



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

SKARLETY DA SILVEIRA TOLLEDO

**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO
ENTIDADE FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BACHARELADO
EM
DIREITO

Caratinga- MG
2019

SKARLETY DA SILVEIRA TOLLEDO

**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL
POLIAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso desenvolvida pelo 10º período de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como exigência parcial para aprovação na disciplina trabalho de conclusão de curso II, requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito. Sob orientação da professora Alessandra Dias Baião.

CARATINGA- MG

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

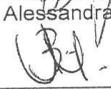
Trabalho de Conclusão de Curso A possibilidade do reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar no ordenamento Jurídico Brasileiro, elaborado Skarlety da Silveira Tolledo foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

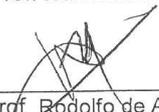
Caratinga 05 de 12 2019



Prof. Alessandra Dias Baião



Prof. Ivan Barbosa Martins



Prof. Róldolfo de Assis Ferreira

Dedico este trabalho especialmente aos meus pais, Wilma Miranda da Silveira, e José Marcos Moreira Toledo.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por todas as bênçãos que ele permite acontecer na minha vida, sempre me oferecendo oportunidades nos momentos certos e assim guiando minha vida, jamais me abandonando e sempre me dando forças pra seguir minha jornada.

Agradeço aos meus pais Wilma Miranda da Silveira e José Marcos Moreira Toledo, por não medirem esforços para que esse tão sonhado momento chegasse, agora tão perto da formatura, e por sempre me apoiar e estar ao meu lado.

Agradeço a todos meus familiares e amigos e namorado, que de alguma forma contribuíram para que eu conseguisse alcançar o sonho de me formar em Direito.

A minha professora orientadora Alessandra Baião que sempre demonstrou interesse e seriedade durante o desenvolvimento deste trabalho, aos mestres que possibilitaram conhecimentos ao longo desses anos.

A todos estes, muito obrigada pelo apoio e por acreditarem em mim.

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade, independentemente se sua conformação.

MARIA BERENICE DIAS

RESUMO

O presente trabalho se dá em torno da espécie de família poliafetiva, ou seja, união formada pelo relacionamento amoroso entre mais de duas pessoas fundada no afeto e na solidariedade que se unem com intuito de constituir família. Sendo o poliamor uma entidade capaz de dar origem a uniões estáveis e casamentos no Brasil, pois, é uma identidade relacional como qualquer outra, devendo ser reconhecida juridicamente como entidade familiar pois, conforme prevê o art. 226 da Constituição de 1988, a família é base da sociedade, e tem especial proteção do Estado. Desta forma demonstra-se como um conceito aberto, o qual não traz definição de sujeitos e nem em que condições. Sendo uma identidade relacional capaz de dar origem a uniões estáveis e casamentos no Brasil também por ser uma união fundada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, afetividade, solidariedade e igualdade, liberdade. Assim quando a união poliamorosa preencher os requisitos da união estável, ou seja, convivência pública, contínua e duradoura, como intuito de constituir família, ou quando preencher os requisitos do casamento manifestação recíproca de vontade (consentimento) e celebração por autoridade materialmente competente, deve gerar os mesmos efeitos das uniões monogâmicas.

Palavras chaves: entidades familiares - poliafetividade - união estável

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPITULO 1 - Do direito de família.....	12
1.1 Entidades familiares: Os novos modelos de família.....	12
1.2 A função social da família.....	20
1.3 Boa fé no direito de família.....	22
1.4 Princípios constitucionais do direito de família.....	25
1.4.3 Princípio da afetividade.....	27
1.4.4 Princípio da solidariedade.....	30
1.4.5. Princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros.....	32
1.4.6 Princípio da convivência familiar.....	36
CAPITULO 2 - União estável e Casamento.....	38
2.1 O código Civil de 2002 e os requisitos para constituição da união estável.....	39
2.2.1 Novos modelos de união estável: União estável homoafetiva.....	43
2.2 Casamento: Requisitos e a regulamentação legal.....	49
CAPITULO 3 - Poliafetividade: Regularização da situação fática pela união estável e pelo casamento.....	55
3.1 Elementos caracterizadores.....	56
3.2 Mútuo consentimento: nova roupagem da monogamia.....	60
3.3 Reconhecimento e suas consequências jurídicas.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

A presente monografia sobre o tema união estável e casamento poliafetivo, tem por objetivo reconhecer juridicamente as relações poliafetivas. Sendo assim, levanta-se como problema: O poliamor é uma entidade capaz de dar origem a uniões estáveis e casamentos no Brasil? Para responder a tal pergunta a metodologia aplicada será a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico jurisprudencial e legislativa. A pesquisa é de natureza transdisciplinar, haja vista o intercruzamento de conteúdo de Direito Constitucional e Direito Civil.

Como marco teórico da monografia em epigrafe, tem-se as ideias sustentadas pelo autor Rafael da Silva Santiago:

Com efeito, o poliamor é uma identidade como relacional como outra qualquer, que gera os mesmos efeitos decorrentes da monogamia. Em outras palavras, a relação poliamorosa, preenchidos os mesmos requisitos exigidos para os relacionamentos monogâmicos, pode dar origem a uma união estável ou até o mesmo ser formalizada por intermédio do casamento, de modo que não há que se falar em ausência de normas jurídicas para regular os seus efeitos.¹

A partir de então encontra-se substrato a confirmação da hipótese que o poliamor é uma identidade relacional como qualquer outra, devendo ser reconhecida juridicamente como entidade familiar, pois conforme prevê o art. 226 da Constituição de 1988, a família é base da sociedade, e tem especial proteção do Estado. Desta forma demonstra-se como um conceito aberto, o qual não traz definição de sujeitos e nem em que condições. Sendo uma identidade relacional capaz de dar origem a uniões estáveis e casamentos no Brasil também por ser uma união fundada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, afetividade, solidariedade e igualdade, liberdade.

Assim quando a união poliamorosa preencher os requisitos da união estável, ou seja, convivência pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família, ou quando preencher os requisitos do casamento manifestação recíproca

¹ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 208

de vontade (consentimento) e celebração por autoridade materialmente competente, deve gerar os mesmos efeitos das uniões monogâmicas.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. O capítulo um é intitulado como “Do direito de família”, no qual será abordado as entidades familiares, os novos modelos de família; a função social da família; boa fé no direito de família; e também os princípios constitucionais do direito de família, como princípio da afetividade, da solidariedade, da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros e o princípio da convivência familiar.

O segundo capítulo irá tratar da união estável e do casamento, abordando os requisitos para constituição da união estável previstos no Código Civil de 2002, como também abordará os novos modelos de união estável, como a união estável homoafetiva e também tratará do casamento, abordando os requisitos e a regulamentação legal.

Por fim, o terceiro capítulo denominado, “poliafetividade, regularização da situação fática pela união estável e pelo casamento”, abordará os elementos caracterizadores destas, como também tratará do mútuo consentimento, nova roupagem da monogamia e diante do reconhecimento e suas consequências jurídicas.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Considerando a temática proposta sobre a união estável e casamento poliafetivo é fundamental a análise de alguns conceitos centrais para a compreensão deste trabalho. São eles entidades familiares, poliafetividade e união estável.

Em relação a entidades familiares, Maria Berenice Dias ensina que:

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional cujo núcleo é a vontade - para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos (...).²

Paulo Lôbo também trata das entidades familiares, dizendo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.³

No que diz respeito a união estável Maria Berenice Dias discorre:

A lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família.⁴

² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 233

³ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11 ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 2016, p. 416.

Rodrigo da Cunha Pereira diz que a “união estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adulterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil.”

Por fim, a união poliafetiva, Rafael da Silva Santiago, citando HARITAWORN; LIN e KLESSE, diz que:

Se fosse possível estabelecer uma única definição para o poliamor certamente descreveria uma forma de relacionamento em que é possível, válido e compensatório manter, em geral por longos períodos no tempo relações íntimas, sexuais e/ou amorosas com mais de uma pessoa simultaneamente.⁵

Nesse sentido, segundo Maria Berenice Dias, essa união se dá pela formação de uma única entidade familiar, na qual todos residem sobre a mesma casa, sendo um casamento, diferenciando-se apenas pelo número de integrantes. O que, segundo a autora, significa que “o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito.”⁶

Desse modo, percebe-se que a união poliafetiva se dá do envolvimento emocional e criação de laços afetivos entre os integrantes da entidade familiar, cujo o propósito é de constituir família.

⁵ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 134

⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 241

CAPÍTULO 1- DO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família cuida do tratamento referente as relações familiares, sendo direcionado ao estudo dos arranjos familiares e dos sujeitos que a compõe.

Nas palavras de Paulo Lobo, o direito de família “é um conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família”, este vem sofrendo grandes evoluções no decorrer da história, pois, apenas era considerada legítima a família constituída por meio do casamento, assim, as demais entidades familiares eram remetidas ao âmbito do direito das obrigações, sendo equiparadas a sociedade de fato .

Com o advento da Constituição de 1988 passou-se a nova cultura jurídica tendenciosa ao reconhecimento, proteção e manutenção das entidades familiares que tem como base o afeto. Assim, a ótica do direito das famílias da atualidade é voltada para a dignidade e realização da pessoa humana, e efetividade da autonomia privada no campo das relações familiares. Com a entrada desse texto legal, outras entidades familiares passaram a ter reconhecimento jurídico. O art. 226 prevê que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A partir disso, o presente capítulo abordará alguns dos novos modelos de entidades familiares, bem como a função social da família e princípios fundamentais que permeiam o direito de família.

