.³²¹

Nesta perspectiva, Ana Carolina Brochado Teixeira explica que “valores são escolhas éticas que se fazem para nortear a vida ou, pelo menos, parte dela, visto que podem ser mutáveis”³²². Possuem relevância pelo poder de determinar o trilhar de uma sociedade quanto ao seu perfil filosófico, sociológico, político e jurídico.³²³

Já os princípios são normas jurídicas de conteúdo aberto, constituídos por diretrizes de comportamentos, devendo sua interpretação estar em consonância aos valores da época. Não se compõem de normas de perfeita adequação ao caso concreto, não se adaptando ao esquema puro e simples da subsunção³²⁴, o que obriga ao intérprete da lei a necessidade do exercício da hermenêutica, a fim de conferir conteúdo à determinado princípio.³²⁵

³¹⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul. 1999. Trimestral. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/514>. Acesso em: 13 mar. 2021, p. 194.

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 217 e 272.

³²⁰ “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

³²¹ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul. 1999. Trimestral. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/514>. Acesso em: 13 mar. 2021, p. 195.

³²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.62.

³²³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.62.

³²⁴ “Define-se como subsunção esta chamada segunda etapa do processo hermenêutico, pela qual se opera a incidência da norma ao fato concreto. O intérprete se restringiria, nesta etapa, a reconduzir o fato social à previsão genérica e abstrata, estabelecendo-se, assim, falsa perspectiva binária entre o Direito e a realidade social, e circunscrevendo-se a aplicação do direito ao mero enquadramento do fato (localizado no plano fenomenológico do mundo real) à disposição normativa (localizada no plano deontológico do direito)” (TEPEDINO, 2021, p.74)

³²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.63-64.

Luiza Helena Messias Soalheiro destaca que tal diferenciação é bastante relevante quando se trata da interpretação das normas, pois considerar valores como princípios, é instituir como regra um determinado conjunto de axiomas para toda uma sociedade, desconsiderando a possibilidade de escolhas diferentes dos seus indivíduos. Repisa-se, é uma forma de “imposição de um valor sobre todos, mesmo àqueles que não o elegeram”.³²⁶

Neste sentido, César Fiúza e Luciana Poli trazem que a elevação da monogamia ao status de princípio é “perpetuar o que o texto constitucional não disse”. Além disso complementam:

Princípios têm conteúdo normativo; pertencem ao plano deôntico e possuem tons de coercibilidade; importam um dever ser, que propõe uma avaliação de lícito ou ilícito. Pode-se impor a alguém a constituição de laços únicos de afeto? Deve-se abandonar conquistas históricas, como a atribuição de culpa na separação e seus nefastos efeitos? Seria matéria de Direito preconizar a imposição de um determinado estilo de vida ou limitar os elos afetivos?³²⁷

Considerar a monogamia como princípio jurídico é impor a toda uma sociedade uma única forma de amor, de relacionamento e de formação familiar, estando os diferentes à margem social, o que significa a exclusão de indivíduos da convivência igualitária, a afronta a liberdade de escolha e a sua autonomia privada.

Isto posto, monogamia é “uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas”³²⁸, o que nos leva a conceituação de Alexy quanto às normas regras: são aquelas que “prescrevem uma consequência jurídica definitiva”, a julgar pela satisfação de pressupostos. Elas “ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva”, sendo consideradas pelo autor como “mandamentos definitivos”.³²⁹

Pontua-se que a resolução de conflitos entre normas regras, na visão de Alexy, ocorre por meio da subsunção³³⁰.³³¹ Na hipótese de convergência entre norma princípio e norma regra,

³²⁶ SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. *Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 67.

³²⁷ FIÚZA, CESAR; POLI, Luciana Costa. *Famílias plurais o Direito Fundamental à família*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 151 -180, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730>>. Acesso em 12 out 2016, p.166.

³²⁸ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 05.

³²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p.85.

³³⁰ “Define-se como subsunção esta chamada segunda etapa do processo hermenêutico, pela qual se opera a incidência da norma ao fato concreto. O intérprete se restringiria, nesta etapa, a reconduzir o fato social à previsão genérica e abstrata, estabelecendo-se, assim, falsa perspectiva binária entre o Direito e a realidade social, e circunscrevendo-se a aplicação do direito ao mero enquadramento do fato (localizado no plano fenomenológico do mundo real) à disposição normativa (localizada no plano deontológico do direito)”. (TEPEDINO, 2021, p.74)

³³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p.85.

Virgílio Afonso da Silva³³² explica que sopesá-los é destruir a ideia de direitos definidos, o que afastaria, sem perder a validade, regras aplicáveis e válidas.

Ademais, observa que tal resolução deve ocorrer no plano da validade. Assim, caso um princípio ceda a uma regra, aquele deverá ser expelido do ordenamento jurídico³³³. Feita tal observação, poderia a regra monogamia, expelir do ordenamento jurídico algum princípio? O da dignidade humana não.

Para mais, Silva ainda propõe uma possível solução no caso de conflitos entre princípios e regras, seria o sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio no qual se baseia a regra. Contudo, alerta para as problemáticas da insegurança jurídica e do ativismo judicial.³³⁴

Perante todo explicitado tem-se que o valor monogamia está longe de ser um princípio constitucionalmente amparado ou um princípio orientador do Direito das Famílias pós-moderno, considerando a valorização da pessoa, da liberdade, da autonomia privada, da afetividade, da pluralidade familiar, da igualdade substancial e dos preceitos democráticos.

Por mais que se tenha como posicionamento que monogamia é valor sociojurídico, há aqueles que a consideram princípio. Em recente decisão do STF, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, acompanhado dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Nunes Marques e Luiz Fux, considerou a monogamia princípio que se esteia no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Tal entendimento foi utilizado para denegar o reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas que buscavam direitos previdenciários de pensão por morte do componente em comum de ambas as famílias.³³⁵

Rodrigo da Cunha Pereira conquanto entenda que a monogamia deve ser definida como princípio, explica que esta deve ser “sopesada e ponderada com o macroprincípio da dignidade humana, para efeitos de atribuição de direitos” às famílias poliamorosas³³⁶, o que inclui a família poliafetiva. Outrossim, realça que “essa ponderação de princípios é necessária para que

³³² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51

³³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51

³³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52

³³⁵ BRASIL. STF - RE: 1045273 SE, Recurso extraordinário. repercussão geral. tema 529. constitucional. previdenciário. pensão por morte. rateio entre companheira e companheiro, de uniões estáveis concomitantes. impossibilidade. Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 21/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/04/2021.

³³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: Ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.319.

não se repitam as injustiças históricas de exclusão de determinadas pessoas e categorias de laço social ao condená-las a invisibilidade”.³³⁷

Enfim, independente da qualificação da monogamia como valor ou princípio, sobretudo não é argumento para impedir a formação das famílias poliafetivas, haja vista todos os mecanismos de proteção oferecidos pela Constituição, através de princípios expressos e implícitos, os quais restarão demonstrados no capítulo quatro.

3.6 O bloqueio institucional que compromete a efetividade dos direitos das famílias poliafetivas

Transcorridos mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, tem-se evidenciado o caráter mítico da afirmação de que a mera proclamação dos direitos fundamentais teria o condão de, por si, determinar a transformação social.

Ora, é fato que a aplicabilidade de tais direitos, em sua maioria, depende da atuação do poder legislativo ou executivo, para que sua instrumentalização ocorra. Entretanto, o que se evidencia é a necessidade da intervenção de instituições diversas para o alcance do que já fora assegurado pela Carta da República, sendo identificada a materialização de bloqueios de qualquer natureza, os quais comprometem a efetividade do direito e, no caso do Direito das Famílias, impõe a indignidade às pessoas e aos seus núcleos familiares.³³⁸

Observa-se que o bloqueio institucional na efetivação de direitos fundamentais se dá, normalmente, associado à omissão, inércia ou inadequação do agir pelo legislativo ou administrativo. Vanice Regina Lírio do Valle explica que a morosidade legislativa, problemática que atinge diretamente a sociedade, pode ocorrer em face de “pontos cegos”, pela “ausência de percepção da necessidade em si de intervenção legislativa”, ou também pelo “juízo de ponderação empreendido por esse mesmo poder em relação aos ônus da inércia”.³³⁹

³³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015. p.319.

³³⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. 2016. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239478/VaniceValle_Estadodecoisasinconstitucionalebloqueiosinstitucionaisdesafiosparaaconstrucaodarespostaadequada.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021, p.2.

³³⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. 2016. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239478/VaniceValle_Estadodecoisasinconstitucionalebloqueiosinstitucionaisdesafiosparaaconstrucaodarespostaadequada.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021, p.6.

Destaca que o “*blind spot*” decorre da carência de dispositivo expresso no sentido de legiferar ou, de outro modo, de disciplina legal que considera suficiente ou adequada a determinados casos, não havendo que se falar em inércia reprovável.³⁴⁰

Já o “*burden of inertia*”, traduz conteúdo de vontade, pelo qual o poder legislativo, de modo estratégico, diga-se, ponderação relacionada ao ônus político, resolve pelo não enfrentamento de pautas controversas e não assentadas totalmente no âmbito da sociedade³⁴¹. Além disso, é importante ressaltar o impasse na conciliação de interesse das duas casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, que em tensão pela ausência de negociação e temperamento recíproco nas propostas, ou seja, ausência de consenso mínimo, acabam por instituir os referidos bloqueios.³⁴²

No âmbito do poder executivo, o bloqueio institucional pode se dar pela falta de identificação da precisão de deliberar acerca de certo tema em razão do seu ineditismo. Quanto à aferição política relacionada ao ônus da inércia, Valle observa: “é indiscutível que aconteça também no âmbito administrativo, especialmente em órgãos mais agudamente sujeitos a esse tipo de injunção pela natureza mesmo das funções que desempenham”³⁴³.

No tocante a carência de consenso, esta é um dos motivos da intensidade paralisadora do poder executivo, pois segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pela lógica tradicional a especialização funcional preside as decisões de estruturação da administração pública³⁴⁴.

Por derradeiro, Valle cogita o bloqueio institucional, pela complexidade das tarefas propostas à Administração Pública por seus diversos órgãos, o que em tempos de sociedade de risco e de princípio da precaução, gera a ausência de decisão pela imobilidade de uma ou diversas instituições, que carecem dos atributos essenciais à formulação do decisório.³⁴⁵

³⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. 2016. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239478/VaniceValle_Estadodecoisasinconstitucionalebloqueiosinstitucionaisdesafiosparaaconstrucaodaespostaadequada.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021, p.6-7.

³⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. 2016. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239478/VaniceValle_Estadodecoisasinconstitucionalebloqueiosinstitucionaisdesafiosparaaconstrucaodaespostaadequada.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021, p.7.

³⁴² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. 2016. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239478/VaniceValle_Estadodecoisasinconstitucionalebloqueiosinstitucionaisdesafiosparaaconstrucaodaespostaadequada.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021, p.7.

³⁴³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. 2016. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239478/VaniceValle_Estadodecoisasinconstitucionalebloqueiosinstitucionaisdesafiosparaaconstrucaodaespostaadequada.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021, p.7.

³⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 73.

³⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 73.

Considerando todo exposto, há que trazer que no cenário brasileiro, diversos temas acerca do Direito da Família, encontram-se paralisados sem qualquer decisão pelo poder legislativo, aguardando o debate e a possibilidade de aprovação. Um deles é o Projetos de Lei nº 3.369/2015, de autoria do Deputado Orlando Silva (PCdoB), denominado Estatuto das Famílias do Século XXI, pelo qual pretendia-se o reconhecimento de família de “qualquer forma digna e amorosa de reunião familiar, independentemente de critérios de gênero, orientação sexual, consanguinidade, religiosidade, raça ou qualquer outro que possa obstruir a legítima vontade de pessoas que queiram constituir-se enquanto família”³⁴⁶.

Tal projeto, desarquivado no ano de 2019, foi encaminhado para a Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) e designado para aprovação pelo relator, o Deputado Túlio Gadelha (PDT-PE). Entretanto, após amplamente criticado por acolher o relacionamento entre três ou mais pessoas, bem como pelo boato³⁴⁷ que concebia o incesto, foi retirado de pauta, no dia da votação, para aprimoramento³⁴⁸. Nos bastidores, como foi noticiado pela mídia, havia grande pressão para a derrubada do projeto. Desta forma, Gadelha decidiu esperar por um momento favorável.

De modo curioso, outro projeto de lei, intitulado como “Estatuto da Família”, PL nº 6.583/2013, do Deputado Anderson Ferreira (PR-PE), que restringe o conceito de família à união estável ou casamento monogâmico heterossexuais, no ano de 2015 foi aprovado pela Câmara dos Deputados e segue seu trâmite para o Senado Federal³⁴⁹.

Cândice Lisbôa Alves explica que o “fechamento de pauta sobre determinados temas constitui-se como bloqueio institucional ou mesmo bloqueio político e é a possibilidade de a jurisdição constitucional destravar essas pautas”.³⁵⁰

³⁴⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.369/2015 - Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402854&filename=PL+3369/2015>. Acesso em: 21.jun. 2021.

³⁴⁷ NETTO, Paulo Roberto. Boato falso diz que projeto de lei na Câmara quer ‘legalizar o incesto’. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/boato-falso-diz-que-projeto-de-lei-na-camara-quer-legalizar-o-incesto/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁴⁸ BILCHES, William. Estatuto da família ou das famílias? Entenda a diferença e o que pode ser aprovado no congresso. Entenda a diferença e o que pode ser aprovado no Congresso. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/estatuto-da-familia-ou-estatuto-das-familias-entenda-a-diferenca/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁴⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583/2013 - Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 21.jun. 2021.

³⁵⁰ ALVES, Cândice Lisbôa. A jurisdição constitucional e o destravamento de pautas políticas e bloqueios institucionais: um início de conversa. 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-juris-dicao-constitucional-e-o-destravamento-de-pautas-politicas-e-bloqueios-institucionais-um-inicio-de-conversa>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Neste sentido, considerando que as famílias poliafetivas são minorias democráticas, bem como os bloqueios existentes, há possibilidades do trâmite e aprovação de lei que regule o seu reconhecimento jurídico, assim como seus efeitos?

Infelizmente não há respostas concretas para tanto. Contudo, é pertinente observar que diante da inação dos poderes democráticos que, por diversas vezes, não “calham” ser o *locus* de debates públicos, principalmente quando há demandas acerca de minorias, o judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, quando provocado, tem agido de modo a promover e instrumentalizar os direitos fundamentais.

Em especial, nos últimos quinze anos, mudanças sociais ocorreram por meio do controle concentrado de constitucionalidade, pelo enfrentamento do STF a desacordos morais significativos e necessários à promoção da dignidade da pessoa humana. Há exemplo houve o julgamento da ADPF 132 e ADI 4277 que possibilitou o reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas de igual sexo. Ademais, há a ADPF 54 que trouxe a possibilidade jurídica da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, como a ADI 3.510 que autoriza as pesquisas com células tronco. Por fim, a ADPF 442, que aborda a recepção ou não do aborto por nossa Constituição, aguarda decisão.

Certo é que a atuação do STF não tem agradado parte da doutrina, que pressupõe claro ativismo judicial. Neste sentido, Luís Roberto Barroso explica que:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p.3)

Entretanto, outros juristas renomados como Jeremy Waldron³⁵¹ e Cass Sunstein³⁵² se baseiam no minimalismo judicial e na conservação da divisão dos poderes na versão clássica, e defendem a impossibilidade do Poder Judiciário decidir questões políticas.

Roberto Gargarella preceitua que ao se ter decisões judiciais alinhadas com a teoria democrático-deliberativa, é possível que juízes e cortes, em determinadas situações, operem de forma minimalista ou na defesa dos direitos e dos interesses de minorias marginalizadas. Entretanto, adverte não ser bom que o judiciário seja dotado de um poder tão elevado e desbalanceado em relação aos demais poderes, para o autor seria confiar demais³⁵³.

Além disso, explica não ser justificável que um grupo de juízes, os quais “não são eleitos pelo povo, e cuja autoridade não está submetida a ratificação, nem a um estrito controle por parte daquele, seja capaz de pronunciar a última palavra diante de todo o tipo de conflitos legais fundamentais”³⁵⁴

Apesar de todo o debate acerca do ativismo judicial, para o momento, o mais importante e digno de destaque, é que sem a atuação do STF, em sede de direitos fundamentais, estaríamos presos à programaticidade de normas constitucionais, e pelos bloqueios institucionais ter-se-ia o atraso da concretização de direitos, podendo inclusive, em meados de 2021, não haver o reconhecimento do casamento e da união estável de casais homossexuais.

Percebe-se, em termos de direitos fundamentais temos alcançado mais com a atuação protetiva do STF. Assim, diante da existência de bloqueios institucionais, do legislativo e do executivo, caracterizados pela inércia ou ponderação do ônus pelo tratamento de assuntos não pacificados na sociedade e ainda pelo conflito legislativo entre Câmara dos Deputados e Senado Federal, é imprescindível que núcleos poliafetivos busquem o poder judiciário para o seu reconhecimento como família, através da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o que ficará devidamente demonstrado pelo capítulo 5.

Enfim, pelo próximo capítulo, diante do pós-positivismo, faz-se necessária a abordagem de alguns princípios constitucionais, que cumprem a função de vivificar o ordenamento jurídico, através de seu conteúdo aberto e indeterminado, os quais se inserem, outrossim, no

³⁵¹ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. 2000. Disponível em: <https://citation-needed.springer.com/v2/references/10.1023/A:1018787611194?format=refman&flavour=citation>. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁵² SUNSTEIN, Cass. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999

³⁵³ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? Perfiles Latinoamericanos, Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, 2006, p. 30.

³⁵⁴ GARGARELLA, Roberto. Del reino de los jueces al reino de los políticos. Jueces para la democracia, n. 28. Madrid: Asociación Jueces para la democracia, 1997, p. 24.

campo do Direito Civil Constitucional, servindo de esteio normativo para confirmar a possibilidade do reconhecimento jurídico dos núcleos familiares poliafetivos e seus feitos.

4. PRINCÍPIOS COMO MECANISMOS DE PROTEÇÃO DAS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS

É cediço que o pós-constitucionalismo, trouxe como centro de todo o ordenamento o texto constitucional e isso revolucionou o Direito de Família, quanto à percepção da pessoa à luz do princípio da dignidade humana.

Desta forma, o presente capítulo abordará princípios constitucionais, que também se inserem no Direito de Família, com a finalidade de demonstrar e fundamentar a proteção e o reconhecimento das famílias plurais, sobretudo, da família poliafetiva, centro deste estudo.

Para tanto, é indispensável dizer que o direito nem sempre consegue acompanhar as mudanças sociais, estando, na maioria das vezes, atrasado ao seu tempo. Desta forma, na ausência de regramento específico ou ultrapassado o intérprete da lei, frequentemente, vê-se impedido de oferecer decisão justa a um caso concreto.

Assim, por ser a Constituição Federal, o ordenamento supremo a ser observado como norte dos demais, foi possibilitado ao intérprete da lei, com base nos princípios, decidir “hard cases”, pelo instrumento da ponderação, como ensina Alexy. No entanto, inicialmente, é preciso conhecer as diferenças entre princípios e regras, para então reconhecer o alcance do primeiro.

Sabe-se que a primeira divisão entre normas regras e normas princípios foi realizada por Ronald Dworkin, em 1967, no artigo *The Model of Rules*³⁵⁵ e detalhada, por ele, em 1977, no livro *Taking Rights Seriously*³⁵⁶. Segundo o autor, as regras são aplicáveis de modo “tudo ou nada” (all-or-nothing fashion), de forma que a partir da aplicação ao caso concreto, ou a regra é válida, portanto as consequências jurídicas são aceitas, ou não é válida e de maneira alguma está apta a resolver o conflito³⁵⁷.

Destaca-se que, para Dworkin, as regras devem possuir formulação completa, ou seja, necessitam comportar, de forma integrativa, todas as suas exceções, ainda que essas últimas sejam inúmeras. Assim, na hipótese do caso concreto comportar exceção expressa, seguir-se-ia forçosamente que a regra, à qual a exceção pertence, não seria aplicável³⁵⁸.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. The model of rules. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 14, 1967.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Harvard: Harvard University Press, 1977.

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. The model of rules. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 14, 1967. p. 24.

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. The model of rules. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 14, 1967. p. 25.

Por outro lado, o jurista explica: os princípios contêm razões que recomendam um decisório, isto é, não determinam, necessariamente, a decisão judicial³⁵⁹, ainda podendo identifica neles, separadamente, o antecedente normativo com suas condições preenchidas, e a consequência jurídica³⁶⁰. Adverte ainda que não abrangem as exceções, assim como as regras, em sua formulação integral e, portanto, não podem ser aplicados de modo “tudo ou nada”.³⁶¹

Dworkin esclarece que os princípios têm uma dimensão de peso (“dimension of weight”) inexistente nas regras, o que resta claro quando na hipótese de colisão. No caso concreto, se há conflitos entre dois princípios, o que possuir maior peso relativo sobressai, trazendo uma decisão, sem que o de menor peso venha tornar-se inválido³⁶².

Diversamente, em uma colisão de regras, se duas preveem consequências jurídicas diferentes para igual ato ou fato, necessariamente, uma delas é inválida, para que exista coerência do ordenamento e critério de classificação³⁶³.

Nessa ótica Dworkin observa que, no conflito de regras há, na verdade, uma decisão sobre validade normativa, podendo ser definida pelo critério *lex posterior derogat legi priori*³⁶⁴ ou conforme a regra fundada pelo princípio de maior relevância ao caso³⁶⁵. De fato, quanto à diferenciação entre princípio e regra, ressalta-se que é possível a segunda ser considerada inválida, total ou parcial, restando subtraída do ordenamento jurídico. Contudo, o mesmo não acontece quando um princípio é preterido³⁶⁶.

Realizada tais considerações, frisa-se que a teoria da separação entre princípios e regras, de Dworkin, oportunizou a Robert Alexy, em 1985, o invento da teoria dos princípios publicada em seu livro *Theorie der Grundrechte*. Para tanto, de forma qualitativa³⁶⁷, Alexy definiu como regras as “normas que comandam, proíbem ou

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald. The model of rules. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 14, 1967. p. 25.

³⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977. p.72.

³⁶¹ DWORKIN, Ronald. The model of rules. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 14, 1967. p. 25.

³⁶² DWORKIN, Ronald. The model of rules. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 14, 1967. p. 26.

³⁶³ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977. p.74.

³⁶⁴ “A lei posterior derroga a lei anterior.”

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. The model of rules. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 14, 1967. p. 27.

³⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book: ISBN 978-85-309-8281-2, p.147.

³⁶⁷ Não se confunde com a distinção por grau de importância, como a realiza por José Afonso da Silva (2008, p.93-94) e Celso Antônio Bandeira de Melo (2008, p.942-943) que entendem princípios como as

permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção³⁶⁸. Assim, se uma regra é válida, deve alcançar aquilo que, por ela é determinado, podendo ser cumprida ou não.

Observa o autor que na hipótese de incompatibilidade total de regras, deve-se utilizar o critério “tudo ou nada” de Dworkin, pelo qual se tem a invalidade de uma das normas³⁶⁹. A exemplo, tem-se os seguintes regramentos: “Salvo em manifestação de vontade em contrário, presume-se autorizada a doação pós-morte de órgão para a finalidade de transplante terapêutico...”³⁷⁰; e “A retirada de órgãos de pessoas falecidas, para fins de transplante, dependerá da autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.”³⁷¹. Ora, a doação de órgãos é presumida (regra autorizativa) ou depende da autorização (regra proibitiva) expressa de familiares?

Ademais, na possibilidade da incompatibilidade parcial entre as regras, a solução para o conflito normativo dá-se por meio da instituição de uma cláusula de exceção entre elas³⁷². Como ilustração, imagine a seguinte situação: Maria, Eduarda e Pâmela, família poliafetiva, têm dois filhos que se chamam André e Suzana. Um dia, Suzana descontente com suas mães, promove o assassinato de todas elas. Com o fato morte, está aberta a sucessão de Maria, Eduarda e Pâmela. Neste sentido, pergunta-se: Suzana, tem direito à herança de suas mães, lado a lado de André?

Para a solução do problema apresentado, tem-se os regramentos, Art. 1.784, CC “transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”; os herdeiros legítimos são definidos pelos art. 1.829, do CC e; Art. 1.814,CC. “São excluídos da sucessão os herdeiros, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão...”. Ora, pela leitura individualizada de tais normativos, é mormente que pela primeira regra a herança deveria ser transmitida a Suzana e ao Pedro. Entretanto, pela análise da segunda regra, Suzana estaria excluída da sucessão. Neste

normas mais importantes de um ordenamento jurídico e as regras como normas que concretizam os princípios.

³⁶⁸ ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book: ISBN 978-85-309-8281-2, p.128.

³⁶⁹ ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book: ISBN 978-85-309-8281-2, p.157.

³⁷⁰ Art. 4º, Lei 9.434/97.

³⁷¹ Art. 1º, da Lei 9.434/97.

³⁷² ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book: ISBN 978-85-309-8281-2, p.157.

caso, é manifesto que a segunda regra institui exceção à primeira pelo critério da *lex specialis derogat legi generali*³⁷³. Destarte, Suzana não herdará junto com André³⁷⁴.

Ao contrário das regras, princípios expressam um “dever ser” ou *prima facie*. São “normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, comandos de otimização”³⁷⁵. Segundo Alexy, podem ser cumpridos em diferentes graus, estando a medida de realização vinculada às possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas são determinadas por regras e por princípios opostos, os quais terão seus conflitos dissipados pela ponderação ou sopesamento³⁷⁶.

Na hipótese de conflitos entre princípios, Alexy propõe a teoria da colisão, pela qual um princípio deverá ceder em face de outro. Para isso, utiliza-se da técnica de sopesamento que abarca, para uma decisão acertada, a máxima proporcionalidade em sentido estrito (questões jurídicas) e os requisitos da necessidade e adequação (questões fáticas)³⁷⁷. Por este entendimento, se o valor monogamia fosse princípio, poderia prevalecer em face dos princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da pluralidade familiar, para o reconhecimento de famílias poliafetivas? Parece-me que não.

Nesse contexto é imperioso esclarecer que para existir um sistema jurídico coerente, não há necessidade de se falar em princípios absolutos e de hierarquia superior ou inferior, por isso a importância da observação do caso concreto para aplicação do princípio, que sopesado frente a outro, produz os valores da proporcionalidade³⁷⁸.

Isso posto, deve-se pontuar ainda acerca dos conflitos entre princípios e regras. Desta forma, Alexy traz duas possíveis soluções: a do sopesamento e a do plano da validade. A primeira propõe um sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia, pois tal técnica de ponderação somente poderá ocorrer entre normas de iguais pesos³⁷⁹. No entanto, Virgílio Afonso da Silva orienta: tal critério pode

³⁷³ “Leis especiais repelem as leis gerais”.

³⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 48.

³⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book: ISBN 978-85-309-8281-2, p.128.

³⁷⁶ ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book: ISBN 978-85-309-8281-2, p.128.

³⁷⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 117-118.

³⁷⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 111.

³⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

ser problemático por dar a entender que o aplicador do direito está livre, para afastar a aplicação de uma regra por considerar que um princípio “mais importante” justifique esse afastamento, em qualquer caso ou situação.³⁸⁰ Desta forma, o sopesamento entre o princípio no qual a regra se baseia e o princípio em colisão, poderia destruir a ideia de direitos definidos, e afastaria, sem perder a validade, regras aplicáveis e válidas.

Pela segunda possibilidade, Alexy analisa o plano da validade e, por tal proposta destaca: em caso concreto, se um princípio tiver de ceder em razão de uma regra, conseqüentemente deverá ser expelido do ordenamento jurídico, o que é impossível, pois a validade daquele jamais é afetada quando sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma³⁸¹.

Portanto, quanto a relação entre princípio e regra, o autor esclarece não se tratar de colisão, mas tão somente de restrição³⁸², que, na visão de Silva, pode ser solucionada, em caso de regra constitucional, pela técnica de subsunção e, na suspeita de inconstitucionalidade, cabe ao judiciário o seu controle.³⁸³

Por fim, antes de adentrar aos princípios possibilitadores de reconhecimento da família poliafetiva, considerando o direito fundamental à constituição de entidade familiar, faz-se necessário conhecer acerca da técnica da ponderação, com fulcro nos critérios da máxima da proporcionalidade.

A ponderação de Alexy se mantém na afirmativa: “Quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio”³⁸⁴. Assim, na visão do autor o sopesamento prova-se como uma forma de argumento do discurso jurídico racional e pode ser dividido em três passos: “No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente.” Enfim, pelo terceiro passo “deve ser avaliado se a importância da

³⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 52.

³⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 97-98.

³⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 110.

³⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 53

³⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 167.

satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”³⁸⁵.

Conhecida a técnica de ponderação, passa-se a observar os critérios da ponderação, são eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro trata-se da medida adequada para realizar por completo o objetivo perseguido³⁸⁶. O segundo aborda acerca de medidas alternativas para se obter igual fim. Assim, quando da comparação analisa-se duas variáveis, a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto e o grau de restrição ao direito fundamental atingido³⁸⁷. O último traz a realização do sopesamento entre os direitos envolvidos, conforme já explicado acima, e tem por função principal “evitar que medidas estatais restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”³⁸⁸.

Portanto, levando em consideração a aplicação dos princípios como mandados de otimização, bem como os conflitos que envolvem as famílias poliafetivas, é pertinente observar os primados que a regem, sem os quais seu reconhecimento jurídico estaria frustrado.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Certo é que o Princípio da Dignidade Humana é substrato essencial ao Estado de Democrático de Direito, em especial, ao teor art. 1º, III, da CF/88, à ordem jurídica.

Na seara das relações humanas, intrinsecamente, avoluma-se associado a outros e abarca alguns para emprestar seus desígnios ao reconhecimento de direitos comuns à generalidade existencial humana, sobretudo para reconhecer direitos dos indivíduos que integram as conformações familiares à margem protetiva do Estado, de seus sistemas jurídicos.

Para as conformações e relações familiares, já pontuou Anderson Schreiber:

O respeito à dignidade humana impõe reconhecer, que cada pessoa pode pertencer, a um só tempo, a vários núcleos familiares, ostentando uma família que não é idêntica à de seus conviventes, mas própria e única em sua extensão, porque

³⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 594.

³⁸⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 589-590.

³⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 171

³⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 175.

formada de feixes de relações familiares que se podem estender num ou noutro sentido de acordo com os elementos constitutivos de cada relação familiar.³⁸⁹

Outrossim, esclarece Lôbo: “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”³⁹⁰.

Na dimensão individual e ou coletiva, é princípio indissociável da autonomia privada e o do pluralismo familiar, cuja carga sociológica permitiria a releitura da emblemática frase do ser existencial de Renatus Cartesius³⁹¹: “Penso logo existo.”³⁹², que à luz do conceito de sujeito de direito, seria grafada como “Tenho direitos, logo existo.”, pois a liberdade individual e coletiva é valor primário e essencial ao Estado Democrático Direito.

Sobretudo, nesta linha de raciocínio, a existência de direitos para proteção de alguns e inexistentes para a proteção de outros, visto suas opções de vida em sociedade, é a clara admissão da indignidade humana, da existência de indivíduos ou grupos sociais, mortos socialmente.

No campo sociológico, a dignidade humana é imanente do ser existencial, como já explicitado por Kant, inadmitte precificação, e é infungível, em razão de outro modo coisificar-se.³⁹³ Lado outro, a indignidade humana afigura-se em face da existência de direitos de fato obstados sobre quaisquer ideários sociais que os negam.

Em continuidade, Kant pontua a existência de perspectivas diferentes para se abordar a dignidade, assim, explica sua teoria da obrigação moral única e geral, determinante do dever de agir de cada indivíduo a tal nível que a ação se torna um princípio dentro de uma legislação universal. Isto é, para ele as categorias se separam entre valores (preço) e dignidade (valor moral interior), e ambas devem ser resguardadas pelo Estado.³⁹⁴

³⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009, 254.

³⁹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8 ed. v. 5 São Paulo: Saraiva, 2018, E-book. ISBN 978854722909, p. 42

³⁹¹ René Descartes

³⁹² Cogito ergo sum

³⁹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.65.

³⁹⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.65.

Para Lôbo, a família é uma entidade totalmente vinculada à dignidade das pessoas, sendo um núcleo integrante desse princípio.³⁹⁵ Logo, é neste universo que está a depender a dignidade dos indivíduos ou de seus grupos, vivos e mortos socialmente em seus direitos, fatos que desafiam a cegueira e a inércia de nossas casas legislativa, um esforço conjunto para entender que “a dignidade deve ser buscada em meio às relações sociais, compreendida, como uma categoria do próximo, na comunhão dos indivíduos”³⁹⁶.

Portanto, no campo do Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana consolida-se em face da liberdade da autonomia privada de seus sujeitos, com o respeito à liberdade de escolha sobre a conformação familiar que o indivíduo irá, por sua vontade e de seus integrantes, compor. Entretanto, ao se fechar os olhos para não reconhecer a coexistência das diversas facetas familiares decorrentes das vontades de seus componentes, suas existências e formações, deixando-os sem qualquer proteção, por consequência viola-se o princípio da dignidade humana, entre outros, do pluralismo familiar e do livre desenvolvimento da personalidade.

4.2 Princípio da igualdade

A inclusão do princípio da igualdade dentro da temática familiar, entre homem e mulher, foi o motor que gerou impulso em direção às novas versões e transformações dos fundamentos jurídicos dentro do Direito de Família, causando impacto à legitimidade, sujeitos e subsujeitos de direito, atravessando tabus dentro da ética e religião, que são meios usados para justificar ideais.

Ressalta-se que, por muito tempo, a família para ser legítima deveria aderir, exclusivamente, ao rito matrimonial que, afastava a ideia de filhos fora do casamento e, em outros termos, limitava o laço familiar, estando os demais núcleos familiares desclassificados e deslegitimados. No entanto, os personagens familiares, até então tratados como excluídos e sem direitos, começaram a ganhar força para demandar direitos. Assim, a Constituição de 1988 veio para trazer igualdade àquilo anteriormente ignorado pela sociedade, por várias questões ideológicas e religiosas. Nos dias atuais, não só mais filhos legítimos são personagens dentro do campo familiar, podendo ser incluídos contextos diferentes, como filhos gerados fora dos laços matrimoniais, filhos não

³⁹⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 8 ed. v. 5 São Paulo: Saraiva, 2018, E-book. ISBN 978854722909, p. 42

³⁹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.61.

biológicos, outrossim trouxe igualdade entre companheiros, ou então, cônjuges. Neste sentido, bem prelecionou Dias:

O princípio da igualdade é um dos sustentáculos do Estado democrático de Direito. [...] É necessário igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Aspira-se a igualdade material precisamente porque existem desigualdades. [...] Na presença de vazios legais, o reconhecimento de direitos deve ser implementando pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia, que se funda no princípio da igualdade.³⁹⁷

O princípio da igualdade familiar encontra-se em alguns artigos da Constituição Federal, sendo separado entre direitos e deveres no § 5º do art. 226, que extingue o poder marital, inclui-se a união estável neste raciocínio também, e no § 6º do art. 227 determina-se a igualdade entre os filhos, entretanto, é importante dizer que este mesmo princípio não tem aplicabilidade absoluta, como é o caso do filho adotado que recebe a limitação de casar-se com integrantes consanguíneos.

Importante citar as palavras de Lôbo, no que concerne as questões culturais de cada país e as disparidades entre gêneros, que em muitos cenários são usadas como justificativas para impor limitações às mudanças dentro dos fundamentos jurídicos das famílias. Usa-se de questões culturais, para justificar crenças limitantes, ao que diz respeito às modalidades familiares, direitos e deveres quando as famílias não estão dentro do padrão anteriormente existente, exclusivo ao contexto matrimonial. Assim, entende-se:

Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico, ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família.³⁹⁸

Desse modo, as pessoas devem ser respeitadas dentro de suas disparidades, pois é a partir da diferença que se viabiliza a existência de novos sujeitos de direito. Respeitar o

³⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7, p. 76-77.

³⁹⁸ LÔBO, Paulo. Direito de Família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: Ibdfam, 2019. Cap. 2. p. 118

diferente de forma igualitária, constitui um dos princípios-chave das organizações jurídicas para o Direito de Família.

4.3 Princípio da pluralidade das entidades familiares

Como demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, as famílias díspares do matrimônio monogâmico e heterossexual, sempre se estabeleceram apesar do preconceito social e da omissão do direito quanto a esta realidade. A novidade é que contemporaneamente, diga-se, após o vigor da Constituição Federal de 1988, foi possibilitado aos diferentes, a proteção estatal, bem como o reconhecimento jurídico como entidade familiar.

Em razão das mudanças sociais, das modificações quanto aos relacionamentos interpessoais, e pelas peculiaridades individuais do ser humano, é inconcebível a família possuir um conceito cerrado ou disposição estática que não englobe as necessidades de seus integrantes e, de maneira discriminatória, tente padronizar como legítimo apenas o *modus vivendi* de uma estrutura familiar majoritária.

De acordo com João Baptista Villela, “o modelo há de ser, por conseguinte, aberto, vale dizer, inspirado na liberdade. Se não for resumir demais, a regra de ouro, pode ser em atribuir ao Estado a garantia; e ao homem, a construção da família”.³⁹⁹

É neste raciocínio que o princípio do pluralismo familiar, esculpido no art. 226, da CF, lado a lado aos princípios da dignidade humana, da interferência mínima do Estado, da autonomia privada e da igualdade, assegura a cada pessoa a liberdade de escolha sobre a formação de sua família, sendo importante, em essência, o elemento constitutivo afeto retratado de modo ostensivo e sólido⁴⁰⁰.

Destaca-se que apesar do art. 226, da CF, trazer de forma expressa, para fins de proteção do Estado, somente o casamento, a união estável e a família monoparental, seu rol não pode ser considerado taxativo, visto que é cláusula geral inclusiva, o que significa abrigo dos demais arquétipos familiares: eudemonista⁴⁰¹, anaparental⁴⁰²,

³⁹⁹ VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Volume III. Série Monografias – n. 2. Belo Horizonte: UFMG, Faculdade de Direito, 1980, p. 40.

⁴⁰⁰ SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 83.

⁴⁰¹ Tem por fundamento para sua formação e dissolução a felicidade de seus membros, não prevalecendo mais a vontade do Estado na determinação de sua formação jurídica (PEREIRA, 2020, p.21).

⁴⁰² É a família formada por irmãos, primos ou que tenham vínculos de parentesco entre si, sem que haja a conjugalidade entre eles, não podendo existir ascendência ou descendência (PEREIRA, 2020, p.23).

parental⁴⁰³, unipessoal⁴⁰⁴, multiparental⁴⁰⁵, substituta⁴⁰⁶, extensa⁴⁰⁷, ectogenética⁴⁰⁸, socioafetiva⁴⁰⁹, mútuas⁴¹⁰, coparental⁴¹¹, informal⁴¹², avuncular⁴¹³, mosaico⁴¹⁴, fissional⁴¹⁵, homossexual⁴¹⁶, simultânea, poliafetiva e multiespécie⁴¹⁷.

Observadas as famílias que estão implícitas no art. 226, da CF, é importante deixar claro que tal normativo não almeja proteger a instituição familiar por si só, mas as pessoas que a compõem.

Anderson Schreiber traduz que “o pluralismo vem estender seu manto libertador, não apenas para autorizar famílias diversas entre si, mas, sobretudo, para reconhecer que o direito não deve proteger a família, como grupo de pessoas, mas a pessoa de quem as famílias são expressão”⁴¹⁸. Consoante, Villela adiciona: “em família ninguém cresce sem

⁴⁰³ Se estabelece através de vínculos de parentesco, consanguíneos, socioafetivos ou por afinidade com o fim da conjugalidade, a exemplo a sogra(o), conforme o artigo 1595, §2º, CC. (PEREIRA, 2020, p.23).

⁴⁰⁴ São os denominados “singles”. Aqueles que vivem sozinhos por escolha ou pela morte de seus familiares (PEREIRA, 2020, p.24).

⁴⁰⁵ É a pessoa que possui múltiplos pais e ou mães em razão do afeto. Daí se tem a paternidade ou maternidade socioafetiva que não se equivale a paternidade biológica e registral, mas pode se somar a ela (PEREIRA, 2020, p.25).

⁴⁰⁶ É a família instituída pelo Estatuto da criança e do adolescente, com o fim de proteger os menores de 18 anos da família biológica ou originária. (PEREIRA, 2020, p.27).

⁴⁰⁷ Para além do núcleo mãe, pai e filhos, existe a família extensa: avós, tios e primos ou unidade de casal, formada por parentes próximos, da criança ou do adolescente, que mantém vínculo de afinidade e afetividade com estes. (PEREIRA, 2020, p. 27 e 28).

⁴⁰⁸ É a família com filhos decorrentes das técnicas de reprodução assistida (PEREIRA, 2020, p.28).

⁴⁰⁹ É a família parental formada pelos laços de afeto (PEREIRA, 2020, p.28).

⁴¹⁰ Identifica a situação de famílias que tiveram seus filhos trocados na maternidade, com descoberta tardia e vínculos afetivos já estabelecidos. Convivem mutuamente com os filhos uma da outra, originando a identificação da paternidade biológica e socioafetiva (PEREIRA, 2020, p.29).

⁴¹¹ É a família pela qual as pessoas se conectam somente para conceber filhos de forma planejada, pelo sexo ou por técnicas de reprodução assistida, a fim de criar sua prole em cooperação mútua. Como forma de segurança jurídica podem realizar um Contrato de Geração de Filhos (PEREIRA, 2020, p.29).

⁴¹² São famílias que se constituem sem nenhuma formalidade como acontece com diversas uniões estáveis que não possuem um contrato que regule as regras patrimoniais daquela relação (PEREIRA, 2020, p.30).

⁴¹³ É a família constituída por parentes colaterais em terceiro grau, ou seja, Tio (a) e Sobrinho (a). (PEREIRA, 2020, p.31). Para sua formalização é necessária a emissão de dois laudos médicos acerca da não existência de inconvenientes sob o ponto de vista da sanidade e da saúde de qualquer deles e da prole, nos termos do Decreto-Lei nº 3.200/41.

⁴¹⁴ Se constitui de pais e ou mães que trouxeram para um novo núcleo familiar, filhos de relacionamentos anteriores. Com a nova formação de família e a concepção de filhos comuns tem-se a família mosaico (PEREIRA, 2020, p.31)

⁴¹⁵ É formada por pessoas que decidiram, por escolha ou circunstâncias da vida, viverem juntas somente nos finais de semanas ou por períodos de férias, viagens ou lazer (PEREIRA, 2020, p.33).