1.1 ENTIDADES FAMILIARES: OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA

Atualmente existem diversos modelos de família as quais são tratadas pela doutrina, tendo em vista que a família foi desencarnada do elemento biológico e passou a ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, fazendo surgir vários modelos de família.

De acordo com Friederich Engels “a família progride na medida em que progride a sociedade, que vai se modificando porque a família é produto do sistema social e a cultura da época irá refletir no sistema”.⁷

Maria Berenice Dias diz que “dispondo a família de formatações das mais diversas, também o direito das famílias precisa ter espectro cada vez mais abrangente”.⁸

A família matrimonial é formada por um homem e uma mulher através do casamento que é sacramentado pela igreja e considerado como indissolúvel, e celebrado com diversas formalidades pelo Estado. Isto porque a Igreja e Estado sob a justificativa de manter a ordem social sempre intervêm na vida das pessoas⁹. Esta espécie de família possui grande influência na cultura brasileira, isto fez com que o legislador reconhecesse juridicidade apenas a este tipo de família no código civil de 1916, onde o regulamentou exaustivamente. Segundo a autora Maria Berenice Dias diz que este tipo de família tem por características ser: “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual”¹⁰.

Continua a autora, dizendo que o regime da comunhão adotado pelo código civil de 1916 no casamento era o universal de bens e as únicas formas de desconstituir o casamento era por meio da anulação ou desquite, que, no entanto, não dissolvia o vínculo matrimonial, mas não podiam casar novamente.¹¹

Foi a Lei do Divórcio, em 1977, que consagrou a dissolução do vínculo matrimonial, mudou o regime legal de bens para o da comunhão parcial e tornou facultativa a adoção do nome do marido. Com o CC/2002 há cláusulas, condições, regras e até algumas posturas são prévia e unilateralmente estabelecidas por lei. Os direitos e deveres no casamento são impostos para vigorar durante sua vigência e até depois de sua dissolução, pelo divórcio ou pela morte. Mas atualmente há

⁷ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade e do Estado. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980. p. 109.

⁸ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

⁹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 234.

¹⁰ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 235.

¹¹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 235.

também a possibilidade de os nubentes por meio de pacto antinupcial estipularem de acordo com sua vontade o regime de bens que querem adotar.¹²

Destarte, a família informal era condenada a invisibilidade, a denominada concubina e filhos ditos ilegítimos não possuíam direito algum, sequer o de pleitear reconhecimento.

Conforme preleciona Maria Berenice Dias:

A lei emprestava juridicidade apenas à família constituída pelo casamento, vedando quaisquer direitos às relações nominadas de adulterinas ou concubinárias. Apenas a família legítima existia juridicamente. A filiação estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro do casamento.¹³

Com o rompimento dessas uniões informais os partícipes passaram a buscar o judiciário, e a concubina passou a ser chamada de companheira e a jurisprudência a prever que quando ausente patrimônio a ser partilhado seria concedido à mulher uma indenização por serviços domésticos prestados. Com o decorrer do tempo este modelo de família começou a ser aceito pela sociedade, e a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 a reconheceu como entidade familiar, e assim lhe atribuíram direitos e deveres, sendo denominada união estável, assegurando alimentos, estabelecendo regime de bens e garantindo ao sobrevivente direitos sucessórios.¹⁴

Já a família monoparental, encontra-se também na CRFB/88 no art.226 § 4º “é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”¹⁵. A formação de tal entidade familiar se dá por motivos como, em razão de técnicas de inseminação artificial, até mesmo *post mortem*, morte de um dos genitores, divórcio, nulidade ou anulação do casamento, ou da ruptura de uma união estável.¹⁶

¹² DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 236.

¹³ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237.

¹⁴ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237

¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de agosto. 2019.

¹⁶MADALENO, Rodolf. Direito de família. 9º Edição. Porto Alegre: Editora Forense, 2019, p.9

Ainda, tem-se a família parental ou anaparental, de acordo com Maria Berenice Dias é aquela que “a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito.”¹⁷ Apresenta-se como exemplo a convivência apenas entre irmãos ou pessoas que moram em república.

De acordo com Rolf Madaleno este modelo de família:

Não foi contemplado pelo reconhecimento legal de efeitos jurídicos na ordem sucessória, e até mesmo no âmbito de alimentos. Evidentemente pode alcançar os efeitos de uma sociedade de fato se demonstrada a aquisição patrimonial pelo efetivo esforço comum, mas na atualidade não existe qualquer possibilidade legal de presumir esse esforço comum tão somente pela ostensiva e duradoura convivência, como por igual, não existe qualquer previsão de direito alimentar.¹⁸

Ainda sobre família parental Rodrigo da Cunha Pereira traz uma outra configuração também existente:

Quando as pessoas, movidas pelo desejo de terem filhos, escolhem alguém para fazerem uma parceria. Sem que mantenham qualquer vínculo de natureza amorosa ou sexual, concebem o filho que é registrado em nome de ambos. Estabelece-se uma paternidade compartilhada em que os dois exercem o poder familiar. Inclusive é comum existirem sites em que homens e mulheres procuram alguém para compartilhar a paternidade e a maternidade.¹⁹

A família paralela ou simultânea é aquela em que uma pessoa resolve manter vínculo de natureza afetiva e sexual simultaneamente com mais de uma pessoa. Apesar de haver determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável, esta é uma realidade que sempre existiu, e a origem judaico-cristã da sociedade ocidental sempre repudiou, mas apesar disso não há como não reconhecer se preenchidos os requisitos da

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 243

¹⁸ MADALENO, Rolf. Direito de família. 9º Edição. Porto Alegre: Editora Forense, 2019, p. 09.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões. 1ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2014, p. 37.

união estável, como quando o relacionamento for público, contínuo, duradouro e com finalidade de constituir família.²⁰

De acordo com Maria Berenice Dias:

[...] A expressão preferível a famílias paralelas, porque linhas paralelas nunca se encontram, e a simultaneidade, muitas vezes, é conhecida e até aceita. Os filhos se conhecem e as mulheres sabem da existência da outra. No fim um arranjo que satisfaz a todos. A esposa tem um marido que ostenta socialmente. A companheira nada exige e se conforma em não compartilhar com o companheiro todos os momentos, mas o acolhe com afeto sempre que ele tem disponibilidade.²¹

Quanto a família natural, extensa ou ampliada, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 25 traz o conceito de família natural, dizendo que é “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”²² Ou seja, é a família biológica. Já o parágrafo único do mesmo artigo traz o conceito de família extensa ou ampliada, dizendo ser “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Este tipo de família normalmente é formado quando os pais manifestam não querer, não poder ficar com os filhos, ou foram desconstituídos do poder familiar. A legislação prevê que a família extensa tem preferência sobre a família substituta ou qualquer outra forma de inserção de crianças e adolescentes.²³

Quanto a família substituta o Estatuto da Criança e do Adolescente não define, mas a tendência é dizer que são as famílias que são cadastradas à adoção. São chamadas de acordo com o perfil que elegeram e estas recebem a criança ou o adolescente mediante guarda, firmando o devido compromisso de acordo com art. 28 e 32 do ECA.

Segunda Maria Berenice Dias:

²⁰ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 240.

²¹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 241.

²² BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 agosto. 2019.

²³ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 246.

A colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas tem caráter excepcional. Claramente a preferência estabelecida pelo ECA (19 § 3.º) é pela reinserção na família biológica: a natural ou a família extensa. Somente não havendo tal possibilidade é que se passa a falar em família substituta.²⁴

A família homoafetiva, é a união entre duas pessoas do mesmo sexo, além disso, não há nada mais que a diferencia da estável heterossexual. Após diversas decisões judiciais que atribuíram consequências jurídicas a esta união enfim o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão reconhecendo a possibilidade da união estável homoafetiva e facilitando sua conversão em casamento, posteriormente o Superior Tribunal de Justiça autorizou a realização do casamento. Maria Berenice Dias diz que: “A família homoafetiva nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (art.1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa.”²⁵

A família composta, pluriparental ou mosaico é a originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia.²⁶ No entanto não dispõe previsão legal, que imponha deveres ou assegure direitos. Mas o ECA em seu art.41§1º²⁷, admite a possibilidade de adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor, mas é preciso que o pai registral concorde. A jurisprudência também passou a entender que o filho do cônjuge ou companheiro tem o direito a alimentos, se comprovada a existência de vínculo afetivo entre ambos, e que tenha ele assegurado sua manutenção durante o período em que conviveu com o seu genitor. Tendo em vista princípio da solidariedade sendo reconhecido também o direito de convivência.²⁸

²⁴ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 248.

²⁵ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 239.

²⁶ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

²⁷ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 agosto. 2019.

²⁸ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 246.

A família Eudemonista, de acordo com Maria Berenice Dias é “uma nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros”²⁹. Paulo Lôbo diz que “A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”.³⁰

Dessa forma observa-se que tem-se o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família, pois, as relações afetivas são elementos constitutivos dos vínculos interpessoais.

Por fim, o poliamor também é uma entidade familiar, a qual há a possibilidade de se configurar de várias formas. Esses modelos de poliamor são: polifidelidade; poliamorismo aberto; poliamorismo com redes de relacionamento íntimos hierarquizados e poliamorismo individual.³¹

A polifidelidade se assemelha a um matrimônio, a única diferença é que é composta por mais de duas pessoas, havendo uma relação amorosas, íntimas e/ ou sexuais entre um grupo fechado de indivíduos, que geralmente moram juntos e não se relacionam com pessoas de fora do grupo.

Conforme prevê Cardoso:

Um dos modelos mais populares é a polifidelidade, também chamada de casamento entre um grupo fechado (THE POLYAMORY SOCIETY, 2014b), vez que se assemelha a um matrimônio com mais de duas pessoas, existindo, portanto, relações amorosas, íntimas e/ ou sexuais entre um grupo fechado de pessoa.³²

Rafael da Silva Santiago, citando o site The Polyamory também fala a respeito:

“Em geral, os integrantes homens e mulheres de quais orientações sexuais moram juntos na mesma casa e convivem uns com os outros, como fazem os cônjuges em um casamento. Além disso, na polifidelidade propriamente

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 249.

³⁰ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.

³¹ CARDOSO, Daniel dos Santos. Amando várias- individualização, redes, ética e poliamor. Lisboa. 2010. 92 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação). Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa, p. 153.

³² CARDOSO, Daniel dos Santos. Amando várias- individualização, redes, ética e poliamor. Lisboa. 2010. 92 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação). Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa, p. 153.

dita seus praticantes costumam não manter relações sexuais com pessoas de fora do grupo (THE POLYAMORY SOCIETY, 2014 b).³³

O poliamorismo aberto é aquele em que os integrantes do relacionamento inicial permitem envolvimento amoroso, íntimo e/ ou sexuais com pessoas não inseridas no relacionamento. Não havendo necessidade de as relações serem hierarquizadas. Assim, no poliamorismo aberto é possível que exista uma família originária e uma, duas, três ou mais famílias derivadas.

Conforme dispõe Rafael da Silva Santiago:

O poliamorismo aberto é aquele no qual os parceiros admitem a possibilidade da existência de outros parceiros ou relacionamentos. Todas as pessoas envolvidas podem ter diversas relações, de vários tipos e com intensidades diferentes, inclusive múltiplas relações primárias sem grandes distinções. Há, dessa maneira, uma ênfase menor na hierarquia dos relacionamentos e mais a pluralidade.³⁴

O poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados é bem parecido com o poliamorismo aberto, só que aqui, há valorização da hierarquia dos relacionamentos, sendo um grupo de indivíduos com variados níveis de comprometimento e de interligação pessoal, que compartilham a crença no poliamorismo. No relacionamento denominado pela doutrina de primário, é o considerado “mais importante”, pois, é uma relação em que as pessoas tem um alto grau de intimidade, atração e compromisso, se assemelhando ao casamento e tem como característica pela afetividade e o ânimo de constituir família, pois a o desejo dos parceiros de manterem esse relacionamento permanente. Já as relações secundárias há os mesmos compromissos e valores como que a relação primária, como sexo e o suporte emocional, mas não na mesma intensidade. As relações terciárias não há um comprometimento sexual nem emocional entre as pessoas sendo uma relação eventual que pode ocorrer apenas uma vez ou de forma bastante irregular.

Conforme prevê Rafael da Silva Santiago:

³³ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimentos e Consequências Jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 135.

³⁴SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 196.

No poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados, tem-se a presença de grupos de indivíduos com variados níveis de compromisso e de interligação pessoal, que compartilham a crença no poliamorismo. Assemelha-se, portanto, ao poliamorismo aberto, com a única diferença que as relações estão hierarquizadas. Fala-se em relações primárias, relações secundárias, relações terciárias etc., que variam de acordo com o grau de intimidade, proximidade ou compromisso.³⁵

É um único indivíduo que pretende viver diversos relacionamentos não afetivos com uma série de pessoas, não havendo assim, a configuração de uma entidade familiar. Para Rafael da Silva Santiago: “O poliamorismo individual ocorre quando uma pessoa vive diversos relacionamentos sem um compromisso principal com qualquer indivíduo, de modo a não buscar parceiros para viver relacionamentos a longo prazo.”³⁶

1.2A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

As mudanças ocorridas no âmbito das famílias, além das alterações em sua formação, passando a privilegiar a dignidade de seus integrantes, reconhece-se também a transcendência de sua função para um esfera social.

Flavio Tartuce diz que: “não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade.”³⁷ A família é o primeiro agente socializador do ser humano”.³⁸ No decorrer da história com a evolução da sociedade, foi atribuída a família diversas funções como, religiosa, econômica e procracional, no entanto este formato hierárquico cedeu lugar à sua democratização ³⁹, pois, atualmente as relações são fundadas na busca de igualdade e respeito mútuo.

De acordo com Rolf Madaleno:

³⁵ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 199.

³⁶ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 200.

³⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 30.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

³⁹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado.⁴⁰

Realizar-se pessoalmente por meio da afetividade e da convivência familiar solidária, é a função básica da família da atualidade.⁴¹ Desta forma na modernidade a afetividade é elemento definidor de família e constitui valor jurídico, exemplo disso é a paternidade socioafetiva, a união homoafetiva, tendo vista que sociedade muda, e assim a família se altera e o Direito precisa acompanhar essas transformações. A doutrina contemporânea, de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho dizem que “a principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.”⁴²

A família possui função social imprescindível na vida do ser humano, conforme dispõe Paulo Lôbo:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenharam papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.⁴³

A CRFB/88 em seu art.226, diz que a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado, e também um Estado Democrático de Direito tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III)⁴⁴. Desta forma a CRFB/88 tem como função maior, abrigar o sistema democrático e garantir a felicidade através da plena realização dos integrantes independentemente do formato familiar, já que é construída com base no afeto, não devendo haver sob forma alguma taxatividade, restrição e discriminação com os diversos modelos de entidade familiar.

⁴⁰ MADALENO, Rolf. Direito de família. 9ª Edição. Porto Alegre: Editora Forense, 2019, p. 3.

⁴¹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 98.

⁴³ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

⁴⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 de agosto. 2019.

Observa-se que a família deixou de ser base do Estado e passou a ser espaço de realizações existenciais, não permitindo mais que sua intimidade seja submetida a tutela e intervenção da sociedade e do Estado, fazendo com as famílias tenham mais autonomia e liberdade.

1.3 BOA FÉ NO DIREITO DE FAMÍLIA

No Direito de Família Contemporâneo a boa-fé objetiva é um dos pilares, pois, é clausula geral que está ligado a confiança no outro, lealdade e respeito à expectativa alheia e recíproca entre as partes de uma relação jurídica.

Flavio Tartuce preleciona que:

A boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano da mera intenção – boa-fé subjetiva –, para o plano da conduta de lealdade das partes. O Enunciado n. 26, aprovado na I Jornada de Direito Civil, define a boa-fé objetiva como a exigência de comportamento leal das partes. Diante de seu desenvolvimento no Direito Alemão, notadamente por autores como Karl Larenz, a boa-fé objetiva está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé..., 1999).⁴⁵

Desta forma a boa-fé objetiva nas relações familiares estará sendo respeitada quando as partes cumprem os deveres entre outros de agir conforme a confiança depositada, agir com honestidade, respeito, dever de cuidado, lealdade, colaboração, dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio.⁴⁶

A boa-fé objetiva surgiu com o direito das obrigações, no âmbito negocial, mas se espalhou por todas as relações jurídicas, como nas relações de família, sendo forma de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada.²⁰ Pois, as relações de família requer das partes comportamento ético, coerente, para não criar indevidas expectativas e esperanças no outro.⁴⁷

Maria Berenice diz que:

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 33.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 101.

[...]Trata-se de verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as relações de conteúdo pessoal, existencial. Caracteriza-se como regra de conduta externa, um dever das partes de se pautarem pela honestidade, lealdade e cooperação em suas relações jurídicas. A boa-fé é multifuncional. [...]⁴⁸

No Código Civil de 2002 a boa-fé objetiva tem três funções aplicáveis aos institutos familiares. A primeira função é de interpretação, a qual é prevista no art. 113 do Código Civil, que diz que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Aqui a boa-fé é utilizada como forma de auxiliar o aplicador do direito para a interpretar os negócios de forma mais favorável a quem esteja de boa-fé.⁴⁹

A segunda função da boa-fé objetiva é a de integração, a qual é retirada do art. 422 do CC, que prevê: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. A última função é a de controle, prevista no art. 187 do CC, quem contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito e a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa.

A violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa, a quebra desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato ou da obrigação, com responsabilização civil objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva.

Comportamento contraditório é proibido, tendo em vista a previsão do venire contra factum proprium, conforme preleciona Maria Berenice Dias:

A proibição de comportamento contraditório está sintetizado no adágio: *nemopotest venire contra factum proprium*. Tal significa que, se alguém se comporta em certo sentido não pode vir a contrariar, posteriormente, este comportamento inicial, lesando a legítima confiança despertada em outrem, sob pena de violação à boa-fé objetiva do outro. Segundo Cristiano Chaves de Farias, trata-se da tutela jurídica da confiança, que impõe o dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e às expectativas despertadas em alguém.⁵⁰

⁴⁸ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 102.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

⁵⁰ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 101.