⁴¹⁶ É a família constituída por pessoas de igual sexo seja pelo casamento ou pela união estável, pode ser denominada também como homoafetiva ou isossexual (PEREIRA, 2020, p.34).

⁴¹⁷ Ocorre quando os animais de estimação são considerados membros da família, sendo necessário a constituição dos vínculos afetivos entre eles e o ser humano (PEREIRA, 2020, p.38). Ressalta-se que em nada se assemelha ao crime de zoofilia.

⁴¹⁸ SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). Direito de Família e das Sucessões: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, 254.

fazer crescer, nem destrói sem se autodestruir: a solidariedade aqui tudo impregna e tudo alcança”⁴¹⁹.

Neste sentido, a proteção constitucional da família, na pessoa de seus integrantes, “rompe com a racionalidade dos modelos fechados, abraçando a concepção plural de família que sempre esteve presente na sociedade, ainda que sujeita a estigmatizações e à marginalidade”⁴²⁰.

Isto posto, a grande dificuldade enfrentada, enquanto princípio da pluralidade familiar é a sua efetividade diante de uma sociedade com raízes conservadoras, parece impossível que, de fato, os diferentes realmente possam usufruir dos direitos e liberdades oferecidos à família tradicional.

Soalheiro demonstra que a efetividade se dá pela operacionalização do princípio a partir do entendimento de que a vida é “complexa demais para ser catalogada em um código de regras”, portanto, a concretização dos diversos tipos de família depende exclusivamente da “vivência de cada um”⁴²¹.

Deste modo, pelo raciocínio de que a proteção constitucional oferecida à família pelo art. 226, da CF, se dá em razão de seus integrantes, da mesma forma que o princípio da pluralidade familiar se coaduna aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da mínima intervenção do Estado, cabe ao direito e a sociedade, como um todo, proporcionar a todos os formatos familiares, de modo isonômico, o efetivo reconhecimento e efeitos decorrentes.

Admitida a pluralidade familiar pelo constituinte brasileiro, não pode o Direito Civil negar novas formas de convivência intersubjetiva, mas deve observar a realidade social e, nos ditames do texto constitucional, salvaguardar direitos pertinentes às famílias plurais.

Enfim, embora parte da doutrina reconheça a monogamia como um princípio, que deve ser obedecido para formação dos núcleos familiares, entendimento que não é compartilhado pelo presente trabalho, não há como negar a existência das famílias plurais,

⁴¹⁹ VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Volume III. Série Monografias – n. 2. Belo Horizonte: UFMG, Faculdade de Direito, 1980, p. 11.

⁴²⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 163.

⁴²¹ SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 83.

sobretudo, das poliafetivas e tampouco seus efeitos jurídicos, haja visto que estão fundadas no afeto e no compartilhamento da vida, implícitas pela Carta Maior.⁴²²

4.4 Princípio da autonomia privada

Importante é esclarecer que autonomia da vontade privada têm significados diversos, lapidados ao longo da evolução social. Esta última, já no Estado Liberal, sem a intervenção dele permitia aos pactuantes firmarem o que bem entendessem pois, prevalecia a vontade das partes palmilhada pelo conceito negativo de liberdade:

Como no Liberalismo, vigente nos séculos XVIII e XIX, o conceito de liberdade era negativo, relacionado a não intervenção estatal. A concepção de autonomia da vontade estava relacionada à ausência de interferência externa no poder dos indivíduos de se autodeterminar, conferindo aos mesmos a possibilidade de praticar atos e negócios jurídicos com ampla liberdade⁴²³

Neste universo, era plena a vontade de contratar e regular regras relacionais jurídicas contratuais, sem haver qualquer intervenção estatal na vontade dos contratantes e nos efeitos do que avençavam por seus pactos e, assim, por prevalecer entre particulares uma igualdade formal, resultou em grandes desigualdades em razão de não se encontrarem em iguais condições da assinatura seus contratos, assim identificava-se uma igualdade ficta.

Por tais circunstâncias e resultados, o Estado passou a intervir nestas relações contratuais e jurídicas, a fim de salvaguardar maior equilíbrio entre as partes, progredindo-se de um Estado Liberal para o Social, sobrevivendo então ao Estado de Bem-Estar Social, Welfar-State. Desse modo, a autonomia da vontade começou a ter a sua conformação em prol do bem-estar coletivo⁴²⁴.

Neste desenrolar, foi percebido que a vontade individual não era a fonte determinante das relações jurídicas, assim, vem a necessidade de um novo Estado, apto a intervir quando necessário no sistema econômico, o paternalismo do Estado Social, reconstruindo-se o Direito Privado no Estado Democrático de Direito, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sob um novo paradigma, que adota um sistema aberto de

⁴²² SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 84.

⁴²³ CARMINATE, Raphael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. Revista IBDFAM: Família e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, v.2, mar./abr., 2014, p. 47.

⁴²⁴ SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 75-76

regras e princípios, autonomia privada de *lato senso*, por autorregulamentação dos interesses pessoais, que comporta normas próprias para reger os próprios comportamentos dos pactuantes.

Portanto, a autonomia foi reconhecida como privada, envolvendo a esfera da liberdade, na qual o indivíduo cria, por si, norma para estabelecer regras de comportamentos. Perlingieri esclarece que é:

...o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal, a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos em qualquer medida livremente assumidos.⁴²⁵

Consequentemente, agora a autonomia privada não pertence mais unicamente à esfera patrimonial, alcança as esferas existenciais ao permitir que cada indivíduo desenhe suas regras, inclusive tendo liberdade para decidir a formação de seu núcleo familiar. Logo, a família poliafetiva nasce do poder de escolha, do interesse individual do campo privado, estando o Estado impedido de barrar este poder de escolha pessoal.

4.5 Princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares

Conquanto a maioria da doutrina entenda que o Direito de Família está inserido no direito privado, existe a compreensão minoritária de que este está abarcado pelo direito público, asseverando que “o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares”⁴²⁶.

Entretanto, as relações no âmbito familiar se definem entre particulares e, portanto, legitima a intervenção do Estado somente para assegurar e salvaguardar os interesses individuais, garantindo a ampla manifestação de vontade dos indivíduos em situações pertinentes à conservação do núcleo afetivo.⁴²⁷

Nesse contexto, limitada a atuação estatal na família, o indivíduo torna-se o cerne do ordenamento jurídico, havendo a “despatrimonialização” das relações familiares, o que é exemplificado nos seguintes dispositivos: EC 66/2010, possibilidade de divórcio sem lapso temporal e sem discussão e culpa; artigo 1.565, §1º, do CC/02, faculdade de

⁴²⁵ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p. 335.

⁴²⁶ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito de Família. 28. Ed. ver. e atul. Por Franciso José Cahali. São Paulo: Saraiva, v.6, 2004, p. 7.

⁴²⁷ SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 80.

cada um dos nubentes crescer ou não o sobrenome do outro; artigo 226, §7º, da CF/88 e artigo 1.565, do CC/02, livre planejamento familiar; artigo 1.639, caput, e §2º, do CC/02, possibilidade de criação e modificação do regime de bens; artigo 1.513, do CC/02, vedação da ingerência de qualquer pessoa de direito público ou privado na comunhão da vida instituída pela família⁴²⁸.

Dessa forma, a formação de um núcleo familiar não deve ter a intervenção do Estado, sendo a sua atuação possível somente para assegurar o resguardo de escolha na constituição de uma família. Logo, a realidade das famílias poliafetivas deve ser juridicamente admitida, depreendendo, portanto:

Sob a matriz dessas ideais, não cabe ao Estado impor a possibilidade ou, até mesmo, a impossibilidade de constituição de famílias simultâneas, uma vez que a estruturação dessas famílias não deve se depreender do ordenamento jurídico, mas das situações de fato, construídas que são, nesse caso em específico, sobre o afeto.⁴²⁹

Dessarte, a família não pode ser considerada como instituição hierarquicamente superior aos seus membros, devendo cada integrante ser devidamente valorizado, o que resulta na realização pessoal e na busca pela felicidade plena, isto é, a concretização do direito de autodeterminação, sem a intervenção do Estado, pelo poder de constituição de família que atenda seus desejos individuais.

4.6 Princípio do não retrocesso social e o Projeto de Lei nº 6.583/13

A inauguração Estado Democrático de Direito, pelo vigor da Constituição da República de 1988 trouxe consigo a proteção à família igualitária, diversa e afetiva. O princípio constitucional do não retrocesso, segundo Ingo Sarlet (2001), presente neste advento constitucional, existe através da garantia de um Estado Democrático e Social de Direito, e de outros princípios e direitos fundamentais⁴³⁰.

Canotilho entende que o princípio do não retrocesso⁴³¹ “é a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social”.

⁴²⁸ SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 80.

⁴²⁹ FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 170.

⁴³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.371.

⁴³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p.338-339.

Em continuidade, Barroso amplia o alcance deste princípio, no tocante às relações envolvendo famílias:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao ‘seguro-desemprego’ em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na desproteção da família⁴³².

Assim, por lógica o princípio do não retrocesso estabelece que o Estado se abstenha de realizar atos que promovam a desproteção das famílias plurais, ou seja, pela restrição de suas conformações através de normas que violem as garantias fundamentais da pessoa, já efetivadas pelo texto constitucional de 1988.

Em contramão, o Projeto de Lei 6.583/13, preceitua como únicas formas de família a união estável e o casamento monogâmico heretossexual, é um desserviço à sociedade, pois ofende os princípios constitucionais fundamentais da dignidade humana, autonomia privada e da pluralidade familiar. Logo, se continuar o prosseguimento de seu trâmite para aprovação no Senado Federal, ferirá a existência de famílias não convencionais, como a famílias homossexuais, já reconhecidas juridicamente desde 2011, a poliafetiva e muitas outras.

⁴³² BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.120.

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A OMISSÃO LEGISLATIVA REGULATÓRIA DOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS

Para a compreensão da constitucionalização do Direito Civil, é pertinente, inicialmente, observar, nos dizeres de Miguel Reale, a respeito das “fontes do direito” ou mecanismos pelos quais a norma jurídica se origina com força obrigatória legítima⁴³³.

Segundo Reale, as “fontes do direito” refletem quatro estruturas normativas de poder: as leis, que são as expressões do poder legislativo; a jurisprudência, que advém do poder judiciário; “os usos e costumes jurídicos, que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo;” e, por fim, a fonte negocial, fruto da autonomia da vontade privada do poder individual⁴³⁴.

Nos sistemas de tradição romano-germânico, especialmente após a Revolução Francesa, a lei entendida em seu sentido *lato*, ou seja, norma escrita destinada a permanecer no tempo sem o prejuízo de sua revogabilidade, originada por autoridade competente, composta de sanção ou coercibilidade, era a fonte primária do direito e, as demais utilizadas de modo auxiliar ou subsidiário⁴³⁵.

Com efeito, considerando que o ordenamento jurídico se mostra maior que o direito expresso, é importante que a lei abarque todos os valores e princípios implícitos do ordenamento, os quais são indispensáveis à interpretação e aplicação unitária do sistema⁴³⁶.

Ademais, Gustavo Tepedino assevera que a fonte legal deve compreender todo o ordenamento jurídico positivo, sobretudo, a normativa constitucional, tendo sua incidência sobre toda espécie de relação jurídica⁴³⁷. Entretanto, pelo tópico da incorporação hermenêutica às normas infraconstitucionais, pela observação da regra específica ao caso concreto, enfim pela aplicação direta dos princípios constitucionais às

⁴³³ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book: ISBN 978-85-02-13373-0, p. 109-110.

⁴³⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book: ISBN 978-85-02-13373-0, p. 110.

⁴³⁵ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book: ISBN 978-85-02-13373-0, p. 110.

⁴³⁶ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.24.

⁴³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.24.

relações de direito privado, há posicionamentos resistentes, podendo dividi-los em quatro grupos.

O primeiro aduz que os princípios constitucionais, ainda que identificados como preceitos normativos, estabeleceram normas de organização política e social. Assim, valer-se deles para regulamentar as relações jurídicas entre indivíduos é ultrapassar o legislador ordinário⁴³⁸.

O segundo utiliza o argumento da baixa concretude dos princípios constitucionais, o que poderia ocasionar a discricionariedade descomedida do poder judiciário⁴³⁹.

Já o terceiro grupo, defende que as normas constitucionais estão sujeitas “a reformas, compromisso e contingências político-eleitorais” e que as normas do direito privado estão mais afetadas à estabilidade⁴⁴⁰.

Por fim, o quarto posicionamento dá-se pelo juízo de ilicitude da atividade privada e pelo controle de merecimento de tutela instituído pela aplicação direta das normas constitucionais, que promoveria a “ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o espectro de escolhas e liberdades individuais”⁴⁴¹.

Tepedino destaca que todas as críticas elencadas, ainda que respeitáveis, estão descontextualizadas, remontando ao cenário da codificação do século XIX, quando ainda se entendia o ordenamento jurídico como divisível entre público e privado. Acontece que a codificação contemporânea, interpretada à luz da Carta Maior, pela valorização da pessoa humana, bem como fundamento no Estado Democrático de Direito, altera radicalmente a acepção da autonomia privada e da aquisição, controle e uso dos bens jurídicos.

Neste sentido, Anderson Shreiber instrui que o ordenamento jurídico brasileiro é unitário, isso significa o direito civil, o ambiental, o administrativo, o penal, o notarial e os demais, não consistem em universos isolados, mas, permanentemente, se conectam

⁴³⁸ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.25.

⁴³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.25.

⁴⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.25.

⁴⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.25.

como integrantes indissociáveis da ordem jurídica, irradiando os princípios consagrados pela Carta Maior⁴⁴².

Em semelhante pensamento, Pietro Perlingieri assevera que o fracionamento do ordenamento jurídico em ramos é compreensível por “competência e necessidade de exposição de uma matéria” que em si é única. Contudo, isto não significa que a ordem jurídica seja divisível ou que exista autonomia e independência de áreas⁴⁴³.

Além disso, adverte que a mentalidade, com fulcro nos ensinamentos de Eneu Domício Ulpiano⁴⁴⁴, pela qual o direito privado é a “liberdade dos particulares de cuidar de seus próprios interesses”, e o direito público “manifestação de autoridade e soberania, oferece as estruturas e os serviços sociais, a fim de permitir ao interesse privado a sua livre e efetiva realização”, deve ser superada⁴⁴⁵.

Perlingieri assegura que em uma sociedade como a atual é impossível especificar um interesse privado que seja autônomo, independente e isolado do interesse público. Similarmente, ressalta que em alguns momentos o direito privado há de prevalecer por satisfazer, diretamente, o interesse de um particular, e que, em igual tempo, inevitavelmente promove o interesse da coletividade. Por outro caminho, pode o direito público se sobressair, considerando em termos quantitativos, satisfaz os interesses da coletividade e, sincronicamente, proporciona a realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos⁴⁴⁶.

Isto posto, não havendo dúvidas acerca da unicidade do ordenamento jurídico, devendo este ser interpretado à luz do texto constitucional, é preciso destacar que a família, base-nuclear da sociedade, no decorrer da história, mudou-se em diferentes composições. Assim, a busca por respostas às dinâmicas da vida em sociedade trouxe novos significados à psicologia, às ciências sociais e ao direito, possibilitando um novo olhar ao redor do que já está regrado em nosso sistema jurídico.

Desta feita, pelo entendimento que ao legislador é impossível regrar todas as relações humanas, bem como suas modificações no tempo, é que este capítulo abordará acerca das normas constitucionais e ordinárias, das lacunas dos subsistemas, do papel do

⁴⁴² SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, E-book ISBN 9788553616954, p. 57.

⁴⁴³ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.149.

⁴⁴⁴ Foi um jurista romano que influenciou fundamentalmente a evolução dos direitos romano e bizantino. Algumas de suas citações tornaram-se célebres, tais quais: “*Dura Lex, Sed Lex*” - “A lei é rigorosa, mas é a lei”; “*Princeps legibus solutus est*” - “O príncipe está livre das leis”.

⁴⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.150.

⁴⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.146.

intérprete do direito, e do Direito Civil Constitucional, instrumento de efetivação de direitos decorrentes da formação fática das famílias poliafetivas.

Por fim, para além de alguns direitos civis das famílias poliafetivas, abordar-se-á sobre a possibilidade de percepção de direitos previdenciários pelos companheiros ou cônjuges, em razão do falecimento de qualquer um dos seus componentes conjugais.

5.1 Relação entre norma constitucional e norma ordinária

Convém recordar que a norma adquire juridicidade quando é incluída em “sistema unitário, orgânico e coerente”, denominado ordenamento jurídico. Tepedino lembra que a ordem jurídica é capaz de garantir coercitividade aos comandos normativos, sustentando-se de modo regular, da evolução dos fatos sociais, sobre os quais recai⁴⁴⁷.

Orlando Gomes preceitua que “as normas de Direito Positivo são agrupadas sistematicamente, formando os institutos jurídicos. A coordenação dos diversos institutos jurídicos em um todo harmônico forma, por sua vez, o sistema jurídico”⁴⁴⁸. Esclarece que o termo “instituto jurídico” pode ser usado em dois sentidos: “ora para designar a matéria que constitui o objeto de disciplina jurídica por normas agrupadas e coordenadas, ora para qualificá-las. A coordenação processa-se pela afinidade do conteúdo”⁴⁴⁹.

Para mais, Gomes ensina que o ordenamento jurídico é o “complexo de normas que organizam a vida social de um povo”, comportando conceitos variados, conforme observam os institucionalistas, os quais asseguram total atenção acerca do aspecto particular da experiência jurídica, concebido pela organização social⁴⁵⁰.

Explica que a ordem jurídica se particulariza, pelo pensamento da doutrina institucionalista, somente para “significar os corpos sociais, estáveis ou permanentes, que têm estruturas e organizações próprias. Emprega-se, entretanto, em sentido geral, sem conotações de escola”⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.18.

⁴⁴⁸ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. E-book: ISBN 978-85-309-8680-3, p. 10.

⁴⁴⁹ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. E-book: ISBN 978-85-309-8680-3, p. 10-11.

⁴⁵⁰ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. E-book: ISBN 978-85-309-8680-3, p. 12.

⁴⁵¹ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. E-book: ISBN 978-85-309-8680-3, p. 12.

Neste sentido, Tepedino explica não ser a definição do direito extraída da norma jurídica em si, mas do ordenamento jurídico, que compreende um acervo organizado de diversas normas, sendo impossível a existência de ordem jurídica composta de único normativo com o fim de permitir, proibir ou ordenar todas os comportamentos humanos e, do mesmo modo, regular a própria produção de normas⁴⁵².

Considerando as diversas fontes do direito (lei, costume, jurisprudência, doutrina e princípios), bem como o fato do ordenamento jurídico não ser divisível, é essencial que se defina, com o fim de evitar ambiguidades, o conceito de norma constitucional e seu relacionamento com a norma ordinária⁴⁵³.

Luís Roberto Barroso ensina que as normas constitucionais “são aquelas criadas pelo poder constituinte originário ou reformador” e, se encontram na constituição formal do Estado, dotadas de supremacia e, “desfrutando de superioridade jurídica em relação as demais normas do sistema.”⁴⁵⁴

Para alguns autores, a norma constitucional é mera barreira da norma ordinária. Todavia, tal pensamento é criticado por Perligieri pois a noção de limite indica a separação entre a legislação ordinária e a constitucional, estando esta última externa à primeira, constituindo um sistema apartado, quando na verdade, o ordenamento em unidade “exige individualizar os princípios fundamentais e gerais caracterizadores de cada setor normativamente relevante nas normas constitucionais e nos valores que elas exprimem”.⁴⁵⁵

Neste sentido, Perligieri complementa que além de limitar as normas ordinárias, as constitucionais, repetidamente, “com o mecanismo de reserva de lei, atribuem ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer ora os limites máximos da restrição de um direito, prevendo por vezes as necessárias garantias, ora as modalidades para o adimplemento das prestações pessoais e patrimoniais”⁴⁵⁶.

Para mais, adverte que atribuir à norma constitucional o único papel de delimitação das regras do jogo é desconsiderar a capacidade promocional do ser humano, impedindo-a de ser utilizada como verdadeira norma pelos profissionais do direito, os

⁴⁵² TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.18.

⁴⁵³ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.570.

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book: ISBN 9788547230869, p. 121.

⁴⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.571.

⁴⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.571.

quais podem entender a interpretação e aplicação da norma ordinária, somente dar-se-ia pela lógica da subsunção⁴⁵⁷.⁴⁵⁸

Desta forma, considerando o reconhecimento constitucional da família poliafetiva, que assim como as demais, se baseia no afeto, na cumplicidade de seus membros, na solidariedade e no compartilhar da vida, é pertinente marcar que, pela sua proteção constitucional advinda do art. 226, da CF, pode usufruir de direitos tais quais os oferecidos às famílias monogâmicas, basta notar a força normativa da Carta Maior.

Logo, na compreensão em que as normas ordinárias devem se orientar pelas constitucionais, e pela qual o ordenamento jurídico é indivisível, o próximo tópico abordará a respeito da existência ou não de uma lacuna no ordenamento jurídico e, outrossim, do papel do intérprete do direito, frente aos conflitos enfrentados pelas famílias poliafetivas.

5.2 Suporte fático e o papel do intérprete no direito civil contemporâneo

Sabe-se que as liberdades fundamentais, garantidas pela ordem constitucional, admitem a livre atuação das pessoas na sociedade. O princípio da autonomia da vontade é a expressão de tais liberdades no âmbito das relações privadas, conferindo aos particulares a autorregulação e autogestão de suas atividades.⁴⁵⁹ Além disso, no plano existencial, salvaguarda às diversas conformações de família usufruir de suas próprias regras, desde que observada a dignidade da pessoa humana e os demais primados constitucionais.

Coloca-se em evidência que o princípio da autonomia da vontade privada não é absoluto e se insere no mundo axiológico do ordenamento jurídico, pelo qual se extrai seu correto significado. José de Oliveira Ascensão explica que não há a preexistência cronológica das relações sociais frente às relações jurídicas, pois “o direito é em si forma da vida social. Ele vive nas relações sociais, que muitas vezes seriam inteiramente

⁴⁵⁷ “Define-se como subsunção esta chamada segunda etapa do processo hermenêutico, pela qual se opera a incidência da norma ao fato concreto. O intérprete se restringiria, nesta etapa, a reconduzir o fato social à previsão genérica e abstrata, estabelecendo-se, assim, falsa perspectiva binária entre o Direito e a realidade social, e circunscrevendo-se a aplicação do direito ao mero enquadramento do fato (localizado no plano fenomenológico do mundo real) à disposição normativa (localizada no plano deontológico do direito)”. (TEPEDINO, 2021, p.74)

⁴⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.572.

⁴⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.237.

impensáveis sem a norma que as unifica[...]. A concretização da norma cria sempre realidade social valorada”⁴⁶⁰.

Deste modo, na certeza de que não há lei ordinária específica e destinada exclusivamente à relação familiar poliafetiva, considerando a autonomia da vontade privada que dá embasamento principiológico a sua formação, é necessário compreender o fato social e o fato jurídico, de maneira igual a superação desta distinção.

Tepedino, observando os dizeres de Ascensão, leciona que “se a atuação do direito depende visceralmente dos fatos, em recíproco condicionamento, a conceituação analítica das diversas espécies de fatos (jurídicos) mostra-se indispensável para a definição da disciplina normativa correspondente”⁴⁶¹. Assim, pela didática realiza-se a distinção entre fato social e fato jurídico.

Descreve-se que fato social é “o acontecimento que, submetido à incidência do direito, torna-se, tecnicamente, fato jurídico”. E, por isso, um fato qualquer, a partir do momento que deixa de ser irrelevante ao direito, adquire aptidão para produzir efeitos jurídicos⁴⁶².

Já fatos jurídicos “são os eventos mediante os quais as relações jurídicas nascem, se modificam e se extinguem”, em outras palavras: são aqueles fatos que o direito confere relevância jurídica, a fim de alterar as situações preexistentes, configurando as novas que correspondem inovação de conceitos e interpretação jurídica⁴⁶³.

Ao classificar “o mundo social e o mundo jurídico”, Marcos Bernardes Mello evidencia que nem todos os fatos possuem igual importância para a vida humana e só se tornam relevantes quando interferem “direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens”, decidindo a comunidade jurídica editar norma para regulá-lo, atribuindo-lhe efeitos que ressoam na convivência social⁴⁶⁴. Ademais, conclui que a norma jurídica

⁴⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral, relações e situações. 2.ed. 3. vol. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book: ISBN 978-85-02-16624-0, p.355

⁴⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.239.

⁴⁶² TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.239.

⁴⁶³ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.239.

⁴⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 22.ed. São Paulo: Saraiva. 2019. E-book: ISBN 9788553611881, p. 38-39

“adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos — o ser fato jurídico”⁴⁶⁵.

Por este entendimento, questiona-se se há realidades sociais que não são relevantes o bastante para alcançarem suporte fático e, assim, sejam desclassificadas como fato jurídico interessante ao direito. Seria o caso das famílias poliafetivas? Como se sabe, até o momento existe a realidade fática de três ou mais pessoas que desejam se unir em família, contudo, não conseguem declarar seu núcleo familiar perante a sociedade ou o Estado, nem obter direitos inerentes às suas conformações.

Neste sentido, Tepedino adverte ser arbitrário considerar alguns fatos sociais alheios ao direito, sem relevância ou eficácia, “já que a experiência normativa alcança integralmente a vida social, mesmo os espaços de liberdade que o direito, valorando-os, preserva deliberadamente contra qualquer tipo de regulamentação”⁴⁶⁶.

Para mais explica que “qualquer fato social é percebido de acordo com a compreensão cultural da sociedade em determinado momento histórico, e assim também é valorado pelo direito”⁴⁶⁷. Imagine de forma comparativa o interesse pela proteção infraconstitucional de toda e qualquer família, independentemente de seu formato; ou o reconhecimento do casamento homossexual e a devida proteção previdenciária de seus membros, há 30 anos atrás e nos dias atuais.

Nesta perspectiva, no ano de 2011, o Ministro do STJ, Luiz Felipe Salomão aduz, relator do REsp 1.183.378/RS, trouxe quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo:

É bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento — diferentemente do que ocorria com os diplomas superados —, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional

⁴⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 22.ed. São Paulo: Saraiva. 2019. E-book: ISBN 9788553611881, p.39

⁴⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4,, p.240.

⁴⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4,, p.240.

instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade”⁴⁶⁸.

Certo é que o direito traduz a realidade fática, *ex facto oritur ius*, em compensação ela exprime a valoração do ordenamento jurídico, apreendida pelo grupo social. Assim, há íntima ligação entre o fato social e a norma (fato jurídico), de modo que não se pode conceber um sem o outro, estando superada qualquer distinção⁴⁶⁹.

Como demonstrado norma e fato reciprocamente se condicionam. Destarte, a hipótese fática de incidência da norma ou suporte fático, identifica-se com a descrição normativa, isto é, consiste na valoração que o direito lhe adjudica⁴⁷⁰.

Tenha-se como exemplo, considerando que aos cartórios brasileiros é “proibido” lavrar declaração de união estável poliafetiva, a situação de fato de união estável, entre três pessoas, que resolveram dar forma jurídica ao relacionamento através de um contrato de convivência particular. As regras que incidem sobre o citado instrumento dependerão das circunstâncias fáticas, mas o que nos interessa, ao exemplo é a existência de continuidade, publicidade, animus de constituição familiar, o termo inicial da união estável, incluindo o estabelecimento do regime de bens, *in casu*, da comunhão parcial de bens.

Agora, suponha que um dos membros da família poliafetiva seja executado por uma dívida, de expressivo valor, adquirida na constância da união estável com seus dois conviventes. E que, em razão do executado não possuir bens ou dinheiro para sanar a dívida, o exequente resolva pedir a penhora de 1/3 de uma casa, a qual está em nome de um dos companheiros do executado, obtida por meio de compra e venda, durante a vigência da convivência do “trisal”. Diante de tais fatos, quais os afeitos do reconhecimento da família poliafetiva? Por se tratar de família não regulamentada por

⁴⁶⁸ BRASIL. STJ. Decisão nº RESP Nº 1.183.378 - RS. Direito de Família. Casamento Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo (Homoafetivo). Interpretação dos Arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de Vedação Expressa A Que Se Habilitem Para O Casamento Pessoas do Mesmo Sexo. Vedação Implícita Constitucionalmente Inaceitável. Orientação Princiopológica Conferida Pelo Stf no Julgamento da Adpf N. 132/Rj e da Adi N. 4.277/Df. Brasília, p. 6-7.

⁴⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.240.

⁴⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.241.

normas infraconstitucionais, poderia o exequente realizar tal pleito judicial? Se há efeitos para a penhora do bem adquirido na constância da união estável poliafetiva, poderia não existir para as questões sucessórias ou previdenciárias?

Ora, pelos princípios constitucionais, as regras incidentes sobre o citado instrumento são todas capazes de produzir efeitos modificativos da relação jurídica, gerando fatos jurídicos novos, que se amoldam à previsão normativa preexistente, sendo um equívoco considerar a *fattispecie* como fato ausente de qualificações jurídicas ou materialmente apartada da nova circunstância jurídica correspondente. De fato, esta é um desenvolvimento daquela, “uma situação nova na qual se converte a situação preexistente com a superveniência do fato jurídico”⁴⁷¹.

Isto posto, passa-se a classificação dos fatos jurídicos. Anderson Schreiber observa a existência dos fatos naturais, também conhecidos como fatos jurídicos em sentido estrito, que correspondem aos acontecimentos juridicamente relevantes que independem da vontade humana⁴⁷²; e os fatos humanos, denominados, outrossim, de atos jurídicos, que são os acontecimentos juridicamente relevantes que procedem da atuação humana⁴⁷³, voluntária ou involuntária.

Ademais, os fatos humanos podem ser lícitos, valorados positivamente pela ordem jurídica (negócio-jurídico, ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu*); ou ilícitos, contrários ao direito (ato ilícito *stricto sensu* e atos antijurídicos)⁴⁷⁴.

Deste modo, cabe elucidar, que a família poliafetiva, além de fato social, é fato jurídico, que possui suporte fático no art. 226, da CF. Entretanto, o que ocorre é que o texto constitucional abarcou as famílias plurais, mas não houve modificação ou revogação de dispositivos do Código Civil ou de leis específicas, a fim de oferecer a estes núcleos, efeitos jurídicos condizentes ao seu *status familiae*, competindo à doutrina e à jurisprudência indicar quais construções jurídicas devem persistir ou se adequar às normas fundamentais.

⁴⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.241.

⁴⁷² SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, E-book ISBN 9788553616954, p. 312.

⁴⁷³ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, E-book ISBN 9788553616954, p. 312.

⁴⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.242.

Portanto, considerando a realidade da família poliafetiva, que se vê impedida ao básico: declarar, perante o Estado, sua conformação, é que se torna essencial trazer o papel do intérprete do direito civil frente aos conflitos existenciais e patrimoniais enfrentados por seus membros.

Segundo Carlos Maximiliano, entre o legislador e o juiz existe relação idêntica entre o dramaturgo e o ator, pois deve o último compreender e atender o roteiro da peça, inspirando-se em seu conteúdo. Entretanto, se é verdadeiro artista, não se limita a mera reprodução pálida e servil, mas dá vida ao personagem e o encarna de modo particular, imprimindo traços pessoais à representação. Empresta às cenas cor, variações de matiz quase que imperceptíveis, fazendo saltar aos olhos dos espectadores a beleza do papel de forma imprevista⁴⁷⁵.

Em percepção semelhante, Perlingieri traz que o jurista no desenvolver de sua atividade jurisdicional não deve deixar de demonstrar a sua personalidade na ânsia e nos ideais que a caracterizam. No entanto, é também verdadeiro “que não pode distorcer tudo o que não lhe agrada, porque ele não é chamado a exprimir aprovações, mas a fornecer o conhecimento do ordenamento e a sua utilização na sociedade”⁴⁷⁶. Assim, de modo preventivo o Juiz deve sugerir comportamentos e atividades, mas em via sucessiva, deve dirimir e julgar segundo a lei, observando a unicidade do ordenamento jurídico⁴⁷⁷.

Certo é que a legalidade não é somente o respeito às leis, mas sobretudo, reconstruir os “nexos entre múltiplas fontes operantes em igual território, fontes legitimadas pela Constituição e que encontram composição na sua unidade axiológica”⁴⁷⁸. Isto significa que cada forma de poder expresso por regras ou princípios e, cada espécie de poder normativo *lato sensu* privado:

Não poderá ser exercido se não dentro da unidade construída pela Constituição e mantida por um método hermenêutico que dela se faça instrumento consciente: unidade não dogmática, mas jurídica; não totalitária, mas democrática; não absoluta, mas mediada por relações de preferência e compatibilidade entre os direitos fundamentais.⁴⁷⁹

Tepedino aduz que interpretar é “processo cognitivo que se dá vida aos textos normativos transpondo-os de previsões abstratas para a concretude da realidade

⁴⁷⁵ MAXIMILIANO, Carlos. Interpretação e aplicação do direito. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 58.

⁴⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.13.

⁴⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.13.

⁴⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.308.

⁴⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.308-309.

social”⁴⁸⁰. Roberto de Ruggiero complementa que a lógica interpretativa busca “o sentido e o valor da norma para medir a sua extensão precisa e avaliar da sua eficiência concreta sobre as relações jurídicas”, observa, não só as normas legislativas obscuras e incertas, mas também as normas de direito consuetudinário, claras e não ambíguas⁴⁸¹.

Nesse sentido, a interpretação judicial é a apreensão das normas do ordenamento jurídico pela magistratura, pela qual os juízes aplicam o preceito ao caso concreto por meio de decisões práticas que, apesar de não vincular igual entendimento aos demais casos submetidos a julgamento, considerando a singularidade, são essenciais à orientação, também conhecida como jurisprudência, “conjunto de decisões capaz de indicar o entendimento da magistratura acerca de determinada matéria”⁴⁸².

Como demonstrado a função dos juristas é extremamente complexa e, sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos ideológico, político, social, ético e religioso. Contudo, apesar de sua independência, não está livre da aplicação da norma. Isso não significa necessariamente a letra da lei, mas o seu espírito, tendo em vista a globalidade do ordenamento, na realidade histórica sobre a qual deve incidir⁴⁸³.

Diante disso, considerando que a sociedade está sempre em movimento e que ao legislador é impossível prever todos os fatos da vida humana, para além do papel do intérprete do direito civil, em caso de eventuais lacunas do direito, ou seja, na hipótese do fato social não disciplinado pelo direito positivo, é substancial trazer técnicas de integração do sistema, para fins de interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, as quais estão previstas no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que preceitua: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A analogia e os princípios gerais do direito “são mecanismos de autointegração, pelo qual o ordenamento busca, no âmbito da própria fonte do direito positivo, a solução para a hipótese fática não prevista”⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.57.

⁴⁸¹ RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil, 1. vol. Campinas: Bookseller, 2005, p. 177.

⁴⁸² TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.58.

⁴⁸³ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.174.

⁴⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.66.

Assim sendo, a analogia, também compreendida como *analogia legis*, é a “operação hermenêutica mediante a qual o magistrado, à míngua de regulamentação expressa para certa hipótese fática, vale-se da disciplina estabelecida pelo legislador para hipótese semelhante, fazendo-a incidir sobre a hipótese não regulada expressamente”⁴⁸⁵.

Sua efetivação ocorre mediante o silogismo que repousa na proporcionalidade das prescrições de um mesmo ordenamento “cuja coerência interna torna inadmissível que duas situações semelhantes sejam reguladas diversamente”⁴⁸⁶. Portanto, é necessário que o intérprete reconheça grau de semelhança proeminente ou satisfatório a justificar a identidade de regime jurídico.

A título de exemplificação, Primeira Premissa: Toda família é protegida pelo Estado; Segunda Premissa: A união poliafetiva é família; Resultado: Logo a união poliafetiva deve ser protegida pelo Estado.

Para mais, 1ª Premissa: A união estável é caracterizada pela publicidade, continuidade, durabilidade, animus de constituição de família e respeito ao dever de lealdade; 2ª Premissa: Maria, Eduarda e Pâmela tem um relacionamento público, contínuo e duradouro. Se entendem como família e, respeitam o dever de lealdade; Resultado: Maria, Eduarda e Pâmela vivem em união estável.

Ressalta-se que tais conclusões somente serão válidas se houver semelhança entre a primeira e segunda premissa, cabendo destacar nos ensinamentos de Perlingieri que a técnica de analogia deverá observar os primados constitucionais, e o sopesamento entre proporcionalidade e racionalidade, entendimento que serão abordados no próximo tópico.

Tepedino explica que o significado de semelhança relevante se equipara a “identidade de *ratio* ou razão de existência dos comandos em cotejo, que autorizará o raciocínio analógico para que a disciplina expressa para uma hipótese fática possa se aplicar à outra. Afirma-se que *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris*⁴⁸⁷ dispositivo”⁴⁸⁸.

Logo, do exemplificado acima, tem-se que o que justifica a utilização do silogismo, ou seja, do processo de raciocínio análogo, no caso ilustrado, é o traço comum

⁴⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.66.

⁴⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.66.

⁴⁸⁷ “Onde existe a mesma razão, aí se aplica o mesmo dispositivo legal”.

⁴⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.67.

relevante, como a evidente constituição de uma família, com membros capazes, em condições afetivas análogas e não o simples relacionamento entre pessoas.

Por conseguinte, os princípios gerais do direito se estabelecem pela elaboração de norma jurídica geral, através da verificação de diversas regras estabelecidas para a hipótese específica, em igual direcionamento. Ao revés da técnica de analogia, nos princípios gerais de direito não há semelhança intensa entre a hipótese fática e a disciplina estabelecida pelo legislador. Conduto, ao verificar-se a existência de traço comum de convergência de diferentes regras infraconstitucionais, permite-se “a extração, pelo raciocínio indutivo, de norma mais ampla, designada tradicionalmente de princípio geral de direito, capaz de solucionar determinada controvérsia”⁴⁸⁹.

Destaca-se que a construção dos princípios gerais de direito ocorre no âmbito da legislação infraconstitucional, por meio de regras que, por recaírem sobre hipóteses específicas, não podem ser ampliadas diretamente, vide o raciocínio indutivo em epígrafe. Em virtude disto, os princípios gerais de direito, como fonte secundária destinada à integração legislativa subsidiária, não se confundem com os princípios constitucionais, que se posicionam no vértice da hierarquia do ordenamento e antecedem as normativas infraconstitucionais em relação à atividade interpretativa⁴⁹⁰.

Quanto a técnica de integração denominada costumes e equidade, apesar desta última não restar observada pelo art. 4º da LINDB, Tepedino explica que “são instrumentos de heterointegração, a significar o recurso a elementos externos ao direito positivo para a definição da norma aplicável”⁴⁹¹.

Por costumes entende-se o exercício constante, notório e reiterado, identificado no convívio social, pelo qual o magistrado, na carência de solução legislativa escrita, recorrerá primeiramente à técnica de analogia e, restando infrutífera, utilizará o costume como técnica secundária. Destaca-se que, o sistema jurídico brasileiro não se funda no

⁴⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.72.

⁴⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.72.

⁴⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.65.

direito costumeiro, e assim, reduz o uso do costume como fonte, concebendo-o, exclusivamente, de modo suplementar à lei, contanto que não haja conflitos com ela⁴⁹².

Enfim, a equidade é a técnica pela qual “o magistrado, em busca do direito justo, corrige desproporção existente entre a norma geral e abstrata e a peculiaridade do caso concreto”⁴⁹³, o que, conquanto se traduza em imperativo de justiça, aplicada na generalidade dos casos poderia gerar insegurança jurídica. Assim, é admitida somente nas hipóteses em que o próprio legislador a autoriza⁴⁹⁴.

Demonstrada as técnicas que permitem a integração do ordenamento jurídico, é imperioso ao magistrado interpretar e julgar os diversos casos que lhe são apresentados, encontrando solução embasada na ordem jurídica, como já dito é unitária, completa e sistemática. É isto que se espera, quando as diversas demandas judiciais, sobretudo, aquelas que tem como centro as famílias poliafetivas e seus efeitos, carecem de lei ordinária específica.

Portanto, pelo próximo tópico, abordar-se-á a interpretação como um processo unitário, através do direito civil na legalidade constitucional.

5.3 O Direito Civil na legalidade constitucional, as famílias poliafetivas e possíveis direitos

Vive-se, no Brasil, a alvorada do Estado Democrático de Direito, pela qual os princípios e os valores constitucionais passaram a ordenar o sistema jurídico integralmente. Nesta perspectiva, o presente tópico observará, o conceito do direito civil constitucional, os seus pressupostos teóricos, o exercício da razoabilidade e proporcionalidade na atividade decisória, bem como alguns possíveis direitos das famílias constituídas por três ou mais pessoas, denominada poliafetiva.

Inicialmente, entende-se por direito civil constitucional a doutrina metodológica que sustenta a necessidade de constante releitura do direito civil à luz da Constituição⁴⁹⁵.

⁴⁹² TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.69.

⁴⁹³ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.73.

⁴⁹⁴ Art. 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”; Art. 2º da Lei n. 9.307/1996: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

⁴⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. rev. ampl. de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

Entretanto, a expressão “releitura” não deve ser compreendida de modo restritivo, haja vista que não versa exclusivamente de valer-se da Carta Maior para fins de interpretação das normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da constituição), mas, outrossim, de assentir que as normas constitucionais podem ser aplicadas de forma direta, “quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie*”, às relações jurídicas entre particulares⁴⁹⁶.

De fato, para o direito civil constitucional é irrelevante se a Constituição será aplicada de forma direta ou indiretamente, o que importa é “confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e sócioeconômicas”⁴⁹⁷. Logo, a norma constitucional não deve ser compreendida unicamente “como mera regra hermenêutica, mas também como norma comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”⁴⁹⁸.

O direito civil constitucional trata-se da superação da dicotomia entre a Carta Maior e o Direito Civil, pela remodelação dos institutos, tendo em conta os preceitos constitucionais, especialmente, os valores fundamentais do ordenamento jurídico, não havendo que se falar em tentativa de exaurir o direito civil, pela transferência de determinados tópicos para a seara do Direito Constitucional e, tampouco na sua classificação como “conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil”⁴⁹⁹.

Destaca-se que o termo “constitucional”, acrescentado ao direito civil, serve apenas como compromisso a máxima concretização da Constituição. Assim, para os doutrinadores do direito civil constitucional, não há qualquer direito civil que não seja constitucional. Isto posto, a legalidade e a interpretação são constitucionais, ou seja, orientadas pelos fundamentos consagrados na Carta Maior⁵⁰⁰.