A infidelidade é um exemplo de comportamento contraditório, ferindo assim o *venire contra factum proprium*, pois, há violação da expectativa de construção de uma vida em comum, fundada na convivência monogâmica pautada na exclusividade da relação conjugal, pois, é o que se pactua em um casamento.⁵¹ Não é o que acontece no caso das “famílias simultâneas, merecem reconhecimento como entidade familiar quando ocorre o atendimento recíproco, entre todos os componentes, dos deveres impostos pela boa-fé objetiva”.⁵²

Dentro da boa-fé objetiva ainda existe a previsão da *Supressio* e *Surrectio*. *Supressio* é a perda do direito em razão do decurso do tempo, de acordo com Maria Berenice:

Supressio é a perda, a supressão de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo. O retardamento em exercitar determinado direito faz surgir para o outro, uma justa expectativa. A quebrada expectativa qualificada pelo tempo gera a supressão de situações jurídicas, impedindo o exercício de direitos, sob pena de caracterização de abuso.⁵³

Já a *surrectio* é o aparecimento de uma vantagem ou uma situação para alguém em razão do não exercício por outrem de determinado direito. Flávio Tartuce diz que:

Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio*, direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Em outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo; a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes.⁵⁴

Sendo assim, percebe-se a fundamental importância da boa-fé objetiva em todo âmbito do Direito Civil, assim como no Direito das Famílias para que as relações sejam pautas na confiança, na lealdade e que assim as partes se realizem e não frustrem suas expectativas.

⁵¹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 102.

⁵² DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 103.

⁵³ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 101.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 34.

1.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família passa por um processo de constitucionalização, assim como qualquer ramo do direito deve ser analisado a luz da Constituição, desta forma os princípios constitucionais tem preferência diante da lei são a base da hermenêutica jurídica realizada pelo interprete.

Maria Berenice Dias dispõe que:

Um novo modo de ver o direito emergiu da Constituição Federal, verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais (CF 5.º § 1.º). Segundo Paulo Bonavides, os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeito são frutos da identificação dos direitos humanos, o que ensejou o alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela.⁵⁵

Os princípios constitucionais explícitos e implícitos após a constituição de 1988 e adquiriram eficácia imediata são imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, deixaram de ter efeito simbólico e passaram a ter força normativa.

56

Maria Berenice Dias preleciona que:

A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF 1.º III), o positivismo tornou-se insuficiente.³ As regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da Lei Maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas.⁵⁷

Princípios constitucionais implícitos, são aqueles que não estão escritos nos textos legais, mas se fundamentam por meio de interpretação do sistema constitucional no contexto do ordenamento jurídico para possibilitar a vida em

⁵⁵ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 66.

⁵⁶ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

⁵⁷ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 67.

sociedade. Inexiste hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.⁵⁸

As normas constitucionais são divididas entre princípios e regras. As regras oferece solução única, já os princípios possibilitam que adaptações no direito na medida em que a sociedade vai evoluindo sem precisar de mudança ou revogação de normas jurídicas. “A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.”⁵⁹

Maria Berenice Dias, diz que:

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras, não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização.¹¹ Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.¹² Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.⁶⁰

Quando os princípios jurídicos entram em conflito, deve-se buscar a harmonização. A ponderação é o critério hermenêutico utilizado pelo interprete para resolver a aparente antinomia, desta forma, cada caso concreto há uma solução, não cabendo anular um princípio para aplicar o outro.

Paulo Lobo diz que:

Quando um entra em colisão com outro, para que um seja prevalecente, resolvendo-se a aparente antinomia, o caso concreto é que indicará a solução, mediante a utilização pelo intérprete do instrumento hermenêutico de ponderação dos valores em causa, ou do peso que o caso concreto provocar em cada princípio.⁶¹

Posto isso, deve-se reconhecer o valor normativo e a supremacia dos princípios e das normas constitucionais, os quais são guias do sistema jurídico e permitem por meio desse reflexo constitucional no direito das famílias proteger as entidades familiares. A partir de então passaremos a tratar alguns dos princípios jurídicos, como a solidariedade, igualdade jurídica entre os cônjuges, afetividade,

⁵⁸ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 69.

⁵⁹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

⁶⁰ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 68.

⁶¹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

convivência familiar os quais são aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades familiares.

1.4.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade assim como vários outros surgiu por meio da valorização do interprete tendo em vista a ausência de determinação expressa do legislador. Assim os princípios não expressos como o da afetividade são resultado da integração dos princípios e das normas, costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais pelos operadores do direito.⁶²

Conforme dispõe Rafael da Silva Santiago:

O princípio da afetividade pode, também, ser extraído dos princípios e mandamentos constitucionais; da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da solidariedade (art. 3º I); liberdade (art. 5, caput), que, no direito das famílias, se traduz, entre outros, na liberdade de constituir família e na liberdade de orientação sexual; da especial proteção que merece a família (art. 226, caput); da igualdade entre os filhos (art. 227, §6), e entre os cônjuges (art. 226, §5º); da adoção como escolha afetiva (art. 227, §5º e §6º); da proteção a família monoparental (art. 226 §4º) e da garantia de assistência a família por parte do Estado (art. 226, §8).⁶³

Nessa linha, entende Guilherme Calmon Nogueira da Gama que a afetividade trata-se de princípio constitucional implícito, fruto da interpretação sistemática e teleológica e sistemática do art. 226 § 3º e § 6º que tratam da união estável e do divórcio, respectivamente, bem como do art. 227, *caput* e § 1º, que estabelecem, respectivamente, a absoluta prioridade da criança, jovem e adolescente e assistência integral do Estado a esses sujeitos de direitos.⁶⁴

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é princípio e fundamento da República Federativa do Brasil prevista no art. 1º III da CRFB/88 possui valor

⁶² SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 66.

⁶³ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 67.

⁶⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada a luz da lei 11.698/08:família, criança, adolescente e idoso. São Paulo. Editora Atlas, 2008, p. 82.

nuclear na ordem constitucional, sua preocupação é que os direitos humanos e a justiça social sejam promovidos, abarcando assim a promoção da afetividade.⁶⁵

Rafael da Silva Santiago observa que há uma preocupação do constituinte para o direito das famílias quando prevê a dignidade da pessoa humana:

Destarte, a dignidade humana, encontra-se ligada a legitimação e a inclusão no laço social de todas as modalidades de família, bem como ao respeito as diferenças e todos os vínculos afetivos. Representa, ainda, a consideração e o respeito a autonomia dos sujeitos (PEREIRA, 2012 b, p. 121), de modo que desses valores e fins pode ser extraída a natureza principiológica da afetividade.⁶⁶

Com o advento da CRFB/88 a família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico e passou a ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto. Os princípios estruturam o ordenamento jurídico, gerando grandes mudanças em como pensar a família brasileira. Atualmente é compreendida como comunidade de afeto não importando o modelo que adote, assim houve atribuição de valor jurídico ao afeto, resultando na evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, e refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais.⁶⁷

De acordo com Maria Berenice Dias:

No século XIX a família tinha caráter patriarcal, a finalidade era econômica com representatividade religiosa e política, mas foi objeto de grandes transformações, com isso a família contemporânea passa a ter como elemento central a afetividade, e assim novos modelos de arranjo familiares surgem. “[...] A comunhão do afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.⁶⁸

No decorrer da história várias transformações ocorreram nas relações familiares e estas precisões de proteção, pois, não se deve fechar os olhos para a realidade social, é preciso afastar o direito das famílias da hipocrisia e reconhecer o afeto como elemento propulsor das relações familiares.

Conforme preleciona Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p, 65.

⁶⁶ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 71.

⁶⁷ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 74.

:

[...] seja no casamento, seja na união estável, seja em qualquer entidade familiar esta, 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 a realização plena dos seus componentes. [...] Por isso, exige-se ordenamento jurídico o mínimo de coerência para respeitar o elemento afetivo que marca as relações do direito das famílias [...].⁶⁹

A união poliafetiva é uma das entidades familiares que tem como fundamento a afetividade, o qual enquanto princípio possibilita proteção normativa a entidade familiar, sendo imprescindível para o reconhecimento do poliamor, pois, no direito das famílias pós-moderno, a afetividade exerce um papel fundamental. “Os vários conceitos de relação poliamorosa devem ser analisados sob a ótica da afetividade. Assim, o afeto é o elemento capaz de justificar o reconhecimento jurídico do poliamor.”⁷⁰

A afetividade é princípio e não valor, tendo em vista que, valor é o comportamento mais aconselhável dentro de determinado contexto, desta forma é relativo a depender da cultura a o sujeito está inserido um valor prevalecerá sobre outro.⁷¹ Silvio da Salvo Venosa, diz que “os valores são qualificações que nascem das pessoas, atesta que cada ser humano “(...) escolhe na verdade o seu caminho, mais ou menos trilhado, mais ou menos conhecido. Escolher um caminho significa dar proeminência mais a um valor do que a outro(...)”.⁷²

Rafael da Silva Santiago diz que:

A afetividade não estipula comportamentos aconselháveis dentro de um determinado sistema de valores. Pelo contrário, ela serve de base para todo o sistema de valores, princípios e regras do Direito das Famílias, não dependendo de possibilidades valorativas e contextuais, de forma a ser qualificada como uma estrutura inafastável do sistema jurídico familiar.⁷³

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 5. Salvador. Editora JusPodivm, 2013, P. 507.

⁷⁰ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 179.

⁷¹ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015

⁷² VENOSA, Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. Livro Eletrônico, p. 209-210.

⁷³ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 80.

Diante de todo o exposto percebe-se a natureza principiológica da afetividade, e sua relação de dependência e complementariedade com os princípios constitucionais, principalmente com a dignidade da pessoa humana, devendo ser observado para alcançar os fins que estabelece, como liberdade de constituir família, liberdade sexual e autodeterminação afetiva, dentre outros.

1.4.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Priorizar laços de afetividade é uma das medidas que assegura construção de uma sociedade livre justa e solidária.⁷⁴ Com a CRFB/88 a solidariedade que era apenas um dever moral passou a ser princípio jurídico previsto no art. 3, I da constituição, o qual prevê que: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.”⁷⁵

De acordo com Paulo Lôbo solidariedade é:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.⁷⁶

A família é meio de proteção social onde há deveres recíprocos de auxílio material afetivo, relação de fraternidade que assim tutela a dignidade de cada um, a realização do indivíduo e desenvolvimento da personalidade.

Conforme dispõe Paulo Lôbo:

Assim, no âmbito familiar, o aludido princípio se traduz no dever imposto a sociedade, ao estado e a família (como entidade e na pessoa de cada um de seus componentes) de proteção ao grupo familiar, a criança, ao adolescente e as pessoas idosas, com base nos art. 226, 227 e 230 da lex fundamentalis, respectivamente.⁷⁷

⁷⁴ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

⁷⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de agosto. 2019.

⁷⁶ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

⁷⁷ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 623.

Não reconhecer juridicamente as entidades familiares significa que o Estado está deixando de promover proteção social aos integrantes da família de forma infundada tendo em vista que o princípio da afetividade almeja de acordo com Adriana Maluf:

O princípio da solidariedade familiar, expresso nos art. 3, inc. I, e 229 da *lex fundamentalis*, é resultado da superação do individualismo jurídico e almeja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que se origina nos vínculos de afetividade que marcam as relações familiares, albergando os conceitos de fraternidade e reciprocidade.⁷⁸

A união poliafetiva é uma das entidades familiares pautadas na solidariedade e como qualquer outra merece ser reconhecida para ter proteção e ser instrumento de realização de seus membros, pois se isto for negado não estará conferindo proteção aos seus integrantes e dignidade o que lhe é constitucionalmente garantido.

Conforme prevê Rafael da Silva Santiago:

Diante do princípio da solidariedade familiar, o poliamor deve ser reconhecido como um sentimento que se orienta para a realização do indivíduo e para o desenvolvimento de sua personalidade, contribuindo para a formação de uma sociedade solidária, na medida em que propugna por valores de fraternidade e auxílio mútuo entre os membros de uma família poliamorosa, o que caracteriza mais uma razão para o seu reconhecimento jurídico.⁷⁹

O princípio da solidariedade familiar é consagrado por vários dispositivos previsto no Código Civil, justamente para dar efetividade a este princípio nas instituições familiares, dada sua importância.

Conforme prevê Paulo Lobo:

No Código Civil, podemos destacar algumas normas fortemente permeadas pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 do Código Civil tutela “a comunhão de vida instituída pela família”, somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos “poder” dos pais e mais *múnus* ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art.1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e

⁷⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas Modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40.

⁷⁹ SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 171.

entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos, para o sustento da família (art. 1.568); o regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts 1.640 e 1.725); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que receberem (art. 1.700), além de ser irrenunciável (art. 1.707), decorre da imposição de solidariedade entre pessoas ligadas por vínculo familiar.⁸⁰

Sendo assim, percebe-se a importância do princípio da solidariedade no âmbito do direito das famílias, tendo em vista que é base para a formação familiar e afetiva, pois a família é ambiente propício para o desenvolvimento de compreensão e cooperação moral e material.

1.4.5 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES E COMPANHEIROS

Legitimidade era o principal requisito para ter direitos familiares na ordem jurídica, assim a família matrimonial era a única considerada legítima. Mas com a CRFB/88 passou-se a consagrar o princípio da igualdade, igualando-se cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos.

Assim a legitimidade familiar deixou de ser categoria jurídica, pois, apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação.⁸¹

O princípio da igualdade encontra-se expresso em alguns dispositivos da Constituição⁸² como, o § 5º do art. 226 “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O § 6º do art. 227, por sua vez, traz a igualdade entre os filhos, “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”. O caput do art. 226 tutela e protege a família, sem restringir a qualquer espécie ou tipo, como era nas Constituições brasileiras

⁸⁰ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

⁸¹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65.

⁸²BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 30 de agosto. 2019.

anteriores em que o casamento tinha exclusividade. O art.5º prevê que todos são iguais perante a lei. No art. 5.º afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. De acordo com os art.226 § 7.º da CRFB/88 e 1.565 § 2.º do CC/2002, em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o planejamento familiar.

O Código Civil⁸³ em conformidade com a CRFB/88 também consagra o princípio da igualdade em diversos dispositivos, como prevê em seu art. 1.511 que a organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. No art. 1567 diz que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração. No art. 1566 prevê que são atribuídos deveres recíprocos igualitariamente tanto ao marido quanto à mulher. No art. 1565 §1º diz que em nome da igualdade é permitido a qualquer dos nubentes adotar o sobrenome do outro. O art. 1631 prevê que são paritários os direitos e os deveres do pai e da mãe no respeitante à pessoa e no art.1.690 aos bens dos filhos. Os art. 1.583 e 1.584 dizem que não havendo acordo, não prevalece a vontade de nenhum deles. Devem socorrer-se do juiz em caso de desacordos. Com relação à guarda dos filhos, nenhum dos genitores tem preferência. A guarda compartilhada é a regra, sem a necessidade de consenso dos pais, dividindo-se o tempo de convívio de forma equilibrada entre os genitores.

Existe igualdade formal e material, esta é a ideal a ser alcançada no direito de família já que existem diversos modelos de entidades familiares, cada qual com suas diferenças e particularidades que precisam ser analisadas e protegidas com muito carinho. Conforme preleciona Maria Berenice Dias:

(...) Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspirasse à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.⁸⁴

⁸³ BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 03 setembro. 2019.

⁸⁴ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 77.

O princípio da igualdade serve de parâmetro para o legislador, tendo em vista que este deve implementar leis e políticas públicas que promovam igualdade, conforme prevê Paulo Lobo:

O princípio constitucional da igualdade (a fortiori normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu Cotidiano (...)⁸⁵

Não é somente para o legislador que o princípio da igualdade serve de parâmetro, mas também para o interprete do direito, pois, na presença de lacunas legais deve-se identificar semelhanças nas normas para o reconhecimento de direitos e deveres, isto se dá por meio da analogia que se funda no princípio da igualdade. Conforme prevê Maria Berenice Dias:

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela. O grande exemplo são as uniões homoafetivas. Ignoradas pela lei, foram reconhecidos pelos tribunais.⁸⁶

Por meio da hermenêutica do princípio da igualdade torna-se possível reconhecer juridicamente diversas entidades familiares, assim como a união poliafetiva, assim efetivamente terá igualdade entre essas no direito de família. Conforme dispõe Rafael da Silva Santiago:

Desse modo, a partir dos preceitos da hermenêutica jurídica, torna-se plenamente viável a defesa da inclusão das relações de poliamor como entidades familiares, sendo desnecessária a concretização de uma modificação do texto legal ou constitucional para tanto, tendo em vista a produtividade de qualquer reforma sobre o tema residir no âmbito das

⁸⁵ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 79.

posturas e das práticas sociais, que, no Direito, podem ser reconhecidas pelo uso da interpretação.⁸⁷

Por meio da concepção do direito a igualdade para o direito de família, entende-se que não pode haver privilégios na interpretação das normas desse ramo jurídico, pois assim haveria uma hierarquização de determinados arranjos familiares em detrimento de outras, sendo que não há nenhum fundamento constitucional que justifique a distinção de direitos e deveres existenciais entre as entidades familiares. Mas sim são todas diferentes entre si e todas merecem tratamento isonômico e proteção.

Rafael da Silva Santiago prevê que:

De início, a igualdade assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todas as famílias compatíveis com os preceitos constitucionais. Se uma família funciona como instrumento de proteção e promoção avançada da personalidade de seus integrantes, respeitando sua dignidade, além de traduzir um âmbito de liberdade e solidariedade familiar e ser fundada no afeto, não há razão para conferir-lhe tratamento diferenciado, salvo para a garantia de mais direitos em face de sua desigualdade perante as demais famílias.⁸⁸

Diante da igualdade o preconceito é descabido. Nossa sociedade por meio de discursos morais já discriminou ou deixaram de reconhecer direitos a inúmeras situações da vida cotidiana em razão disto, e depois de muita luta e dor social e as vezes só depois de várias mortes, enfim os tribunais e os chefes de Estados reconhecem seu erro e passam a reconhecer direitos a quem na verdade sempre teve mas não lhe era reconhecido, como no caso das uniões homoafetivas.

Luiz Roberto Barroso sobre o tema diz que:

Outro argumento encontrado na doutrina é o de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de “normalidade moral”. Não é o caso de se enveredar aqui pela discussão acerca do que é normal, lembrando apenas que em épocas e lugares diferentes já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. O que cabe discutir aqui- e rejeitar é a imposição autoritária da moral dominante a minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário. O estabelecimento de standards de moralidade já justificou, ao longo da história, várias formas de exclusão social e política,

⁸⁷ SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 177.

⁸⁸ SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 172.

valendo-se do discurso medico, religioso ou da repressão direta do poder. Não há razão para se reproduzir o erro.⁸⁹

Desta forma tendo em vista a democratização e constitucionalização do direito das famílias não há espaço e justificativa para tratar os diversos modelos de família de forma discriminada ainda que a maioria da sociedade sob um discurso moral já faça isto, pois, com base no princípio da igualdade todas as entidades familiares tem direitos, deveres e liberdades fundamentais, não devendo haver hierarquização entre elas, pelas normas nem mesmo pela sociedade.

1.4.6 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O princípio da convivência familiar por meio de seu próprio nome já expressa sua finalidade. Essa convivência familiar é ampla, ou seja, não se limita a pais e filhos, deve-se considerar a abrangência, valores e costumes de cada modelo de família, assim torna-se possível abranger como por exemplo, avos, tios.⁹⁰

De acordo com Paulo Lôbo:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.⁹¹

Destarte, a Constituição Federal em seu art. 227 prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito a convivência familiar.