Consoante ao demonstrado, Perlingieri, o precursor dos estudos relacionados à denominada metodologia civil constitucional, trouxe os pressupostos teóricos caracterizadores da doutrina: a natureza normativa das constituições; a complexidade e o

⁴⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. rev. ampl. de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

⁴⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. rev. ampl. de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

⁴⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. rev. ampl. de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

⁴⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 1. p. 1-13, p. 2.

⁵⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, E-book ISBN 9788553616954, p. 70

caráter unitário do ordenamento jurídico frente ao pluralismo das fontes e, uma renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos⁵⁰¹.

Quanto as normas constitucionais, repisa-se, apontam os fundamentos e as justificações de normatividade de valor interdisciplinar dos institutos jurídicos, e indicam “parâmetros de avaliação dos atos, das atividades e dos comportamentos, como princípios de relevância normativa nas relações intersubjetivas”⁵⁰².

No que concerne ao pressuposto denominado “complexidade e o caráter unitário do ordenamento jurídico frente ao pluralismo das fontes”, é pertinente ater-se que “a unidade do ordenamento jurídico, não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes”⁵⁰³. Além disso, o pluralismo das fontes do direito, pela emancipação de uma concepção estatal, basta observar os diversos atos e fatos com relevância jurídica, é reduzido por meio do controle de legitimidade quanto ao uso dos princípios constitucionais nas relações intersubjetivas⁵⁰⁴.

Desta feita, pela distinção entre validade, legalidade e legitimidade da norma, é evidente que o princípio da legalidade constitucional se apresente como garantia sob os valores fundantes do ordenamento jurídico. A legitimidade da lei é o controle de legitimidade constitucional, no que se refere ao expresso em lei, como também ao seu conteúdo. Assim, tal controle constitucional, para além da lei, compreende “os atos e atividades” que são a manifestação da autonomia individual, coletiva e da discricionariedade administrativa, os quais devem se balizar sob os ditames da dignidade humana e princípios decorrentes⁵⁰⁵.

O pressuposto da renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos apresenta-se no sentido de elaborar uma teoria da interpretação jurídica, a qual não se funda no mecanismo lógico da subsunção⁵⁰⁶ do fato à norma abstrata. Isto é, teoria que

⁵⁰¹ PERILINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 1. p. 1-13, p. 1.

⁵⁰² PERILINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 1. p. 1-13, p. 2.

⁵⁰³ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. rev. ampl. de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

⁵⁰⁴ PERILINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 1. p. 1-13, p. 2.

⁵⁰⁵ PERILINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 1. p. 1-13, p. 3.

⁵⁰⁶ “Define-se como subsunção esta chamada segunda etapa do processo hermenêutico, pela qual se opera a incidência da norma ao fato concreto. O intérprete se restringiria, nesta etapa, a reconduzir o fato social à

consiga propor uma interpretação das disposições normativas, quanto à hierarquia das fontes e dos valores, levando em consideração o sistema unitário e a axiologia, sendo o processo hermenêutico único, quando da interpretação das leis ordinárias e das normas constitucionais⁵⁰⁷.

Assim, considerando todos os pressupostos da doutrina do Direito Civil Constitucional, há que observar acerca de possíveis lacunas no ordenamento jurídico, igualmente o exercício da razoabilidade e da proporcionalidade na atividade decisória.

Pela concepção de que os princípios constitucionais devem ser aplicados independentemente da intermediação do legislador, é possível cogitar a existência de lacunas no ordenamento jurídico? Há lacuna na ordem jurídica quanto às famílias poliafetivas?

Como se sabe, ainda que haja omissão do legislador ordinário, cumpre ao intérprete da lei observar diretamente as normas constitucionais para fins de resolução do caso concreto. Desta monta, nos dizeres de Perlingiere, se existir lacuna, esta é do sistema jurídico inteiro e não dos níveis de normas que o compõem⁵⁰⁸.

Assim, no que concerne às famílias poliafetivas, destaca-se, não há lacuna no ordenamento jurídico, o que ocorre é a ausência de normativo ordinário específico que aborde suas relações e afeitos, cabendo ao intérprete da lei, à luz do reconhecimento destas pelo art. 226, da CF, bem como através dos primados da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada, da igualdade, da mínima intervenção do Estado nas relações familiares e, no princípio do não retrocesso social, oportunizá-las os regramentos previstos para a união estável, estatuídos no art. 1.723, do CC.

Assim, o problema quanto a omissão do legislador ordinário se resolve no âmbito da interpretação, que a título exemplificativo, foi adequadamente realizada pela Tabela Claudia do Nascimento Domingues, que lavrou a primeira escritura pública brasileira de união estável poliafetiva, a qual observou, na ausência de legislação ordinária, o ordenamento jurídico como um todo e, através dos preceitos constitucionais⁵⁰⁹, os quais

previsão genérica e abstrata, estabelecendo-se, assim, falsa perspectiva binária entre o Direito e a realidade social, e circunscrevendo-se a aplicação do direito ao mero enquadramento do fato (localizado no plano fenomenológico do mundo real) à disposição normativa (localizada no plano deontológico do direito)". (TEPEDINO, 2021, p.74)

⁵⁰⁷ PERILINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 1. p. 1-13, p. 3.

⁵⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p.221.

⁵⁰⁹ IBDFAM. Escritura reconhece união afetiva a três. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

também ensejaram o reconhecimento do matrimônio e da união estável homossexual, ADPF 132 e ADI 4277, possibilitou a realização da dignidade humana de diversas famílias poliamorosas.

Segundo Perlingieri, pela “perspectiva hermenêutica que tende a individuar a normativa mais adequada ao caso” é “difícil separar as hipóteses previstas tipicamente pela lei das não previstas”, o que conduz à conclusão de que “nesse sentido, a interpretação é sempre analógica”⁵¹⁰.

É cediço que a norma requer um intérprete racional capaz de seguir o modelo que extraia da figura legal uma análoga para o caso concreto, sendo o papel daquele individuar a resposta dada pela leitura sistematizada do ordenamento jurídico, buscando a máxima concretização dos valores constitucionais.

Além disso, Perlingieri observa que no universo da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, a jurisprudência, não só da Corte constitucional, e a própria doutrina não devem se ausentarem de empregar as noções de proporcionalidade e razoabilidade na reconstrução dos institutos jurídicos, devendo, em suas decisões, se distanciar da inspiração dogmática, da mecanicidade pela aplicação do fato a uma *fattispecie* abstrata⁵¹¹.

Neste sentido, a ponderação evidente nas hipóteses de colisão de princípios, pelos dois primados igualmente valiosos para o ordenamento, em igualdade de hierarquia, expressos por enunciado genérico, obrigam o intérprete do direito a decidir com o sacrifício de um deles, deve ser empregada constantemente no exercício da hermenêutica⁵¹².

Considerando a complexidade do ordenamento e das relações jurídicas conflituosas, a técnica de ponderação torna-se imprescindível para o sopesamento dos variados vetores normativos incidentes ao caso concreto. Assim, Tepedino esclarece que deve ser utilizada na aplicação de entre princípios; entre regras e; regras e princípios, já que “todos os enunciados normativos dialogam entre si, contemporaneamente, sob a mesma tábua axiológica”⁵¹³.

⁵¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

⁵¹¹ PERLINGIERI, Pietro. Diálogos com a Doutrina. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p. 288-298, abr. 2001. Trimestral. Disponível em: https://ibdcivil.org.br/wp-content/uploads/2020/11/entrevista_vol_6.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021, pp. 293-294.

⁵¹² PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Brasil: Renovar, 2008, p. 596.

⁵¹³ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.77.

Em outras palavras a ponderação decorre da identificação de que o texto legislativo se encontra incompleto, bem como de que o decisório judicial manifesta a construção da norma do caso concreto. “Assim interpretação e aplicação da norma constituem-se em processo unitário, inexistindo duplicidade de etapas entre a qualificação do fato e do direito aplicável”, estando superada a subsunção como método interpretativo⁵¹⁴.

Para mais, há que observar que a proporcionalidade se subdivide em três categorias: “adequação”⁵¹⁵, meio hábil para a obtenção do fim pretendido; “necessidade”⁵¹⁶, a medida restritiva utilizada deve ser a menos onerosa para o direito restringido, quando comparada às demais alternativas; e “proporcionalidade em sentido estrito”⁵¹⁷, isto é, o proveito alcançado precisa compensar os sacrifícios gerados.

Quanto à razoabilidade é pertinente entender que embora seja utilizada lado a lado da ponderação, são controvertidas. Enquanto a ponderação revela-se como sopesamento e calibração da incidência normativa, o raciocínio “aplica-se sempre, diante de regras e de princípios, já que o merecimento de tutela de determinada posição jurídica depende necessariamente da análise da hipótese concreta à luz da totalidade dos vetores normativos de incidência”⁵¹⁸.

O desenvolvimento da razoabilidade como técnica de hermenêutica possibilita o afastamento, assim como a proporcionalidade, da técnica de subsunção e impõe a consideração das situações concretas na formulação da norma interpretada, sem a distinção entre casos fáceis ou difíceis. Ademais, não dispensa a construção de fundamentação argumentativa suscetível de controle, e a sua aplicação deve ser necessariamente à luz do ordenamento jurídico em sua integralidade⁵¹⁹.

⁵¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.77.

⁵¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p.588

⁵¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p.591

⁵¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p.593-594

⁵¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.79.

⁵¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4, p.81.

Por tais ensinamentos é relevante advertir que, pela leitura abstrata dos regramentos da união estável, art. 1.723 do CC e dos impedimentos que defluem do art. 1.521, de igual *códex*, descartada a aplicação sistêmica do ordenamento jurídico, sobretudo, a observância dos primados constitucionais, ter-se-ia o entendimento exclusivo, desproporcional e irracional de que somente podem constituir união estável o homem e a mulher, que não possuam outro vínculo matrimonial em vigência, estando excluídas as uniões homossexuais, precipuamente, as uniões poliafetivas.

Ora, o instituto da união estável não é propriedade exclusiva da família convivencial heterossexual monogâmica, mas de todas as que perfazem os seus moldes, interpretados à ótica dos princípios da Carta Maior, pelo entendimento da leitura sistêmica do ordenamento jurídico, o qual tem em seu âmago a proteção do indivíduo, haja vista que no Estado Democrático de Direito há a valorização da dignidade da pessoa humana.

Assim, para além das famílias monogâmicas heterossexuais, o regramento da união estável, através da interpretação integrada, é normativo que se impõe às uniões homossexuais, bem como às poliafetivas, podendo ser convertidas em matrimônio.

Portanto, considerando os pressupostos do Direito Civil Constitucional, é que os próximos tópicos irão abordar acerca dos efeitos das famílias poliafetivas, constituídas pela união estável fática ou formal e possíveis resoluções de conflitos judiciais.

5.3.1 Direitos de família inerentes à dissolução do núcleo poliafetivo

Primeiramente, antes de abordar acerca dos direitos inerentes à dissolução do núcleo poliafetivo é necessário observar, quando da sua constituição o regime de bens.

Entende-se por regime de bens “o conjunto de regras de ordem privada relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar.”⁵²⁰ Tais regimes são previstos entre os arts. 1.639 a 1.688, do CC, podendo ser aplicados ao casamento e a outras entidades familiares, como a união estável.

Desta forma, são regimes de bens previstos, expressamente, pelo Código Civil: a comunhão universal de bens, a comunhão parcial de bens, a participação final dos aquestos e a separação total de bens. E ainda, é permitido que ocorra a criação de outro regime, inclusive pela combinação de regras dos que estão epígrafe⁵²¹.

⁵²⁰ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, E-book: ISBN 978-85-309-9310-8, p.2104.

⁵²¹ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 76.

Observa-se que na possibilidade da existência da união estável fática⁵²², ou seja, sem qualquer lavratura de contratado particular ou documento público, bem como quando no casamento não houver o estabelecimento do regime de bens⁵²³, aplicar-se-á as regras do regime legal da comunhão parcial de bens. Entretanto, caso os conviventes ou cônjuges se enquadrem nas situações dispostas pelos incisos do art. 1.641, do CC, a união restará regrada pelo regime da separação total de bens, ainda que haja pacto de regime diverso, como na hipótese de não existir qualquer regulamentação formal.

Assim, o regime da separação de bens é o regramento obrigatório para o casamento ou união estável, pelo qual um dos conjugues ou companheiros se enquadra, em pelo menos uma, das seguintes circunstâncias: ser maior de 70 (setenta) anos de idade; inobservar as causas suspensivas de matrimônio; depender, para casar, de suprimento judicial⁵²⁴.

Ressalta-se que pelo art. 1.687, do CC, os bens permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges ou convivente, que os poderá de forma livre, alienar ou gravar de ônus real. Porém com o vigor da Súmula 377, do STF⁵²⁵, em suma, a união que estiver sob tal regime, terá por efeitos que: todos os bens adquiridos onerosamente, na vigência do casamento ou da união estável, deverão ser partilhados, pelos cônjuges ou conviventes, de maneira igualitária, salvo pacto antenupcial.

Neste sentido, Maria Berenice Dias explica que o proposto pela Súmula 377, do STF, relativiza o regime da separação de bens “para evitar enriquecimento injustificado de um dos consortes em detrimento de outro”⁵²⁶. Contudo, Flávio Tartuce esclarece:

no regime da separação obrigatória haveria algo próximo de uma comunhão parcial, comunicando-se os bens havidos durante a união, pelo esforço patrimonial dos cônjuges. Em suma, se ainda incidente a súmula, na separação legal não haveria uma separação absoluta, pois alguns bens se comunicam. Deve ficar claro que este autor sempre seguiu o entendimento pela necessidade de prova do esforço comum para que surja o direito à participação do cônjuge na separação legal ou obrigatória de bens⁵²⁷.

⁵²² Art. 1.725, do CC - “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

⁵²³ Art. 1.640, CC – “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”

⁵²⁴ Art. 1.641, do CC

⁵²⁵ “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

⁵²⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p.434.

⁵²⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, E-book: ISBN 978-85-309-9310-8, p.2120.

Por conseguinte, quanto ao regime da comunhão parcial de bens, previsto pelo Código Civil nos arts. 1.658 a 1.666, prevê a comunicação de todo o patrimônio adquirido por qualquer dos conviventes ou cônjuges, na vigência da união estável ou casamento, sendo exceção à regra os bens que se originarem por sucessão ou doação, e os sub-rogados em seu lugar. Destaca-se, que os bens particulares, aqueles de aquisição em momento anterior ao relacionamento conjugal ou convivencial não são partilhados.

Já o regime da comunhão universal de bens, expresso pelos arts. 1.667 a 1.671, do CC, em regra básica prevê a comunhão, entre os cônjuges ou conviventes, dos bens anteriores, presentes e posteriores à união, isto é, há uma comunicação total ou plena nos aquestos, o que inclui as dívidas passivas de ambos, se reverterem em proveito do casal⁵²⁸. Há que esclarecer acerca da não comunicação de patrimônio doado ou herdado, bem como os sub-rogados em seu lugar, se e somente se, houver cláusula de incomunicabilidade. Quanto “aos bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva, também não se comunicam”⁵²⁹.

No regime de participação final dos aquestos, César Fiuza explica que se trata do “regime pelo qual cada cônjuge possui patrimônio próprio, cabendo-lhe, à época da dissolução da sociedade conjugal, metade do patrimônio adquirido, a título oneroso, na constância do casamento”⁵³⁰.

Neste sentido entende-se por patrimônio próprio os bens particulares e os oriundos, a qualquer título, por apenas um dos cônjuges ou companheiros, na constância da união⁵³¹. Para mais, Fiuza ressalta que os bens móveis são presumidos como adquiridos na constância do casamento e, que tal presunção é “*iuris tantum*, admitindo prova em contrário. A administração desse patrimônio será de cada um separadamente”⁵³².

Enfim, pelo regime de participação final dos aquestos, não integram, o montante partilhável, em caso de dissolução do casamento ou da união estável, “a) os bens anteriores ao casamento e os adquiridos para substituí-los; b) os bens adquiridos a título

⁵²⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, E-book: ISBN 978-85-309-9310-8, p.2142.

⁵²⁹ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 79.

⁵³⁰ FIUZA. César. Direito Civil: curso completo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, E-book: ISBN 978-85-203-6260-0, p.763

⁵³¹ FIUZA. César. Direito Civil: curso completo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, E-book: ISBN 978-85-203-6260-0, p.763

⁵³² FIUZA. César. Direito Civil: curso completo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, E-book: ISBN 978-85-203-6260-0, p.763

de doação ou herança; c) as dívidas relativas a esses bens listados nas letras ‘a’ e ‘b’⁵³³. Apresentados os regimes de bens previstos pelo Código Civil é mormente observá-los na perspectiva das famílias poliafetivas, constituídas pela união estável.

Como já demonstrado, a família poliafetiva é um núcleo composto por mais de duas pessoas que se relacionam entre si, amorosamente, e se compreendem, de forma recíproca, como família uns dos outros. Todavia, quando se trata da divisão do patrimônio desta, inicialmente deve-se observar que até a presente data, o CNJ, ultrapassando sua competência, proibiu a possibilidade de se declararem como família perante o Estado, através das escrituras públicas declaratórias de união estável. Desta feita, considerando que o CNJ não possui natureza jurisdicional, os efeitos de sua “decisão” não podem recair sobre os contratos particulares que, porventura, as famílias poliafetivas vierem instrumentalizar suas relações, sob o princípio da autonomia da vontade privada.

Assim, a partilha de bens, no caso da dissolução destes relacionamentos, está a depender do pronunciamento de nossos magistrados frente ao caso concreto, podendo esta autora apenas suscitar que o núcleo poliafetivo, família segundo a Constituição Federal, se documentar o relacionamento quanto ao regime de bens e futura partilha, através de contrato particular, deverá ter sua vontade garantida.

Ainda, caso inexistir contrato acerca de regime de bens, deverá, o magistrado, pela leitura sistemática do ordenamento jurídico, utilizar da técnica da analogia, à luz dos preceitos constitucionais para, proporcionar a aplicação do regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725, do CC, sendo o patrimônio adquirido na constância da união, partilhado de forma proporcional à quantidade de parceiros que integram a relação, observadas iguais ressalvas das uniões estáveis monogâmicas que adotam tal regime.

Além disso, caso um dos integrantes da união estável preencha qualquer uma das hipóteses do art. 1.640, do CC, o regime de bens deverá ser, obrigatoriamente, o da separação legal de bens, devendo ocorrer a incidência da Súmula 377, do STF.

Por fim, há que salientar que a família poliafetiva é uma unidade, não havendo que se falar em regimes de bens distintos entre seus membros.

No entanto, é comum que os núcleos poliafetivos se construam com o tempo, no sentido de receber mais membros como integrantes do lar. Desta forma, imagine: Maria e Eduarda estão em união estável há pelo menos quatro anos. Juntas, decidem adquirir uma pequena casa amarela. Com o passar do tempo, Maria e Eduarda conhecem

⁵³³ FIUZA. César. Direito Civil: curso completo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, E-book: ISBN 978-85-203-6260-0, p.763

Pâmela e, todas apaixonadas, decidem formar uma família poliafetiva. Pelo conforto do “trisal”, decidem, na constância do relacionamento convivencial, adquirir uma grande casa rosa, a qual foi morada de todas, por mais 5 anos, até o fim do relacionamento convivencial poliafetivo. No caso, o “trisal” nunca havia se preocupado com qualquer formalização da união estável, pois viram nos noticiários que era “proibido”. Logo, em meio aos conflitos decorrentes da dissolução familiar, buscam seus direitos perante o judiciário.

Pelo caso concreto, vê-se que nenhuma das conviventes se enquadravam nas hipóteses do art. 1.640, do CC, isto posto, o regime de bens apropriado seria o da comunhão parcial de bens. Deste modo, considerando a existência de bens anteriores e posteriores à união estável poliafetiva, é essencial que sejam observados, em consideração ao regime de bens, o momento da aquisição de cada imóvel, a existência de dívidas e sua cronologia, bem como a data em que cada parceiro se integrou ao relacionamento, para a promoção de justa divisão de patrimônio⁵³⁴.

Observada a questão patrimonial, no que tange a dissolução da união estável poliafetiva, há ainda que abordar acerca da filiação socioafetiva, a qual origina a multiparentalidade, que deflui nos direitos e deveres de guarda, convivência e alimentos, à perspectiva do melhor interesse da criança ou adolescente.

5.3.2 A filiação na família poliafetiva e seus efeitos jurídicos

Na certeza da existência e proteção da família poliafetiva pela Carta Maior, há que observar, outrossim, seus reflexos quando há filhos socioafetivos.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf compreende a afetividade como o relacionamento de carinho ou cuidado, com pessoa íntima ou querida, em estado psicológico que permite ao ser humano apresentar seus sentimentos, em razão do laço criado, que, mesmo sem conotação sexual, se sustem em amizade aprofundada⁵³⁵. Ademais, completa que “o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos”⁵³⁶.

⁵³⁴ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 79.

⁵³⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das Famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

⁵³⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das Famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 19.

Nesta direção, quanto à relação entre afeto e filiação João Batista Villela traz:

A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.⁵³⁷

Portanto, o relacionamento familiar só tem sentido quando o que os une está fundado nos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. Neste universo, Maria Berenice Dias ensina que:

O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Se de um lado existe a verdade biológica, de outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços familiares⁵³⁸.