O Código Civil⁹², em concordância com o texto constitucional, também contempla em seus dispositivos o princípio da convivência familiar, como por

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista Brasileira de Direito Constitucional- RBDC. São Paulo, n. 17, jan/jun. 2011, p. 122.

⁹⁰ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁹¹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁹² BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 03 outubro. 2019.

exemplo no art. 1.513 à não interferência “na comunhão de vida instituída pela família”.

Do mesmo modo, A Convenção dos Direitos da Criança, no art. 93, estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem direito de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.

Nota, pois que a convivência é um direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles.

Paulo Lôbo preleciona mais um pouco sobre a convivência familiar:

O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta.⁹³

Sendo assim, por meio da convivência familiar é passível de ser gerado direitos e deveres aos envolvidos, bem como laços de afeto. Criando, assim, uma entidade familiar com identidade coletiva própria.

⁹³ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

CAPITULO 2 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO

União estável é um fato social que passou a ser reconhecida como relação jurídica tornando-se espécie de entidade familiar própria por meio da Constituição de 1988 que lhe garantiu dignidade e conferiu *status familiae*, regida pelo direito de família.

Conforme preceitua Paulo Lôbo a união estável é constituída entre o casal que convive em posse do estado de casados, sendo um estado de fato, que se converteu em relação jurídica, em razão da Constituição Federal, atribuindo-lhe caráter de entidade familiar, dotada de estatuto jurídico próprio.⁹⁴

Registra-se que essa modalidade família não é identificada em um momento específico por meio de um ato formal e solene, e sim com o transcurso do tempo em que os envolvidos vão se comprometendo cada vez mais em um projeto em comum de constituir família.⁹⁵

A Constituição de 1988 em seu art. 226, §3º confere tutela jurídica como entidade familiar a união estável e facilita sua conversão em casamento, demonstrando assim sua autonomia em relação ao matrimônio.

Passou-se também a prever o dever de alimentos, a sucessão dos bens adquiridos pelos companheiros, os direitos e deveres recíprocos, direito real de habitação, a conversão da união estável em casamento e a competência do juízo da Vara de Família para decidir essas matérias.⁹⁶

Quanto ao casamento, define Flávio Tartuce como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto, sendo um ato jurídico solene.⁹⁷

⁹⁴ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.

⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico. p.302.

⁹⁶ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.

⁹⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 85.

Feita essas breves considerações, passaremos a tratar da união estável e do casamento como importantes institutos viabilizadores para a formação de entidade familiar. Demonstrando, assim, os seus requisitos.

2.1 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS REQUISITOS PARA CONSTITUIÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável se dá através da formação do vínculo afetivo de convivência, do comprometimento entre os envolvidos, da confusão patrimonial entre estes, na posse de estado de casos.

Conforme dispõe Maria Berenice Dias:

(...) a união estável inicia de um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento se torna uma unidade. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma entidade familiar. O casal transformasse em universalidade única que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial. Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que a prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação só serve como meio de comprovar a existência do relacionamento. Atentando a essa nova realidade o direito rotula a união de estável.⁹⁸

Desta forma, a união estável nasce da convivência o que é mera relação fática e se transformou em relação jurídica em face de direitos e deveres que surgem dessa relação. Nas palavras do autor Paulo lobo união estável é “ato-fato jurídico, por não necessitar de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza efeitos jurídicos.” Acrescenta “Basta sua existência fática para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas, convertendo-se a relação fática em relação jurídica.”⁹⁹

Tal instituto encontra-se disciplinado no art. 1.723 do CC/2002 que regulamenta o art. 226, § 3.º, da CF/1988, trazendo de forma simplificada os requisitos para caracterização da união estável.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 418.

⁹⁹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 412.

Dispõe o art. 1.723 do código civil que para a configuração da união estável deve preencher os requisitos da convivência pública, contínua e duradoura, orientada para a constituição de família. Explica Flavio Tartuce:

Os requisitos, nesse contexto, são que a união seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o famoso “dar um tempo” que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (*animus familiae*).¹⁰⁰

Sendo assim, os elementos essenciais são subjetivos não havendo requisitos formais obrigatórios para a união estável ser configurada, como a necessidade de elaboração de uma escritura pública entre as partes ou de uma decisão judicial de reconhecimento.¹⁰¹

Quanto ao requisito convivência pública, refere-se a notoriedade da união perante a sociedade. Segundo Maria Berenice Dias essa publicidade deve ser estampada pelos companheiros no meio social frequentado.¹⁰²

Ressaltasse que quanto a publicidade da união estável, essa necessidade de notoriedade pela sociedade pode ser de forma controlada, não necessitando estar frequentemente em ambientes sociais, apenas o suficiente para que reste demonstrada a convivência.

É o que explica Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Por certo, as pessoas não são obrigadas a propagar a todo o tempo e lugar o seu relacionamento amoroso e as suas opções afetivas, pois a Constituição da Republica protegeu, como direito fundamental, a vida privada (CF/88 art. 5º, inc. XII).

Já o elemento “contínua e duradoura” atualmente que não há mais prazo mínimo de 5 anos para configurar união estável, conforme previa a Lei n. 8.971/94, mas apesar disto, deve ser uma relação que se prolongue no tempo, ou seja, que não seja meramente casual.

Conforme prevê Maria Berenice Dias:

¹⁰⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 337.

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 336.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 417.

Ainda que não exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial. Deve ser prolongada no tempo e sem solução de continuidade. Nesse aspecto é que reside a durabilidade e a continuidade do vínculo. Quando a união termina pelo falecimento de um dos conviventes, é necessário sopesar todos estes requisitos de forma conjunta. Pode se desprezar o lapso temporal, se presentes as demais características legais.¹⁰³

Devido ao fato da união estável ser uma entidade familiar que se constitui por meio por meio da convivência afetiva dos envolvidos, gerando direitos e deveres perante uns aos outros, é que a convivência contínua e duradoura se mostra imprescindível, conforme assevera Paulo Lôbo: “(...) A noção de convivência duradoura é imprescindível, tendo em vista que a união estável é uma relação jurídica derivada de um estado de fato *more uxório*, que nela tem sua principal referência.”¹⁰⁴

Por fim, o último requisito e de grande importância é o objetivo de constituir família, o qual é evidenciado com base em assistência mútua, afetividade, planejamento familiar.

Nesse sentido, preleciona Maria Berenice Dias:

O objetivo de constituição de família é pressuposto de caráter subjetivo. A origem desse requisito está ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais não tinham acesso ao casamento. Ou seja, a intenção do par era casar, tinham por objetivo constituir uma família, o que não ocorria por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família matrimonializada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família.¹⁰⁵

Objetivo de constituir família então é a intenção dos integrantes de perpetuarem ao laço afetivo, de ajuda recíproca, de preservar o ambiente de solidariedade. “Para a configuração dessa intenção de família, entram em cena o tratamento dos companheiros bem como o reconhecimento social de seu estado.”

¹⁰⁶

Insta apresentar a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece que a dispensabilidade da residência comum dos companheiros para a

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 417.

¹⁰⁴ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 418.

¹⁰⁶ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 338.

configuração da união estável. Logo, ainda que o casal evite a moradia comum, esquivando-se da formação da união estável, cumprindo os demais requisitos será inevitável a sua configuração.

Destarte, o Código Civil diz que para contrair união estável deve haver a inexistência de impedimentos legais previstos no art. 1521 do CC/2002, dentre esses impedimentos estão as pessoas casadas de contrair novo matrimônio ou união estável. Determinando então a aplicação dos impedimentos do casamento também para a união estável. Mas as pessoas casadas ou que possuem união estável se forem separadas de fato ou judicialmente podem contrair nova união estável conforme prevê o art. 1723, §1º. Também não há necessidade de manifestação de vontade de constituir união estável para que dessa surja efeitos.

Nesse sentido, elucida Paulo Lôbo:

A inexistência de impedimento para o casamento não pode ser considerada requisito, porque pessoa casada separada de fato pode constituir união estável. Também não constitui requisito a manifestação de vontade para produzir efeitos jurídicos tendo em vista que é ato-fato jurídico (ou ato real). Bastando sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais para converter em relação jurídica.¹⁰⁷

Para constituir união estável os companheiros devem ser civilmente capazes, pois, aquela como ato ou negócio jurídico, exige capacidade e discernimento das partes, sob pena de sua nulidade (arts.104 e 166 do CC/2002). O estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015) consagra em seu art. 6.º a capacidade plena das pessoas com deficiência para os atos existenciais familiares, inclusive para se casar ou constituir união estável (inciso I). Assim, a união estável estabelecida por tais pessoas é plenamente válida, tendo em vista que a referida lei alterou os arts. 3.º e 4.º do Código Civil, passando a expressar que somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, assim como ocorre com o casamento não poderá constituir uma união estável.¹⁰⁸“A pessoa com deficiência

¹⁰⁷ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

¹⁰⁸ BRASIL, 2015, Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> acesso em: 14 outubro 2019.

mental ou intelectual pode casar, contanto que tenha condições de expressar sua vontade (CC 1.550 § 3.º). Do mesmo modo pode manter união estável.”¹⁰⁹

Quando os companheiros não formalizam a união estável por meio de escritura pública ou contrato particular, tendo em vista que não são obrigados a fazê-los, se por algum motivo algum dos companheiros queira comprovar a existência da relação jurídica se utilizará dos meios comuns de prova. Conforme prevê Paulo Lôbo:

A verificação da relação jurídica de união estável, em virtude da inexigibilidade legal de qualquer ato das partes ou do Poder Público, se dá pelos meios comuns de prova de qualquer fato. Assim, tendo em vista tratar-se de relação jurídica em que se converteu a relação de fato, quando houver necessidade de prová-la em virtude de negativa de qualquer dos companheiros, ter-se-á de ajuizar ação declaratória (principal ou incidental), cuja finalidade é exatamente a de declarar a existência ou inexistência de relação jurídica (art. 4º do CPC). A ação declaratória também poderá ser incidental, como acertadamente decidiu a 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP (Ag. Instr.609.024-4/4), que o admitiu na ação de arrolamento. A declaração da existência da união estável também pode se dar após a morte de um dos companheiros, com a consequente declaração da dissolução, conforme entendimento do STJ.¹¹⁰

Sendo assim, conclui-se que para configuração da união estável deve existir os requisitos de ser uma união pública, contínua e duradoura, mas que principalmente tenha o intuito de constituir família, pois, sem este é impossível a configuração desse formato familiar. Percebe-se que são elementos bem simples e que qualquer tipo de modelo familiar, independente da orientação sexual tem condições de estar preenchendo esses requisitos, mesmo porque limitar o acesso a esse meio de constituição familiar, unicamente de razão da orientação sexual ou do número de pessoas é discriminação e fere diversos preceitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade a liberdade, além de ser uma intervenção abusiva do Estado perante as famílias, não sendo essa sua função mas sim de proteger e garantir dignidade e realização da personalidade de todos os tipos familiares.

¹⁰⁹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 418.

¹¹⁰ LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

2.2.1 NOVOS MODELOS DE UNIÃO ESTÁVEL: UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Em atenção ao princípio da dignidade da pessoa, tem-se reconhecido outras formas de entidade familiar, como a união homoafetiva. Sendo tratada como tal inicialmente pelo STF.

Assim, fundamenta-se na família fundada no afeto, solidariedade e na construção de uma história em comum, não importando a orientação sexual.¹¹¹ A união estável é um direito garantido para todos os cidadãos, independente da orientação sexual, tendo em vista que a orientação sexual tem como base jurídica ser o direito personalíssimo que garante igualdade, liberdade e inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Conforme prevê Luiz Edson Fachin:

A base jurídica para a construção do direito a orientação sexual como direito personalíssimo, qualidade inerente e inegável da pessoa humana, é encontrada no texto constitucional, que garante a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e a vida privada.¹¹²

Não há porque fazer diferenciação entre a união estável heteroafetiva e homoafetiva, a única diferença é a orientação sexual das pessoas não havendo razão para serem discriminadas e tratadas de forma diferente, devendo, por conseguinte, está acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual. Discriminar e fechar os olhos para a realidade social, não é uma opção. A família independentemente de sua formatação deve ser protegida e tratada de forma isonômica. Conforme prevê Pablo Stolze Gagliano e Rodolf Pamplona Filho:

Se em nossa concepção jurídica, a família é um núcleo moldado pela afetividade vinculativa dos seus membros (socioafetiva) e, além disso, traduz a ambiência necessária para que realizem os seus projetos pessoais de felicidade (eudemonista), como negar aquele arranjo formado por pessoas do mesmo sexo se, também aqui, essas fundamentais características estariam presentes? Afinal, se o sistema constitucional de

¹¹¹ FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco (art. 1591 a 1638). 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. V. XVIII. Livro Eletrônico, p. 122-123.

¹¹² FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco (art. 1591 a 1638). 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. V. XVIII. Livro Eletrônico, p. 121.

família (CF, art. 226) é aberto, inclusivo e não discriminatório, como negar este fato da vida sem afronta ao princípio da isonomia? ¹¹³

Assim, a união homoafetiva quando cumprir os elementos relacionados a união estável, quais sejam: união pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família deve ser reconhecida, assim como uma união estável entre homem e mulher. Pois, não há fundamento que justificaria sua exclusão.

Para Maria Berenice Dias:

Não é admissível excluir da qualificação de família qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. É impossível não reconhecer que relacionamentos, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por surgirem de um vínculo afetivo, devem ser identificados como entidade familiar, que merecem a tutela legal.¹¹⁴

Logo, quando o ordenamento jurídico se refere a união entre homem e mulher, inclui-se também as entidades formadas pelo mesmo sexo, vez que a interpretação literal da norma configura na violação de todos os direitos constitucionais.

Nessa linha, defende Rafael da Silva Santiago:

Não obstante o aludido art. 1713 do Código Civil reconhecer como entidade familiar a união estável formada por homem e mulher, é impossível realizar uma interpretação literal de seu texto para se chegar à conclusão de que a lei exige que seus componentes sejam heterossexuais. Essa interpretação, ao invés de concretizar, viola todos os princípios e regras constitucionais relativas à família.¹¹⁵

O apego ao formalismo dessa norma se mostra descabido, pois, estas devem ser desenvolvidas e interpretadas a luz da Constituição e seus princípios, com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana. Rafael da Silva Santiago diz que:

A interpretação do art. 1723 do Código Civil deve ter como pano de fundo a dignidade da pessoa humana e a pluralidade no âmbito familiar que passa a ser funcionalizado a promoção da personalidade de seus integrantes, bem como o afeto e a solidariedade como princípio a partir dos

¹¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 477-478.

¹¹⁴ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p, 206.

¹¹⁵ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 210.

quais se fundam as famílias pós-modernas. Todo esse conjunto impossibilita a referida interpretação literal.¹¹⁶

Para a configuração da união estável como de qualquer outra entidade familiar a premissa central e mais importante encontra-se na intenção das partes em constituir família, desta forma os demais elementos são acessórios. Conforme ensina Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

[...] É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como se casados fossem apresenta-se como elemento principal, fundamental para a caracterização da entidade familiar. Enfim, é verdadeira conditio sine qua non. Os demais elementos, assim, podem ser compreendidos de forma acessória, pois a presença deles, sem o *anumus familiae*, não implicará o reconhecimento de uma união estável.¹¹⁷

As interpretações que não reconheciam a relação homoafetiva como uma entidade familiar capaz de dar origem a uma união estável eram inconstitucionais.¹¹⁸ Pois, deve-se interpretar a lei com intuito de expressar seu significado de acordo com os fins e valores da Constituição. Conforme prevê Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

Mesmo porque, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas “[...] é um imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais, sob pena de um amesquinamento das garantias fundamentais constitucionais.¹¹⁹

Após uma luta em busca do reconhecimento da união homoafetiva e de vários julgados, houve a pacificação pelo Supremo Tribunal Federal por meio da (ADI 4277), a qual proferiu decisão com eficácia erga omnes, reconhecendo como entidade a união estável homoafetiva familiar e a aplicação, por analogia, das mesmas regras da união estável (Informativo n. 625 do STF).¹²⁰

Existiam duas correntes doutrinárias no direito brasileiro, a respeito do elemento diversidade de sexo para configuração da união estável. A primeira

¹¹⁶ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 211.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 5. Salvador. Editora JusPodivm, 2013, P. 530.

¹¹⁸ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 211.

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 5. Salvador. Editora JusPodivm, 2013, P. 536.

¹²⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 130.

corrente era minoritária, composta pelos doutrinadores Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa e Inácio de Carvalho Neto, os quais diziam que a união de pessoas do mesmo sexo não constituía uma entidade familiar, mas mera sociedade de fato, com interpretação literal a norma.¹²¹

Já a segunda corrente, é a majoritária na doutrina e na jurisprudência nacional, a qual defende que a união de pessoas do mesmo sexo constitui entidade familiar, aplicando-se por analogia, as mesmas regras da união estável heterossexual. Nessa corrente não há uma interpretação literal das normas no tocante à expressão “homem e a mulher”, mas sim uma interpretação sistemática em que o rol das entidades familiares previsto na Constituição é considerado meramente exemplificativo, não taxativo.¹²²

Pertinente consignar que foi o Superior Tribunal de Justiça em 2008 que declarou pela primeira vez que a união homoafetiva deve ser reconhecida como entidade familiar. E também admitiu a possibilidade de adoção pelo casal homoafetivo, conforme prevê o Informativo n. 432:

O STJ admitiu a possibilidade da adoção homoafetiva, por casal de pessoas do mesmo sexo, com base no princípio do melhor interesse da criança. O julgado destaca que estudos científicos comprovam que não há prejuízos sociopsíquicos à criança em hipóteses tais. Ademais, entendeu-se que o que deve prevalecer na análise da adoção é o vínculo de afeto que une os adotantes ao adotado e não o vínculo entre os primeiros isoladamente. (STJ, REsp 889.852/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 27.04.2010).

Foi Sérgio Cabral Filho, Governador do Estado do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2008, propôs perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental requerendo que o regime das uniões estáveis também fosse aplicado às uniões homoafetivas (ADPF 132/RJ).

Na inicial, alegava-se que o não reconhecimento da união homoafetiva violava preceitos fundamentais constitucionais, como o direito à igualdade (art. 5.^o, caput); direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5.^o, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.^o, III); e o princípio da segurança jurídica (art. 5.^o, caput). E retratou as dificuldades do Estado em conceder

¹²¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13^o Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 130.