Posto isso, é evidente que o afeto se encontra na ideia de parentesco, o qual é previsto pelo art. 1.593, do CC: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”. além disso, por permitir “outra origem”, há que reconhecer a possibilidade da parentalidade socioafetiva, consoante ao Enunciado 256 do CJF: “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Desta forma, reconhecida a filiação socioafetiva, não há a necessidade obrigatória da exclusão do “genitor biológico” do registro de nascimento do filho, como é realizado no procedimento de adoção, em que há a extinção do poder familiar e supressão dos pais sanguíneos. Mas, é primordial que, diante do caso concreto, se observe o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, para a tomada de decisão judicial razoável e proporcional.

Neste universo, Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que a multiparentalidade é o possível desdobramento da teoria da socioafetividade, significa que em alguns casos “o vínculo afetivo deve prevalecer sobre o biológico; em outras, o contrário. E, ainda, não

⁵³⁷ VILLELA, João Batista. Família Hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto. In: BARRETO, Vicente (Org.) A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 85

⁵³⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 682.

há prevalência de um sobre o outro, ou seja, ambos são igualmente significativos para o filho, que pode ter uma dupla maternidade/paternidade”⁵³⁹.

Diante do demonstrado, quando nas famílias poliafetivas há a origem de filhos, quer seja pela relação sexual de dois de seus membros; pela adoção de filhos por qualquer de seus integrantes; ou ainda pela existência de prole anterior ao relacionamento poliafetivo, que agora integra a família, é possível a identificação e o reconhecimento da multiparentalidade?

Primeiramente cabe frisar que a multiparentalidade foi reconhecida através do Recurso Extraordinário nº 898.060, que permitiu a existência conjunta de mães e pais, biológicos e socioafetivos, registrados na certidão de nascimento de um único filho⁵⁴⁰. Após o decisório, iniciou-se o debate acerca da possibilidade ou não do reconhecimento da socioafetividade diretamente no Cartório de Registro Civil, sem a obrigatoriedade de pleito judicial, com o fim de desburocratizar o procedimento⁵⁴¹.

Desta maneira, na tentativa de pôr fim à discussão, o CNJ editou, em 14 de novembro de 2017, o Provimento 63⁵⁴² que instituiu o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva, perante os Cartórios de Registros Cíveis do país. Daí, surgiu novo questionamento quanto à possibilidade do registro de mais de um ascendente socioafetivo, sem a necessidade de acessar o poder judiciário para tanto.⁵⁴³

Assim, o CNJ editou o Provimento nº 83⁵⁴⁴, em 14 de agosto de 2019, que possibilitou, através dos Cartórios de Registros Cíveis, o reconhecimento voluntário e averbação da paternidade ou maternidade socioafetiva, de pessoas acima de doze anos de

⁵³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. APRESENTAÇÃO DE Rodrigo da Cunha Pereira. In: CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-book: ISBN 9788597003710, p.14.

⁵⁴⁰ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 898.060. Paternidade Socioafetiva e Pluriparentalidade. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

⁵⁴¹ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 87

⁵⁴² BRASIL. CNJ. Provimento nº 63. Institui Modelos Únicos de Certidão de Nascimento, de Casamento e de Óbito, A Serem Adotadas Pelos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais, e Dispõe Sobre O Reconhecimento Voluntário e A Averbação da Paternidade e Maternidade Socioafetiva no Livro “A” e Sobre O Registro de Nascimento e Emissão da Respectiva Certidão dos Filhos Havidos Por Reprodução Assistida. Brasília, 14 nov. 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 13 jul. 2021.

⁵⁴³ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 87

⁵⁴⁴ BRASIL. CNJ. Provimento nº 83. Altera A Seção Ii, Que Trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento N. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Brasília, 14 ago. 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

idade, estando limitado a uma filiação socioafetiva⁵⁴⁵. Portanto, caso a pessoa não cumpra o requisito idade ou queira ter reconhecido dois pais, duas mães ou um pai e uma mãe socioafetivos, deverá ingressar com pleito judicial⁵⁴⁶.

Considerando o Provimento n° 83, do CNJ, caso exista a parentalidade socioafetiva oriundas das famílias poliafetivas, seus membros deverão observar tal regramento para acrescer o registro civil de um filho.

À vista disso, caso o núcleo poliafetivo seja composto de três pessoas e, duas delas tenham dois filhos biológico em comum, que possuam mais de doze anos de idade, poderão se valer da via administrativa para realizar o reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva, acrescendo o registro civil da prole⁵⁴⁷.

De outro modo, na hipótese da união poliafetiva envolver três ou mais pessoas, sendo que uma delas têm um filho biológico em comum, ainda que este conte com mais de doze anos de idade, não poderá, pela via administrativa, ter reconhecido mais de um pai ou mãe socioafetivo. Destarte, deverá ingressar com processo judicial para que tenha reconhecido e registrado todos os pais e ou mães do afeto.

Logo, pela compreensão da possibilidade da ocorrência da multiparentalidade na família poliafetiva, considerando o estabelecimento de vínculos afetivos derivados da paternidade e da maternidade socioafetiva, há que se discorrer sobre os efeitos jurídicos da pluriparentalidade, quando da dissolução do núcleo poliafetivo.

A princípio, é necessário aclarar que a proteção da criança e do adolescente está prevista pela Constituição Federal e, em lei própria de n° 8.069/90⁵⁴⁸. Frisa-se que pelo texto constitucional, art. 227, é dever da sociedade, do Estado e da família, com absoluta prioridade, assegurar aos menores de 18 anos, “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, colocando-os a salvo de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Para mais, o art. 3° da Lei n° 8.069/90 determina que a criança e o adolescente “gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da

⁵⁴⁵ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 87

⁵⁴⁶ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 87

⁵⁴⁷ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 88

⁵⁴⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente.

proteção integral, a fim de que o seu “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” seja salvaguardado.

Neste sentido, havendo a dissolução da família poliafetiva, em que se tenha a identificação da pluriparentalidade, haverá de se estabelecer, pelo melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda de filhos.

Pela alteração, no ano de 2014, do §2º do art. 1584, do CC, através da Lei nº 13.058, restou previsto que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Assim, estando todos os pais e mães aptos a exercer o poder familiar, a fim de auxiliar na construção da maturidade psicológica do filho, evitando os efeitos nocivos da alienação parental, estabelece-se a guarda compartilhada⁵⁴⁹.

Tal instituto, nos dizeres de Dias, “impõe a responsabilização conjunta e o exercício dos concertantes ao poder familiar”⁵⁵⁰, devendo ocorrer divisão equilibrada quanto aos cuidados e tarefas, inerentes ao filho.

No caso de família poliafetiva, na qual restou caracterizada a pluriparentalidade, havendo adoção do regime da guarda compartilhada, tanto os pais biológicos quanto os socioafetivos deverão se responsabilizar pela criação e educação dos filhos. Ademais, não há em lei, requisito que imponha um domicílio fixo da criança ou do adolescente, podendo ocorrer a alternância de residências. Contudo, a inexistência de uma moradia base, pode ser prejudicial ao filho, pela ausência da referência de um lar, em que se tratando da dissolução da família poliafetiva, sucederá em três ou mais residências⁵⁵¹.

Assim, para o desenvolvimento pessoal e emocional da criança e do adolescente é pertinente que seus pais e ou mães tenham um bom relacionamento, sendo o foco principal o melhor interesse do filho. Ainda que ocorram desentendimentos, a guarda compartilhada é a forma de garantir que, de modo equilibrado, haja a convivência do menor com todos.

Considerando não ser possível a manutenção da guarda compartilhada, outro modelo estatuído pelo Código Civil é a guarda unilateral pela qual o filho menor de

⁵⁴⁹ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 90.

⁵⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 790.

⁵⁵¹ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 91.

dezoito anos, que deverá permanecer na companhia exclusiva de apenas um genitor, cabendo ao outro exercer o “direito de visitas”⁵⁵², ou melhor, convivência.

O direito de convivência, tem por razão manter o relacionamento do filho com seus pais e ou mães, os quais não detém a guarda, a fim da convivência familiar ser respeitada, e sobretudo, o melhor interesse da criança ou do adolescente⁵⁵³. Assim sendo, a convivência deverá ocorrer regularmente, na forma estabelecida, e, em caso de impedimento injustificado pelo detentor da guarda, poderá ser impellido ao pagamento de sanção pecuniária⁵⁵⁴.

Assim, na dissolução da família poliafetiva, caso seja fixada a guarda unilateral a um dos pais ou mães, deverá constar de modo detalhado o direito de convivência dos demais, sendo ideal que sejam expressos os dias, horários e a divisão de convivência em datas comemorativas, a fim de que todos os genitores, biológicos e socioafetivos, tenham acesso à criança ou adolescente. Ademais, é pertinente a previsão de astreinte, para coibir o descumprimento da convivência por parte do detentor da guarda.

Além da guarda compartilhada e da guarda unilateral, há que resumidamente, trazer acerca da guarda alternada e da guarda por aninhamento, que não estão previstas no Código Civil, e não são recomendadas quando da dissolução da união estável ou divórcio monogâmico, bem como inadequadas às famílias poliafetivas.

Para fins de conhecimento, a guarda alternada⁵⁵⁵ implica na divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, bem como no exercício exclusivo do poder familiar pelo detentor da guarda, o que é incompatível com o art. 1634, do CC, por retirar a autoridade parental de um dos genitores⁵⁵⁶.

Já na guarda por aninhamento, conhecida também como nidação, a criança ou o adolescente “permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece. Só que, nesta

⁵⁵² “[...] não se confunde direito de visitas com convivência familiar. Visitar é ver alguém periodicamente, ir até a casa ou outro local por dever, cortesia ou solidariedade. Conviver é tratar diariamente, coexistir, criar, cultivar e manter vínculos afetivos, essenciais para o desenvolvimento sadio das crianças.” (CARVALHO, 2012, p.107).

⁵⁵³ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 93.

⁵⁵⁴ Recurso Especial nº 1.481.531/SP.

⁵⁵⁵ Enunciado 604 do CJF: “A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.”

⁵⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 888.

hipótese, há necessidade da manutenção de três residências.”⁵⁵⁷, o que exige elevado padrão de vida econômico.

Por fim, tendo em vista que foram apresentados os institutos da guarda e da convivência, na hipótese de dissolução de família poliafetiva em que havia filhos socioafetivos, há que abordar, outrossim, acerca dos alimentos.

É cediço, conforme o art. 1.694, do CC, que os parentes podem pedir alimentos uns aos outros, de que “necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” Nesse direcionamento, enquanto o filho se encontrar sob o poder familiar, seus pais e ou mães, são responsáveis por seu sustento. Cuida-se de obrigação com assento constitucional, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”⁵⁵⁸, promovendo o seu sustento, guarda e educação⁵⁵⁹. Desta forma, nos ditames do §1º, do art. 1.694, do CC, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

Assim, havendo a dissolução da família poliafetiva, pela qual se tem configurada a multiparentalidade, os alimentos deverão ser rateados proporcionalmente a quantidade de genitores biológicos e socioafetivos, sendo observada à necessidade do filho e a possibilidade de cada um dos pais e ou mães⁵⁶⁰.

Para mais, assim como é recomendado às famílias monogâmicas, é aconselhável que os alimentos sejam fixados em espécie, pois o pagamento *in natura*, pode gerar conflitos entre os pais e ou mães, o que poderá prejudicar os interesses do filho⁵⁶¹.

Portanto, existindo a multiparentalidade decorrente da família poliafetiva, há que priorizar, quando houver rompimento familiar, a proteção dos filhos que se encontrem sob o poder familiar dos pais e mães poliamoristas, assim como é realizado na dissolução

⁵⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51, p. 886.

⁵⁵⁸ Art. 229, da CF, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”; Art. 1.696, do CC, “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

⁵⁵⁹ Art. 22, do ECA. “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

⁵⁶⁰ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 95.

⁵⁶¹ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 95-96.

das famílias monogâmicas, sendo essencial, a partir da guarda, da convivência e da instituição de pensão alimentícia, observar o melhor interesse da criança e do adolescente.

5.3.3 Direitos Sucessórios

As entidades familiares poliafetivas são constituídas por mais de dois integrantes e se relacionam afetivamente de modo interativo. Elas estão presentes em diversos lugares do mundo e, desde o ano de 2012 têm sido destaque através de matérias jornalísticas, na sociedade brasileira. Como se sabe, continuam a se constituir ainda que, no ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha ultrapassado os limites de sua competência ao deliberar sobre o conceito constitucional de família, proibindo aos cartórios brasileiros a lavratura de novas escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas. É diante deste contexto que se faz importante, com foco na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, trazer a possibilidade de fruição de direitos sucessórios dos que escolheram amar de modo múltiplo, interativo e afetivo.

Inicialmente, antes de observar o previsto no art. 1829, III, do CC, o qual confere aos cônjuges a qualidade de herdeiro do autor da herança, é primordial, assim como observado no tópico “3.4” que, desde 10 de maio de 2017 através do Recurso Extraordinário nº 646.721 e 878.694⁵⁶², declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC: “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. Desse modo, as regras sucessórias aplicadas ao casamento civil se operam à união estável e, como restará demonstrado, às uniões casamentárias ou convivenciais poliafetivas, pela consideração da interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Neste caminho, Maurício Cavallazzi Póvoas observa três possibilidades pelas quais os cônjuges ou companheiros podem herdar bens deixados do consorte falecido: I- Concorrência com descendentes; II- Concorrência com ascendentes e; III- não há existência de descendentes e ascendentes⁵⁶³.

⁵⁶² STF. Recurso Extraordinário nº 878694/MG. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>> Acesso em 25 jun. 2021.

⁵⁶³ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021.p.274.

A primeira delas, quando os cônjuges ou companheiros concorrem com descendentes, dependerá do regime matrimonial eleito na constituição do casamento ou da união estável poliafetiva, nos termos do regrado pelo art. 1.829, I⁵⁶⁴. Segundo tal dispositivo, escolhido qualquer dos regimes da comunhão parcial de bens ou da participação final dos aquestos, a concorrência, entre descendentes e cônjuges ou companheiros, se dará em relação exclusivamente dos bens particulares do falecido.

Antes de proceder a partilha, nos termos do art. 1.685, do CC⁵⁶⁵ há que se destacar a meação dos cônjuges ou companheiros, o que será complexo a depender da quantidade de membros e bens integralizados durante a união, com suas respectivas datas.

Nesta perspectiva, a fim de melhor compreensão tem-se o exemplo: Maria e Eduarda e Pâmela, sem qualquer contrato declaratório de união estável poliafetiva, se relacionam afetivamente, de modo público, contínuo e duradouro, como se casadas fossem. Maria, antes da referida união já possuía dois filhos, André e Suzana. No ano de 2021, Maria faleceu. Ressalta-se que Maria e Eduarda iniciaram o relacionamento convivencial em 2012, quando a primeira já possuía um imóvel particular no valor de R\$100.000,00. Por ocasião da união convivencial, no ano de 2013, Maria e Eduarda compraram uma casa no valor de R\$100.000,00. Pelo diálogo e se identificando com o poliamor, ambas no ano de 2017 constituíram uma união estável fática, sem qualquer contrato, com Pâmela. Assim, no ano de 2018, visando o conforto da família, Pâmela comprou uma casa maior no valor de R\$120.000,00. Após o falecimento de Maria, como ficará a partilha dos bens deixados por esta?⁵⁶⁶

Considerando que não há qualquer contrato entre Maria, Eduarda e Pâmela, de acordo com o art. 1.725, do CC ⁵⁶⁷, há que utilizar os regramentos da comunhão parcial de bens. Deste modo, iniciando-se pela meação, Pâmela tem direito a um terço da casa

⁵⁶⁴ Art. 1.829, do CC. “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;”

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

⁵⁶⁵ Art. 1.685, do CC: “Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.”

⁵⁶⁶ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.275.

⁵⁶⁷ Art. 1.725, do CC - “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

que comprou em 2018, isto é, R\$40.000,00. Eduarda tem direito a metade da casa comprada em 2013 (R\$50.000), quando se relacionava em união convivencial monogâmica com Maria, mais um terço da casa comprada em 2018 (R\$40.000,00), quando vivia em união estável poliafetiva com Maria e Eduarda, o que totaliza R\$90.000,00⁵⁶⁸.

Nesse sentido, Maria, possui o somatório de um imóvel particular avaliado em R\$100.000,00, mais metade da casa comprada em 2013 (R\$50.000), quando convivia em união estável monogâmica com Eduarda, acrescido de um terço da casa adquirida em 2018 (R\$40.000), quando estava em união estável poliafetiva com Eduarda e Pâmela. Assim, o patrimônio total de Maria é de R\$190.000,00⁵⁶⁹.

Portanto, para fins de partilha, tendo em conta que Eduarda e Pâmela, por força do art. 1.829, I, do CC, só podem herdar sobre o patrimônio individual de Maria, é certo que a concorrência com os descendentes desta, André e Suzana, será dará exclusivamente sobre o valor de R\$100.000,00, que se refere ao imóvel particular da falecida, adquirido antes da união com Eduarda e Pâmela⁵⁷⁰.

Isso posto, Póvoas é enfático ao analisar a possibilidade de duas interpretações. A primeira está no sentido da função promocional e protetiva do cônjuge, pretendida pelo ordenamento e que alcança o companheiro em razão da inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC. Assim, considerar-se-á em caso de múltiplos cônjuges ou companheiros, a partilha dos bens por cabeça, os quais receberam, lado a lado dos descendentes, igual quinhão hereditário⁵⁷¹.

Dessa forma, pelo exemplo em epígrafe, considerando o patrimônio particular da falecida, equivalente a R\$100.000,00, Eduarda, Pâmela, André e Suzana ficarão com partes iguais a R\$25.000,00, isto é, 25% do bem individual de Maria. ⁵⁷²

Pela segunda hipótese de interpretação, Póvoas propõe considerar os múltiplos cônjuges ou companheiros como sendo um para fins de partilha. Assim, o quinhão

⁵⁶⁸ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.276.

⁵⁶⁹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.276.

⁵⁷⁰ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.276.

⁵⁷¹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.276.

⁵⁷² PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.276.

pertencente aos filhos não seria reduzido em casamento ou união estável poliafetiva⁵⁷³. Em consonância a essa interpretação Portes explica que, nesses casos deve-se aplicar a regra do art. 1.829, I, do CC, com algumas adaptações, ou seja, a parte da herança destinada ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, “deverá ser proporcional à quantidade de companheiros existentes”⁵⁷⁴.

Dessa forma, pelo exemplo, o patrimônio particular de Maria (R\$100.000,00) deverá ser partilhado pelo número de filhos mais uma cota destinada a todos os cônjuges ou companheiros existentes. Logo, André e Suzana receberão o valor de R\$33.333,37 cada e Eduarda e Pâmela, partilharão uma cota de R\$33.333,37, o que resultará no valor de R\$16.666,67, para cada uma delas⁵⁷⁵.

Por conseguinte, considerando que Maria e Eduarda, durante a união estável monogâmica (período de 2012 a 2016) adquiriram juntas, no ano de 2013, uma casa no valor de R\$100.000,00. Há que observar a concorrência de Pâmela com André e Suzana sobre o valor de R\$50.000,00, patrimônio particular de Maria⁵⁷⁶.

Ora, como se sabe Eduarda receberá, da casa adquirida em 2013, somente a meação (R\$50.000,00). Contudo, igual não ocorre com Pâmela que entrou no relacionamento familiar somente no ano de 2017, quando o bem já existia. Portanto, em razão do exemplo, destacada a meação, os descendentes André e Suzana e a companheira Pâmela, receberão quinhões equivalentes a R\$16.666,67, cada⁵⁷⁷.

Quanto a partilha da casa comprada por Pâmela, no ano de 2018, durante a união poliafetiva com Maria e Eduarda, equivalente a R\$120.000,00, salvaguardada a meação das companheiras supérstite (R\$40.000,00 cada), não há que se falar em concorrência destas com os descendentes de Maria. Assim, serão partilhados os R\$40.000,00, patrimônio da falecida, igualmente entre André e Suzana, os quais receberão R\$20.000,00, cada⁵⁷⁸.

⁵⁷³ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.277.

⁵⁷⁴ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 99.

⁵⁷⁵ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.277.

⁵⁷⁶ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.277.

⁵⁷⁷ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.278.

⁵⁷⁸ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.278.

Como resumo da partilha se considerado, quando da concorrência com descendentes, a divisão por “cabeça”, isto é, a divisão dos bens particulares pela somatória do total de cônjuges ou companheiros e descendentes ter-se-ia: Total de bens do autor da herança, R\$320.000,00; Meação de Pâmela, R\$40.000,00; Meação de Eduarda, R\$90.000,00; Herança de André, R\$61.666,70; Herança de Suzana, R\$61.666,70; Herança de Pâmela, R\$41.666,70; Herança de Eduarda, R\$25.000,00⁵⁷⁹.

Por outro lado, como resumo da partilha se considerado a concorrência com descendentes, os cônjuges ou companheiros beneficiários de um quinhão hereditário em conjunto: Total de bens do autor da herança, R\$320.000,00; Meação de Pâmela, R\$40.000,00; Meação de Eduarda, R\$90.000,00; Herança de André, R\$70.000,00; Herança de Suzana, R\$70.000,00; Herança de Pâmela, R\$33.333,37; Herança de Eduarda, R\$16.666,67⁵⁸⁰.

Portanto, como demonstrado, a partilha de bens em razão do falecimento de um dos integrantes do relacionamento poliafetivo é complexa sob o regime da comunhão parcial de bens e o da participação final dos aquestos, cujas regras são congruentes. Destaca-se que a dificuldade, não impossibilidade, há quando a data de incorporação de integrantes ao relacionamento poliafetivo se dá em datas diversas, bem como pela aquisição de vários bens em épocas distintas.

No que concerne ao regime da comunhão universal de bens ou da separação de bens, é possível notar maior facilidade na partilha de patrimônio em razão do falecimento de um cônjuge ou companheiro poliafetivo. Nesta perspectiva, considere o exemplo: Maria, Eduarda e Pâmela vivem em união poliafetiva, conforme contrato particular pelo qual elegeram o regime da comunhão universal de bens. Maria, possui dois filhos anteriores ao relacionamento poliafetivo, André e Suzana. No ano de 2021 Maria vem a óbito. Quando Maria e Eduarda deram início a união estável monogâmica, no ano de 2012, a primeira já era proprietária de um imóvel no valor de R\$100.000,00. No ano de 2013, juntas adquiriram uma casa no valor de R\$100.000,00. Em 2017, conheceram Pâmela e uniram-se a ela em união estável poliafetiva, documentada por instrumento particular. Pelo citado contrato, Pâmela passou a ser parte do relacionamento familiar como convivente e, assim, aderiu ao regime da comunhão universal de bens. Com a

⁵⁷⁹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.279.

⁵⁸⁰ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.279.

finalidade de oferecer maior comodidade à família, Pâmela, no ano de 2018, adquiriu uma casa avaliada em R\$120.000,00. Após o falecimento de Maria, como ficará a partilha dos bens deixados por esta?⁵⁸¹

Ora, como se sabe, pelo art. 1.829, do CC, quando o regime matrimonial ou convivencial é o da comunhão universal de bens, não há que se realizar a partilha de bens em concorrência com os descendentes. Desta forma, considerando o total de bens de R\$320.000,00, retira-se a meação de Eduarda e Pâmela (R\$106.666,67 cada) e, partilha-se a herança equivalente a quota parte de Maria (R\$106.666,67) por igual entre André e Suzana, seus descendentes. Assim, cada filho da falecida receberá R\$53.333,33⁵⁸².

Em continuidade, há ainda que trazer igual exemplo adaptado ao regime da separação de bens. Veja: Maria, Eduarda e Pâmela vivem publicamente um relacionamento familiar poliafetivo, de acordo com contrato particular pelo qual elegeram o regime da separação de bens. Maria quando iniciou o seu relacionamento com Eduarda, no ano de 2012, já possuía dois filhos, André e Suzana. Ademais, já contava com um imóvel particular avaliado em R\$100.000,00. No ano de 2021 Maria falece, deixando duas conviventes, dois filhos e bens a inventariar. Ressalta-se que Eduarda, no ano de 2013, com valores exclusivamente seus, compra uma casa equivalente a R\$100.000,00. Em comum acordo, no ano de 2017, ambas decidem se relacionar com Pâmela mutuamente e, assim, esta passa a integrar o relacionamento familiar como convivente, aderindo ao regime da separação de bens. Na intenção de oferecer maior conforto à família, Pâmela, no ano de 2018, adquire, com valores exclusivamente seus, uma casa avaliada em R\$120.000,00. Posteriormente ao falecimento de Maria, como ficará a partilha dos bens deixados por esta?⁵⁸³

Pontua-se que, pelo regramento estatuído pelo art. 1.829, do CC, quando os nubentes escolhem o regime da separação de bens, não é possível, a não ser pela comprovação do esforço mútuo, Súmula 377, do STF⁵⁸⁴, a existência de meação. Assim, a integralidade do patrimônio do autor da herança deverá ser partilhado entre os companheiros ou cônjuges e os descendentes em concorrência.

⁵⁸¹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.280.

⁵⁸² PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.280.

⁵⁸³ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.280.

⁵⁸⁴ Súmula 377, do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Desse modo, para o exemplo, há que considerar duas possibilidades. A primeira é aquela que considera o cônjuge ou companheiro supérstite individualmente, a fim de partilhar de forma igualitária a herança pelo número total de consortes e descendentes. Portanto, considerando o patrimônio da falecida equivalente a R\$100.000,00 (bem particular adquirido antes de 2012), partilhar-se-á do seguinte modo: Eduarda, Pâmela, André e Suzana, receberam quinhões equivalente a R\$25.000,000, cada⁵⁸⁵.

Por segunda interpretação, aquela pela qual se considera o número de cônjuges ou companheiros como um, para efeitos de partilha, a fim de que não se reduza a herança dos filhos em caso relacionamentos poliafetivos, ter-se-á: André e Suzana herdarão igualmente o valor de R\$33.333,37 cada e, Pâmela e Eduarda partilharam o valor de R\$33.333,37, o que resulta no valor de R\$16.666,67, para cada⁵⁸⁶.

Demonstrada a possibilidade da partilha de bens quando há concorrência entre cônjuges ou companheiros e descendentes, passa-se a evidenciar a hipótese que envolve o falecimento de integrante de relacionamento poliafetivo, que pela ausência de descendentes, têm seus cônjuges ou companheiros supérstites de concorrer com ascendentes do *de cuius*.

Consta do direito das sucessões que os ascendentes são a segunda classe na ordem de vocação hereditária, art. 1.836, do CC⁵⁸⁷. Desse modo, não havendo descendentes, mas sendo o autor da herança casado ou convivente, independentemente do regime de bens, haverá concorrência entre os cônjuges ou companheiros supérstite e os ascendentes, pela observação do art. 1.837, do CC.⁵⁸⁸

Portanto, para melhor compreensão, importa utilizar a exemplificação como foi realizada acima. Entretanto, só será usado o regime da comunhão parcial de bens, pois como mencionado as regras aplicadas serão iguais, salvo no tocante à remoção de meação, que se dará do mesmo modo, como já tratado neste tópico. Assim, considere a presente situação: Maria, Eduarda e Pâmela têm um relacionamento poliafetivo, sem qualquer contrato público ou particular. Nenhuma delas possui filhos, mas todas possuem os pais vivos. No ano de 2021, Maria falece deixando suas companheiras e seus ascendentes de

⁵⁸⁵ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.281.

⁵⁸⁶ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.282.

⁵⁸⁷ Art. 1.836, do CC: “Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.”

⁵⁸⁸ Art. 1.837, do CC: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”

primeiro grau, Misael e Miriã. No ano de 2012, Maria inicia seu relacionamento monogâmico com Eduarda e, assim constituem família. Destaca-se que antes da união estável com Eduarda, Maria já contava com um imóvel no valor de R\$100.000,00. No ano de 2013, Maria e Eduarda compram uma casa avaliada em R\$100.000,00. Decididas em viver uma união poliafetiva, no ano de 2017, decidem morar juntas com Pâmela que passa a integrar o relacionamento familiar. Pâmela, visando o conforto da família, adquire, no ano de 2018, uma casa no valor de R\$120.000,00. Dessa forma, com o falecimento de Maria, como restará a partilha dos bens, após extraída a meação?⁵⁸⁹.

Como demonstrado o total de bens é de R\$320.000,000. Pâmela, a título de meação, receberá apenas R\$40.000,00, referente à casa adquirida no ano de 2018. Já Eduarda terá direito à meação concernente ao somatório de metade da casa comprada em 2013 (R\$50.000,00), mais um terço do bem adquirido no ano de 2018 (R\$40.000), perfazendo o total de R\$90.000,00⁵⁹⁰. Desse modo, o patrimônio deixado pela falecida corresponde a soma do valor de seu imóvel particular (R\$100.000,00), mais metade da casa adquirida no ano de 2013 (R\$50.000,00), acrescentado ao montante referente a um terço da casa comprada em 2018 (R\$40.000,00). Logo, o total da herança a ser partilhado é de R\$190.000,00⁵⁹¹.

Destaca-se que por ser a concorrência entre cônjuges ou companheiros e ascendentes, art. 1.829, II, do CC⁵⁹², o regime de bens torna-se irrelevante, visto que a partilha se dará em concorrência na totalidade da herança e não, somente, em razão dos bens particulares do falecido. Além disso, há a dicção do art. 1.837, do CC prevê: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Nessa perspectiva, Póvoas analisa duas possibilidades de solução. A primeira, versa sobre a possibilidade de oferecer ao conjunto de cônjuges ou companheiros supérstite o tratamento como de um só herdeiro, salvaguardando, assim, aos ascendentes o um terço a que fazem jus, conforme a lei. Dessa forma, a partilha do valor de R\$190.000,00 dar-se-ia: Misael e Miriã receberiam R\$63.333,33 cada e, Eduarda e

⁵⁸⁹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.283.

⁵⁹⁰ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.284.

⁵⁹¹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.284.

⁵⁹² Art. 1.829, do CC: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;”

Pâmela partilhariam o valor de R\$63.333,33, o que resultaria no montante de R\$31.666,66 para cada⁵⁹³.

Outra possibilidade, considerando que a finalidade do legislador é a igualdade de distribuição da herança entre cônjuges ou companheiros e ascendentes de primeiro grau, art. 1.836, do CC⁵⁹⁴, ter-se-ia, pelo exemplo, o seguinte: Misael, Miriã, Eduarda e Pâmela receberão como herança de Maria, o valor de R\$45.000,00 cada, equivalente a um quarto do patrimônio do autor da herança⁵⁹⁵.

Por derradeiro, como última problemática: em falecimento de integrante de relacionamento poliafetivo, há que trazer a questão da herança quando existe envolvimento da multiparentalidade, múltiplos cônjuges ou companheiros e o estabelecido no art. 1.832, do CC⁵⁹⁶, que concerne a reserva de um quarto. Pela leitura do normativo sucessório, em suma, tem-se que se o cônjuge ou companheiro supérstite concorrer com filhos comuns, a ele deverá ser garantido o mínimo de um quarto da herança, sendo o restante partilhado entre os descendentes.

Nesse universo, tal ensinamento será ilustrado pela situação: Ana, Paula e Gustavo, vivem em união estável poliafetiva, conforme contrato particular lavrado no ano de 2012, pelo qual estabeleceram o regime de separação de bens. Durante a convivência, Ana deu à luz a duas meninas, Clara e Cecília; Paula também teve dois filhos, Henrique e Pedro. Todos são filhos biológicos de Gustavo. Acontece que, pela socioafetividade, Ana e Paula decidiram assumir a parentalidade de todas as crianças, que passaram a ter duas mães e um pai registral. No ano de 2021, Gustavo faleceu deixando quatro filhos menores, duas companheiras e um patrimônio particular de R\$1.200.000,00.⁵⁹⁷

Para a solução do caso em questão, Póvoas propõe duas possibilidades de partilha. A primeira é a reserva de um quarto dos bens para cada um dos cônjuges ou companheiros supérstite, caso estes sejam ascendentes comuns dos herdeiros com os quais concorrem.

⁵⁹³ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.284.

⁵⁹⁴ Art. 1.836, do CC: “Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. § 1 o Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas. § 2 o Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna.”

⁵⁹⁵ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.285.

⁵⁹⁶ Art. 1.832, do CC: “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

⁵⁹⁷ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.286.

Desse modo, o restante seria partilhado aos descendentes que, segundo o exemplo, ficaria: Ana e Paula receberão o valor de R\$300.000,00 cada e, os quatro filhos o valor de R\$150.000,00, cada⁵⁹⁸.

Ao contrário, tem-se por segunda solução, a consideração de todos os cônjuges ou companheiros supérstites como um só herdeiro, os quais deverão partilhar um quarto dos bens do autor da herança, por força do letrado no art. 1.832, do CC. Assim, para o ilustrado, a partilha se dará: Ana e Paula receberão, cada uma, o valor de R\$150.000,00 e os quatro filhos o valor de R\$225.000,00 cada.⁵⁹⁹

Enfim, repisa-se, os feitos sucessórios das famílias poliafetivas são complexos, porém não impossíveis. Desse modo, considerando a leitura sistemática do ordenamento jurídico tem-se a proteção de todas as famílias que estão fundadas no afeto, na solidariedade, no compartilhar de vida, cabe ao magistrado oferecer, quando do caso concreto, interpretação à luz dos primados constitucionais, proporcionando aos integrantes dos núcleos poliafetivos, quer sejam cônjuges, companheiros ou filiação decorrente, a concretização da dignidade humana.

5.3.4 Direitos Previdenciários: a pensão por morte aos supérstites dependentes família poliafetiva

A partir de movimentos libertários ganha força o constitucionalismo exurgindo o Estado de Direito alicerçado na Constituição e nos direitos e garantias individuais, o que ficou sedimentado pela Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776 e da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, de 1789. Assim, o Estado de Direito evoluiu como progresso da civilização, constitucionaliza-se delimitando o poder dos governantes, salvaguardando expressiva segurança e proteção de seus cidadãos, diante de seu papel de estar a serviço da sociedade e não contra esta, ganha legitimidade na medida em que garante efetividade dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, qualificando-se como Estado Material de Direito⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.287.

⁵⁹⁹ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões. Florianópolis: Conceito Atual, 2021, p.287.

⁶⁰⁰ BRENDA, Ernesto e outros. Manual de derecho constitucional. Trad. Antônio Lopez Pina (título original: Handbhch des vefassungsrechts de bundesrepublik Deutschelend). Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 491.

Nas lições de Canotilho⁶⁰¹, o Estado de Direito constitui um verdadeiro princípio de organização da sociedade com os pressupostos materiais: 1) juridicidade; 2) constitucionalidade; 3) direitos fundamentais.

Desta forma o papel do Estado Social e o Democrático de Direito, em seu construído, há de sempre cumprir a garantia dos direitos fundamentais e o desenvolvimento da humanidade, como bem ficou explicitado no preâmbulo da obra *Derecho de Estado de la República Alemana*, que Stern⁶⁰² aclara: “[...] o Estado de Direito livremente configurado continua sendo a única base apropriada para a vida do homem em comunidade”⁶⁰³.

Diante deste universo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, por seu artigo 1º, está alicerçada no Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e tendo como objetivos, entre outros, o de construir uma sociedade: livre, justa, solidária e fraterna, o que ilumina e alicerça todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, sobretudo, o do vasto campo dos direitos sociais, em especial o previdenciário, com o patrocínio solidário da sociedade, direito responsáveis para enfrentar e garantir a proteção dos riscos sociais⁶⁰⁴.

Em razão do ideário previsto no artigo primeiro, da CRFB/88, tem-se um Estado Social, cuja missão é dar concretude à efetividade dos ideais de justiça social, asseios vindicados pela sociedade, à materialização dos direitos sociais e coletivos, com a presença concreta do Estado na ordem social e econômica, em que os administrados devem ter direitos através deste⁶⁰⁵.

É a partir desta axiologia do social constitucional é que se verifica o quão é importante, o direito fundamental prestacional, previdenciário e social, cuja essência é garantir uma vida digna aos cidadãos mais fragilizados pelos riscos sociais, seja por seus estados de saúde ou de idade avançada. Direitos que requerem o estabelecimento, pelo Estado, de uma rede de políticas públicas adequadas à proteção de seus cidadãos pelos

⁶⁰¹ CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 357.

⁶⁰² STERN, Klaus. *Derecho de estado de la república federal alemana*. 8. Ed. Trad. Javier Pérez Royou y Pedro Cruz Vlillalón. (título original: *Das staatsrecht der bun desrepublik Deutschland*). Madrid: Centro de estudos constitucionais, 1983, p. 13.

⁶⁰³ No original consta: “El Estado-de-Derecho libremente configurado continua sendo la única base apropriada para la vida de hombre em comunidade” [STERN, Klaus. *Derecho de estado de la república federal alemana*, p. 13].

⁶⁰⁴ LAZZARI, João Batista. *Curso Modular de Direito Previdenciário*/João Batista Lazzari; João Carlos de Castro Lugon – Florianópolis: LUGON, Luiz Carlos de Castro, 2007, p. 12.

⁶⁰⁵ LAZZARI, João Batista. *Curso Modular de Direito Previdenciário*/João Batista Lazzari; João Carlos de Castro Lugon – Florianópolis: LUGON, Luiz Carlos de Castro, 2007, p. 14.

fatos certos e incertos da vida em sociedade, instrumentos jurídicos-políticos, de sobremaneira, adequados para a concretização da justiça social⁶⁰⁶.

Nesta perspectiva, é o ensinamento de Pasold quanto à função do Estado Contemporâneo:

[...] Estado deve ser um conjunto de atividades legítimas efetivamente comprometidas com uma Função Social, esta entendida na sua conexão com ações que – por dever para com a Sociedade – o Estado executa, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito (que é o Homem individualmente considerado e inserido na Sociedade), em correspondência ao seu Objeto (conjunto de áreas de atuação que dão causa às ações estatais) e cumprindo o seu Objetivo (o Bem Comum ou Interesse Coletivo, fixado de forma dinâmica pelo Todo Social).⁶⁰⁷

Ora neste contexto, para além da Assistência Social, a Previdência Social tem a sua existência em razão de assegurar a mínima proteção aos segurados e aos seus dependentes, diante dos eventos certos e incertos da vida, materializados pelo fato morte do segurado, pela perda de sua capacidade laboral declarada, invalidez, motivada por enfermidade acidentária ou não, ou, ainda, para lhe socorrer quando em sua velhice, e, enfim, garantir a sobrevivência de seus dependentes de forma ampla, visto as diversas conformações familiares.

Conforme exposto por Otávio de Abreu Portes Júnior⁶⁰⁸ “pode-se afirmar que o Direito Previdenciário exerce um papel de vanguarda e inovação em relação ao Direito de Família, pois muitas vezes antecipou à legislação civil e reconheceu direitos a entidades familiares que não tinha previsão legal”.

É inegável que o Direito Previdenciário, em sua evolução protetiva, dando efetividade ao teor dos valores que encerram o artigo primeiro da CRFB/88, antecipou e reconheceu direitos aos membros de conformações familiares, para efeitos de pensionamento previdenciário⁶⁰⁹, que, por vontade, admitem a união estável como meio para o desenvolvimento de seus integrantes, enquadrando-os, independentemente se seus núcleos são compostos por pessoas de mesmo sexo ou não, desde que comprovada a qualidade de segurado, seus vínculos de dependência e a estabilidade desta conformação familiar.

⁶⁰⁶ LAZZARI, João Batista. Curso Modular de Direito Previdenciário/João Batista Lazzari; João Carlos de Castro Lugon – Florianópolis: LUGON, Luiz Carlos de Castro, 2007, pp. 17, 18.

⁶⁰⁷ PASOLD, César Luiz. Função social do estado contemporâneo. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, p. 87.

⁶⁰⁸ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 101.

⁶⁰⁹ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. pp. 101- 102.

Traz como beneficiários do benefício de pensão o art. 16, da Lei 8.213/1991:

At. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei 13.146, de 2015) II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) [...] § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.⁶¹⁰

Ora, pela leitura do artigo retro reproduzido, é inegável que o benefício de pensão está voltado às pessoas de grupo familiar genérico, em que os dependentes do de cujus, cuja abrangência protetiva para os dependentes é dada aos cônjuges, filhos, irmãos “de qualquer condição”, valorando o que desde a CRFB/88 se consuma como família afetiva, *pari passu*, à consanguínea e parental⁶¹¹.

É inegável que o Direito Previdenciário exerce e vem exercendo um papel de abraçar, reconhecer e proteger realidades factuais de novas composições familiares com seus diversos núcleos estruturais, que no passado sequer lhes eram reconhecidas e lhes aferida proteção legal, sobretudo, previdenciária⁶¹².

Certo é que o RGPS, para efeito do pagamento de pensão por morte, já admite que, no caso de vários dependentes pensionistas, o valor do estipêndio de pensão será em valor igual e *pro rata* revertendo-se o valor, a favor dos demais, daquela cuja pensão vier a cessar, § 1º, do artigo 77, da Lei 8.213/1991⁶¹³.

Cabe destacar que há casos em que o falecido, em vida, casou-se pela segunda vez, ou passou a conviver e manter uma nova entidade familiar, solvendo, devido à primeira entidade familiar, prestação alimentícia, o que, neste caso, por seu óbito, ao ex-cônjuges ou ex-companheiros, ou ainda companheiro, direitos a partilharem igual pensão em valor per capita, o que configura o rateio de pensão poliafetiva.

⁶¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁶¹¹ IBDFAM – p. 93

⁶¹² OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. p. 103.

⁶¹³ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Portes Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. ps. 105.

Não o bastante, como bem pontua Otávio de Abreu Portes Júnior:

A equiparação do enteado ao filho para fins previdenciários enquadra-se perfeitamente nos casos de filiação advinda de uma união poliafetiva, em que o filho biológico de dois membros da relação pode ser considerado enteado dos demais, caso não esteja configurada a filiação socioafetiva.⁶¹⁴

Portanto, diante do universo argumentativo acima, certo é que a Lei 8.213/91 traz em si regramentos que, sem sombra de dúvidas, admitem a proteção previdenciária dos membros que compõem as famílias poliafetivas, em nada impedindo que sejam protegidos socialmente seus membros supérstites, economicamente interdependentes, por pensão por morte de um dos componentes de seu núcleo familiar e segurado do RGPS ou de outros regimes, cada vez mais, progressivamente, efetivando a axiologia grafada no artigo 1º, da CRFB/88. Com a Carta de 1988, pela valorização dos direitos fundamentais, a família recebeu proteção especial do Estado, sendo reconhecida como base da sociedade. Neste momento, a família patriarcal, que anteriormente prevalecia, deu lugar à família instrumento, a qual tem por fundamento a valorização e proteção de seus indivíduos, baseada em valores como o afeto e em princípios, quais sejam, da igualdade, da pluralidade, da autonomia da vontade privada e outros.

⁶¹⁴ OTÁVIO de, Abreu Portes Júnior. Poliamor; Otávio de Abreu Porte Júnior, - 1. ed. Belo Horizonte MG: Editora Del Rey, 2020. ps. 105.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muitos anos, no Brasil, em razão das influências da Igreja Católica, tinha-se a concepção, exclusiva, de que família era o instituto constituído por um homem e uma mulher, com a finalidade de procriação. Tal perspectiva, baseada no patriarcado, era indissolúvel e mantinha seus membros unidos, independentemente da existência do afeto, da solidariedade e, sobretudo, da vontade dos cônjuges.

De fato, o Estado priorizava os interesses patrimoniais em face da proteção e realização da pessoa. Assim, todos os modelos familiares divergentes do casamento heterossexual monogâmico, restavam à margem de qualquer reconhecimento social e jurídico, e eram considerados “qualquer coisa” menos família.

Com o passar dos anos, pelo clamor de uma sociedade mais igualitária, justa, livre, solidária e democrática, foi editada e promulgada a Constituição Federal de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, proporcionando a valorização da dignidade da pessoa humana. Desta forma, como o Código Civil de 1.916 já não comportava as mudanças sociais, e trazia conceitos ultrapassados destoantes da Carta Maior, no ano de 2002 entrou em vigor o novo Código Civil, a fim de reger as relações interpessoais privadas.

Ressalta-se: com a promulgação da Constituição, a família recebeu especial proteção do Estado. Tal garantia é compreendida na realização da dignidade do ser humano integrante de um lar. Desta forma, já não era a família, per si, salvaguardada, mas as pessoas que a compunham, e através do afeto, do respeito e do compartilhar de vida, obtiveram a concretização dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, pela leitura inclusiva do texto constitucional, foi possível o reconhecimento jurídico da pluralidade familiar, proporcionando às diversas famílias divergentes da casamentária monogâmica heterossexual, ainda de forma implícita, a proteção exarada pelo art. 226, da CF.

Foi possível, através desse entendimento, conferir aos núcleos homossexuais, através da ADPF 132 e ADI 4277, a possibilidade de se constituir como família através da união estável e do casamento. E, é por esta sapiência, que a presente dissertação, repousou o reconhecimento dos núcleos poliafetivos como família e, os efeitos jurídicos destes relacionamentos.

Compreende-se como família poliafetiva a qual possui único núcleo formado por três ou mais pessoas, em que o relacionamento seja público, contínuo, duradouro e com

animus de constituição de família; baseada no afeto, na solidariedade, na lealdade e na vontade de todos os seus integrantes de ser, uns dos outros, família.

Evidencia-se a família poliafetiva como uma das espécies do poliamor qualificado, ou seja, não se trata de relacionamento eventual ou namoro, mas de convívio estável, em que o desejo comum de seus membros é a manutenção do núcleo familiar. Ademais, não pode ser confundida com a família simultânea, pois, nesta não há a interação amorosa de todos os seus integrantes, podendo ser conceituada como a formação de diversos núcleos paralelos, os quais tem em comum um único indivíduo.

A partir da delimitação da temática desta obra, no reconhecimento dos efeitos jurídicos das famílias poliafetivas, esta dissertação trouxe as dificuldades enfrentadas por tais núcleos, observando, sobretudo, a decisão do CNJ que no final do ano de 2018, ultrapassando seus limites de competência, proibiu a lavratura de novos registros declaratórios de união estável poliafetiva pelos cartórios brasileiros.

Para mais, na tentativa de demonstrar a possibilidade de convivência social e jurídica das famílias poliafetivas e das famílias monogâmicas, foi realizado um comparativo entre tais arquétipos; foi constatada a semelhança destes relacionamentos quanto à sua formação e manutenção como família pelos vínculos dos afetos. Destarte, tanto as famílias poliafetivas quanto as monogâmicas fundam-se na fidelidade e no compartilhar da vida entre os parceiros.

Assim, como forma de construção do reconhecimento dos efeitos jurídicos das famílias poliafetivas, foram apresentados os princípios como mecanismos de proteção destes núcleos, sendo pertinente que diante da situação concreta o intérprete da lei identifique os mandados de otimização aplicados ao presente caso, utilizando-se da técnica de sopesamento para dirimir quaisquer conflitos.

Nessas vias, pela identificação do conceito de princípios e regras, tem-se a não-compreensão da natureza jurídica da monogamia ou da afetividade como princípios. Pois se assim o for, instituir-se-ia como regra um determinado conjunto de axiomas para toda uma sociedade, desconsiderando a possibilidade de escolhas diferentes dos seus indivíduos, que não o elegeram. Assim, a monogamia e a afetividade, em consideração ao princípio da dignidade humana, são valores e escolhas éticas que se fazem para nortear a vida ou pelo menos parte dela, em virtude de poderem ser mutáveis.

Por conseguinte, pelo entendimento de que a monogamia é valor jurídico e, assim, não pode reger todos os relacionamentos familiares, considerando ainda a

indivisibilidade do ordenamento, pelo último capítulo deste trabalho, abordou-se a constitucionalização do direito civil e os pressupostos de tal teoria.

Portanto, constatou-se, pela leitura sistêmica do ordenamento jurídico, que o instituto da união estável não é propriedade exclusiva da família convivencial heterossexual monogâmica, mas de todas as que perfazem os seus moldes, interpretados à luz dos princípios da Carta Maior. Dessa forma, o regramento da união estável, através da interpretação integrada é normativo imposto às uniões homossexuais, bem como às poliafetivas, podendo ser convertidas, outrossim, em matrimônio.

Assim, o intérprete da lei deve abster-se da aplicação abstrata da norma e observando o caso concreto, diga-se, da família poliafetiva, deve utilizar da interpretação integrativa do ordenamento jurídico, empregando as noções de proporcionalidade e razoabilidade na reconstrução dos institutos jurídicos.

Logo, pelo olhar sistêmico da ordem, considerando a técnica integrativa da analogia, à luz dos primados constitucionais, é possível que o núcleo poliafetivo seja constituído pela união estável, como visto no art.1.723 do CC, podendo usufruir de iguais direitos proporcionados às famílias monogâmicas, a exemplo: os sucessórios, os previdenciários, bem como em caso de identificação da multiparentalidade, todos inerentes à filiação socioafetiva.

7 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, 2003. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00228>
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book: ISBN 978-85-309-8281-2.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALVES, Cândice Lisbôa. **A jurisdição constitucional e o destravamento de pautas políticas e bloqueios institucionais: um início de conversa**. 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-jurisdicao-constitucional-e-o-destravamento-de-pautas-politicas-e-bloqueios-institucionais-um-inicio-de-conversa>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- ALVES, Ubiratan. **Poliamor Brasil**. 2015. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/673198092822760/about>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- AMÂNCIO, Thiago. **Casais de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil**. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Contexto do adultério é o que determina a obrigação de indenizar**. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-out-30/contexto_adulterio_determina_indenizacao. Acesso em: 13 jul. 2021.
- ANAPOL, Débora. **Polyamory: the new love without limits**. San Rafael, CA: IntiNet Resource Center, 1997.
- ANAPOL, Deborah. **Polyamory in the 21st century: love and intimacy with multiple partners**. Estados Unidos: **Rowman & Littlefield Publishers**, 2010.
- ARIÈS, Phillipe e DUBY, Georges. **História da Vida Privada**. v.1: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral, relações e situações**. 2.ed. 3. vol. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book: ISBN 978-85-02-16624-0.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. ISBN 9788553609673.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book: ISBN 9788547230869.

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

BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

BILAC, Elizabete Dória. Família: algumas inquietações. *In*: CARVALHO, M. C. B. (Org.). **A família contemporânea em debate**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

BILCHES, William. **Estatuto da família ou das famílias?** Entenda a diferença e o que pode ser aprovado no congresso. Entenda a diferença e o que pode ser aprovado no Congresso. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/estatuto-da-familia-ou-estatuto-das-familias-entenda-a-diferenca/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. STJ. **Agravo regimental no recurso especial nº 968572**. Quarta turma. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21266417/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-968572-rn-2007-0145060-0-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 de julho de 2021. Apelação Cível 70.039.284.542

BRASIL. CNJ. **Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PJE. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões - ADFAS. Relator: João Otávio de Noronha. União Estável Poliafetiva. Entidade Familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria Sociocultural. Imaturidade Social da União Poliafetiva Como Família. Declaração de Vontade. Inaptidão Para Criar Ente Social. Monogamia. Elemento Estrutural da Sociedade. Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva. Lavratura. Vedação. Brasília.

BRASIL. CNJ. Provimento nº 63. **Institui Modelos Únicos de Certidão de Nascimento, de Casamento e de Óbito, A Serem Adotadas Pelos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais, e Dispõe Sobre O Reconhecimento Voluntário e A Averbação da Paternidade e Maternidade Socioafetiva no Livro “A” e Sobre O Registro de Nascimento e Emissão da Respectiva Certidão dos Filhos Havidos Por Reprodução Assistida**. Brasília, 14 nov. 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. CNJ. Provimento nº 83. **Altera A Seção II, Que Trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento N. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça**. Brasília, 14 ago. 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.369/2015** - Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402854&filename=PL+3369/2015>. Acesso em: 21.jun. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.583/2013** - Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 21.jun. 2021.

BRASIL. STF - RE: 1045273 SE, **Recurso extraordinário. repercussão geral. tema 529. constitucional. previdenciário. pensão por morte. rateio entre companheira e companheiro, de uniões estáveis concomitantes. impossibilidade.** Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 21/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/04/2021.

BRASIL. STF. **Adpf nº 132.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Adpf 132 - Voto. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 08 mar. 2021.

BRASIL. STF. Direito Civil. Recurso Especial. **Acórdão. Família. Ação de Reconhecimento de União Estável. Dever de Fidelidade. Intenção de Constituir Família. Ausência. Artigos Analisados: Art. 1º da Lei 9.278/96.** RECURSO ESPECIAL Nº 1.399.604 - SP (2012/0258099-8). Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, 13 de maio de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202580998&dt_publicacao=22/09/2014. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. STF. RE: 878694 MG - Minas Gerais 1037481-72.2009.8.13.0439, **Direito das sucessões. recurso extraordinário. dispositivos do código civil que preveem direitos distintos ao cônjuge e ao companheiro. Atribuição de repercussão geral.** Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 16/04/2015, Data de Publicação: DJe-092 19-05-2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário nº 878694/MG.** Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>> Acesso em 25 jun. 2021.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 898.060. **Paternidade Socioafetiva e Pluriparentalidade.** Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. STJ. Decisão nº RESP Nº 1.183.378 - RS. **Direito de Família.** Casamento Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo (Homoafetivo). Interpretação dos Arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de Vedação Expressa A Que Se Habilitem Para O Casamento Pessoas do Mesmo Sexo. Vedação Implícita

Constitucionalmente Inaceitável. Orientação Principiológica Conferida Pelo Stf no Julgamento da Adpf N. 132/Rj e da Adi N. 4.277/Df. Brasília.

BRASILEIRO, Luciana. **As famílias simultâneas e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Daniel. **Amando várias** – Individualização, redes, ética e poliamor. Tese (mestrado em ciências da comunicação), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade de Lisboa, 2010.

CARMINATE, Raphael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, v.2, mar./abr., 2014.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito à convivência familiar. *In*: IBIAS, Delma Silveira. **Família e seus desafios**: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2012.

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **NOTA CGJ**: Esclarecimento sobre escritura declaratória de união poliafetiva. 2016. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/1017893/5209272>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DANTAS, San Tiago. Rui Barbosa e o Código Civil, in San Tiago Dantas. **Dois momentos de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1949.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book. ISBN 978-85-203-6711-7.50-51.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. v. 5°. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOMITH, Laira Carone Rachid. “**Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor**”: da legitimidade da família poliafetiva. Da legitimidade da família poliafetiva. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d98e6ad3ed4f30a>. Acesso em: 05 maio 2021.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, v. 35, nº 14, 1967. <https://doi.org/10.2307/1598947>

EMENS, Elizabeth F. **Monogamy's and Polyamorous Existense**. The University of Chicago: public law and theory working paper, n. 58, p. 1-85, fev. 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Ed. Juspodivim. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. Salvador: Jus Podivm, 7. ed. rev. ampl. e atual. v.6, 2015.

FINOTTI, Ivan. **Site de traições conjugais vive boom durante pandemia de Covid: mais de um terço dos assinantes pulou a cerca na quarentena e média diária de novos membros cresceu**. Mais de um terço dos assinantes pulou a cerca na quarentena e média diária de novos membros cresceu. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/06/site-de-traicoes-conjugais-vive-boom-durante-pandemia-de-covid.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2021.

FIÚZA, CESAR; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o Direito Fundamental à família. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, pp. 151 -180, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730>>. Acesso em 12 out 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, E-book: ISBN 978-85-203-6260-0.

FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos**. 2013. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/6928/1/arquivototal.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2019.

GADELHA, Alcinete. **Sargentos da PM no AC que assumiram trisal com administradora dizem receber apoio**. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2021/06/14/sargentos-da-pm-no-ac-que-assumiram-trisal-dizem-receber-apoio-recebemos-muito-depoimentos.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul. 1999. Trimestral. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/514>. Acesso em: 13 mar. 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **Del reino de los jueces al reino de los políticos.** Jueces para la democracia, n. 28. Madrid: Asociación Jueces para la democracia, 1997.

GARGARELLA, Roberto. **Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?** Perfiles Latinoamericanos, Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, 2006.

GIANNINI, Massimo Severo. Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche. Società editrice il Mulino, Bolonha, 1986, p. 80.

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

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

HARITAWORN, Jin; LIN, Chin-ju; KLESSE, Christian. Poly/logue: A Critical Introduction to Polyamory. **Sexualities.** Londres. v. 9. n. 5. p. 515-529. 2006. <https://doi.org/10.1177/1363460706069963>

HENRICH, Joseph; BOYD, Robert; RICHERSON, Peter J.. **The puzzle of monogamous marriage.** 2012. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rstb.2011.0290>. Acesso em: 20 jun. 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. In **Tratado de Direito das Famílias –** Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 3º ed.; Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três.** 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

IBDFAM. **União poliafetiva: escritura é necessária?**.2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Not%25C3%25A1rio%252Bn%25C3%25A3o%252Bpode%252Bdeixar%252Bd>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

JONATTAN, Leandro. **Poliamor e diversidade.** 2012. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/441689192513044/members>. Acesso em: 20 jun. 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KLESSE, Christian. **Polyamory and its ‘others’**: Contesting the terms of non-monogamy. *Sexualities*. Londres, v 9, 565-583, 2006.
<https://doi.org/10.1177/1363460706069986>

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução docasamento. Vol. I. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

LINS, Regina Navarro. **Amor a três**. 2014. Disponível em: <
<https://reginanavarro.blogosfera.uol.com.br/2014/12/02/amor-a-tres/>> Acesso em 25 set. 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. *In*:

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. 2004. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/193.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 2004. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 set. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 8 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. ISBN 978854722909.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6.ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAIA, Maurilio Casas. O princípio da afetividade e seus impactos no direito das famílias e um pouco mais: uma breve incursão na tutela do afeto familiar na área penal. *In*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (org.). **Temas contemporâneos de Direito das Famílias**. 3.vol. São Paulo: Pillares, 2018. Cap. 10. p. 259-277.

MALHEIROS, Antônio Carlos. **A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação**. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. **Interpretação e aplicação do direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausula patrimonial. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 1988.

MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 22.ed. São Paulo: Saraiva. 2019. E-book: ISBN 9788553611881.

MONTE, Marisa. **Amar Alguém**. *In*: O Que Você Quer Saber de Verdade. Rio de Janeiro: Phonomotor, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 37. ed São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro, Renovar, 1992.

NETTO, Paulo Roberto. **Boato falso diz que projeto de lei na Câmara quer 'legalizar o incesto'**. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/boato-falso-diz-que-projeto-de-lei-na-camara-quer-legalizar-o-incesto/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**.3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **O direito de família e os novos modelos de família no direito civil e constitucional brasileiro**. Revista Jurídica Cesumar, v. 5, n. 1, p. 99-114. 2005. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/338/210>>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os princípios constitucionais. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: Ibdfam, 2019. Cap. 2. p. 109-156.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Apresentação de Rodrigo da Cunha Pereira. *In*: CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-book: ISBN 978-85-97-00371-0.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O que é a família poliafetiva?** 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/06/18/o-que-e-a-familia-poliafetiva/>. Acesso em: 13 maio 2021

PERILINGIERI, Pietro. **A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional**. *In*: PERLINGIERI, Pietro. **Diálogos com a Doutrina**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p. 288-298, abr. 2001. Trimestral. Disponível em: https://ibdcivil.org.br/wp-content/uploads/2020/11/entrevista_vol_6.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Brasil: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Tradução de Paulo Neves. *In*: **Veja 25 anos: Reflexões para o futuro**. edição 1306. São Paulo: Abril, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001. v. I e II.

PORTES JÚNIOR, Otávio de Abreu. **Poliamor**: visão jurídica e filosófica sobre as uniões simultâneas e poliafetivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

PORTES JÚNIOR, Otávio de Abreu; FIUZA, César. Poliamor: abordagem jurídica acerca das uniões simultâneas e poliafetivas. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 02, p. 376-402, jul. 2019. Semestral. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7699/pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

PORTUGAL: **National Geographic**, 19 jul. 2019. Mensal. Disponível em: <https://www.natgeo.pt/historia/2019/07/adn-antigo-pode-revelar-origem-dos-filisteus>. Acesso em: 13 maio 2021.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Poligamia consentida no direito brasileiro e internacional: os efeitos da poligamia no direito das famílias e sucessões.** Florianópolis: Conceito Atual, 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book: ISBN 978-85-02-13373-0.

RIBEIRO, Ana Flávia Souto; FERREIRA, Ricardo Padovini Pleti. **Famílias poliafetivas: a vedação de seu reconhecimento pela via extrajudicial no Brasil e os direitos fundamentais.** E-Civitas, Belo Horizonte, v. 2, n. 12, p. 149-183, 02 dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/2873/pdf000000>. Acesso em: 08 set. 2020.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família.** 28. Ed. ver. e atual. Por Franciso José Cahali. São Paulo: Saraiva, v.6, 2004.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de Direito Romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROMINELI, Ronald. Eva Tupinambá. *In:* Priore, Mary Del (org.); PINSKY, Carla Bassanezi (coord. De textos). **História das mulheres no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2017.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil,** 1. vol. Campinas: Bookseller, 2005.

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

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas.** Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade: laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Famílias simultâneas e redes familiares.** *In:* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de Família e das Sucessões: temas atuais.** São Paulo: Método, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo.** 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, E-book ISBN 9788553616954.

SCOTT, Russel Parry. **Relações conjugais em transformação.** *In:* Lima, Antônio Carlos de Souza. **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos.** Brasília: Associação Brasileira e Antropologia, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982, p. 79 e 89.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

SOALHEIRO, Luiz Helena Messias. **Famílias simultâneas**: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SOUZA, Gabriel Soares de. Rio de Janeiro. Biblioteca de Cultura Nacional. **Carta Avulsas: cartas jesuítas**. 1931. Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK Ewjy0ryCj6PsAhXBIBkGHYVNAFEQFjABegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fdigit al.bbm.usp.br%2Fbitstream%2Fbbm%2F4676%2F1%2F003816-2_COMPLETO.pdf&usg=AOvVaw293Z_R8JjDyTA4ab3N9t9M. Acesso em: 07 out. 2020. p. 80.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

SURGIK, Aloíso. **Temas críticos do direito à luz das fontes**. Curitiba: Livros HDV, 1986.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. Vol. 5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989385. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>. Acesso em: 21 Jun 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, E-book: ISBN 978-85-309-9310-8, p.2.104.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**: Direito de Família. 2. ed. 6 vl. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

ISBN9788530992514. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992514/>. Acesso em: 21 Jun 2021.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. Cap. 1. p. 1-13.

TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino; OLIVA, Milena Donato Oliva.

Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2.ed. 1.vol. Rio de Janeiro: Forense. 2021. E-book: ISBN 978-85-309-9235-4.

UNIVERSA, Nathália Geraldo de. **Ashley Madison: Quatro mil brasileiros entraram em app de traição na pandemia. mil brasileiros entraram em app de traição na pandemia.** 2020. Disponível em:

<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/07/29/ashley-madison.htm>.

Acesso em: 13 jul. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada.** 2016. Disponível em:

http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239478/VaniceValle_Estadodecoisainconstitucionalebloqueiosinstitucionaisdesafiosparaaconstrucaodarespostaadequada.pdf.

Acesso em: 20 jun. 2021.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica principiológica jurídica contemporânea.** 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia.** Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, Recife, v. 7, n. 13, p.54-99, set-dez. 2015. Quadrimestral. Disponível em:

<https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/download/15/15>.

Acesso em: 08 fev. 2021.

VILLELA, João Baptista. **Direito, Coerção e Responsabilidade: por uma ordem social não-violenta.** Faculdade de Direito da UFMG: Belo Horizonte, 1982.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família.** Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Volume III. Série Monografias – n. 2. Belo Horizonte: UFMG, Faculdade de Direito, 1980.

VILLELA, João Batista. Família Hoje. **Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto.** In: BARRETO, Vicente (Org.) **A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** 2000. Disponível em: <https://citation-needed.springer.com/v2/references/10.1023/A:1018787611194?format=refman&flavou r=citation>. Acesso em: 20 jun. 2021.