¹²² TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13^o Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 131.

administrativamente às homossexuais licenças por motivo de doença; auxílio doença e assistência médico-hospitalar.¹²³

A Procuradoria Geral da República em reforço, em 2009, ingressou com outra ADPF, com o mesmo objetivo (ADPF 178/DF). A ação, por questões processuais, foi convertida em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN 4.277/DF) e apensada à ação anterior. E as duas ações foram julgadas procedentes pelo Supremo Tribunal Federal que, em decisão histórica, concluiu que todas as regras relativas à união estável se aplicam por analogia e sem exceção à união homoafetiva.¹²⁴

A decisão do STF em reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar tem efeito vinculante e erga omnes, então a questão encontra-se pacificada no Brasil. Assim os direitos e deveres da união estável entre pessoas de sexos diferentes que são similares aos do casamento (art. 1724 do CC/2002), também passaram a servir para a união homoafetiva, como a lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, direito a adoção pelo casal. Direito à meação, aplicando-se no que couber, as regras do regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC), também por força de contrato de convivência, podem estipular um outro regime para a comunicação dos bens. Também é possível converter em casamento a união homoafetiva. Os companheiros podem requerer alimentos uns dos outros. Passaram também os companheiros a ter direito à pensão previdenciária na hipótese de morte de algum deles. E também passou a ser matéria de competência da Vara da Família para apreciar as questões pessoais e patrimoniais relativas à união homoafetiva.¹²⁵

Sendo assim, a segunda corrente consolidou-se no Direito de Família Brasileiro, através da eficácia erga omnes da decisão do STF. Promovendo a plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, caracterizando-a como legítima entidade familiar. Garantindo inclusão e tutela da dignidade humana, liberdade e igualdade, afastando preconceito e discriminação, pois, tratar o ser humano de forma desigual em razão de sua orientação sexual é

¹²³ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 131.

¹²⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 132.

¹²⁵ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 132.

dar a ele tratamento indigno. Desta forma o Supremo Tribunal Federal fez o seu papel democrático, servindo, como um contrapeso à inércia conservadora do Congresso Nacional Brasileiro, pois, infelizmente há uma forte resistência no Congresso Nacional para a elaboração de leis que reconheçam expressamente entidades familiares que sejam diferentes da conservadora família matrimonial. Assim o STF tem papel de grande relevância para a sociedade na garantia de seus direitos fundamentais.

2.2 CASAMENTO: REQUISITOS E A REGULAMENTAÇÃO LEGAL

O casamento também integra o conjunto de modalidades de entidade familiar. Constituindo na união entre pessoas, visando a constituição de uma família, na comunhão plena de vida.

Para Maria Berenice Dias o casamento caracteriza pela relação jurídica, acarretando na relação matrimonial. Cujo sentido dessa relação é a comunhão de vidas ou de afetos. A partir desse ato, cria-se um vínculo entre os nubentes, que passam a desfrutar o estado de casados. E a comunhão plena de vida é efeito do casamento.¹²⁶

Quanto a natureza jurídica do casamento a doutrina diverge, havendo três concepções, a clássica, supra individualista e a eclética. Conforme prevê Carlos Roberto Gonçalves:

Quanto à natureza jurídica, o casamento, na concepção clássica, também chamada de individualista, é uma relação puramente contratual, resultante de um acordo de vontades, como acontece nos contratos em geral. A doutrina institucionalista, também denominada supraindividualista, sustenta que o casamento é uma grande instituição social, a ela aderindo os que se casam. A terceira corrente, a eclética, constitui uma fusão das anteriores, pois considera o casamento um ato complexo: um contrato especial, do direito de família, mediante o qual os nubentes aderem a uma instituição pré-organizada, alcançando o estado matrimonial.¹²⁷

¹²⁶ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 259

¹²⁷ GONÇALVES Carlos Alberto, Direito de família, sinopse jurídica. 20ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 14

Em razão de o casamento ser uma união legal possui várias formalidades, havendo um processo de habilitação, o qual é desenvolvido perante o oficial do Registro Civil, conforme prevê o art. 1.526 do CC/2002, destinando-se a constatar a capacidade para o casamento, a inexistência de impedimentos matrimoniais e de dar publicidade à pretensão dos nubentes. Para isso, os noivos devem requerer a instauração do referido processo no cartório do domicílio de qualquer deles, sendo o edital publicado em ambas as cidades se for o caso, e o oficial fará os proclamas em lugar ostensivo de seu cartório e publicará na imprensa local, se tiver. É necessária a audiência do MP. De acordo com o art. 1.526 CC/2002 a habilitação só será submetida ao juiz se houver impugnação.¹²⁸

Quando a celebração do casamento, estando os nubentes, com a certidão de habilitação, devem peticionar à autoridade que presidirá o ato, requerendo a designação do dia, hora e local de sua celebração, sendo em regra feita no próprio cartório, mas pode ser em outro local, necessitando também de pelo menos duas testemunhas, podendo ser parentes ou não. E quanto a autoridade que irá celebrar o casamento a lei de organização judiciária de cada Estado é que designará.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves “Os requisitos essenciais do casamento, tradicionalmente, são: diferença de sexo, consentimento e celebração na forma da lei.”¹²⁹ Entretanto o requisito diferença de sexo foi afastado pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.183.378-RS, onde foram reconhecidas como entidades familiares a união homoafetiva.

Mas para o casamento ser válido, outros requisitos são exigidos. Se não serão nulos, anuláveis ou irregular. Será nulo se de acordo com CC/2002 em seu art. 1.548, II infringir impedimento, os quais são previstos no art. 1.521, I a VII, do CC/2002 : I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹²⁸ GONÇALVES Carlos Alberto, Direito de família, sinopse jurídica. 20a edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 15-16

¹²⁹ GONÇALVES Carlos Alberto, Direito de família, sinopse jurídica. 20a edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p.23

Já o casamento anulável é previsto no CC/2002, no art. 1.550, I a VI, prevendo: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts.1.556 a 1.558 ; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante.

E o casamento irregular é aquele contraído com inobservância das causas suspensivas, as quais são previstas no art. 1.523, I a IV do CC/2002: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Vale dizer que o casamento irregular acarreta apenas uma sanção para os contraentes, qual seja, a de o regime de bens ser o de separação de bens (CC, art. 1.641, I).

Ao contrair casamento os aos cônjuges passa a haver incidência de alguns efeitos, ou seja, deveres inerentes a ambos de forma recíproca, os quais são previstos no art. 1.566 do código Civil o qual dispõe os deveres recíprocos dos cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.¹³⁰

Por determinação constitucional (CF art.226 §5.º) os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, assim o Estado tomou para si a tentativa de preservação de uma estrutura pré-moldada de sociedade conjugal, a estipulação dos direitos e deveres entre os

¹³⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

cônjuges. “Não é a imposição de normas de conduta que consolida a estrutura conjugal. É a consciência dos papéis desempenhados que garante a sobrevivência do relacionamento como sede de realização pessoal [...].”¹³¹

Na prática a previsão legal do dever de fidelidade não faz muito sentido, tendo em vista que, não dá causa ao rompimento do casamento e também porque “(...) ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal.”¹³²

Conforme dispõe Maria Berenice Dias:

O dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, mas, apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil, nem na criminal. Com o fim do instituto da separação, perdeu completamente o sentido sua imposição como dever do casamento. Visando a desestimular a infidelidade, ainda é consagrada como crime a bigamia (CP 235), que torna imperativa a anulação do casamento (CC 1.548 II). Pessoas casadas são impedidas de casar (CC 1.521 VI). É anulável a doação feita pelo cônjuge adúltero a seu cúmplice (CC 550 e 1.642 V).¹³³

O dever de coabitação também não faz muito sentido para a família contemporânea, pois, muitas vezes é impossível, tendo em vista o trabalho dos nubentes, ou porque estes entendem ser melhor não coabitar, ou porque tem várias casas, os motivos são inúmeros.

Assim dispõe Maria Berenice Dias:

A imposição legal de vida no domicílio conjugal não se justifica, pois compete a ambos os cônjuges determinar onde e como vão morar. Necessário respeitar a vontade dos dois, sendo de todo descabido impor um lar comum, até porque a família pode ter mais de um domicílio (CC 71). Cada vez com mais frequência, casais vêm optando por viverem em residências diversas, o que não significa infringência ao dever conjugal. Com o fim da separação e da identificação de culpados, os deveres conjugais perderam ainda mais o significado. As figuras de abandono do lar (CC 1.573 IV) e conduta desonrosa (CC 1.573 VI) não podem ser invocadas para a imposição legal do dever de coabitação.¹³⁴

¹³¹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 296

¹³² DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 299

¹³³ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 298

¹³⁴ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 304.

Quanto aos deveres de mútua assistência, consideração e respeito, são deveres essenciais da relação familiar, tendo em vista que se funda no afeto e na solidariedade. Conforme dispõe Maria Berenice Dias:

O casamento estabelece comunhão plena de vida (CC 1.511), adquirindo os cônjuges a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Nada mais do que sequelas do dever de mútua assistência. Entre os cônjuges se estabelece verdadeiro vínculo de solidariedade. Sempre que questões de ordem patrimonial tenham de ser solvidas, principalmente depois de rompido o elo de convivência, são invocáveis as normas das obrigações solidárias (CC 264).¹³⁵

O dever de sustento, guarda e educação dos filhos é inerentes a ambos os cônjuges, não em razão de serem cônjuges mas em razão de serem pais, até porque mesmo depois de dissolvido o casamento, o dever de sustento e de educação da prole continua, assim, cabe aos pais a promoção da dignidade de seus filhos de acordo com a possibilidade de cada um, independentemente se o outro está colaborando ou não para isso, sob pena de abandono material. Assim dispõe Maria Berenice Dias:

Não só o Código Civil (CC 1.566 IV), mas também a Constituição (CF 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 4.º) impõem à família o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. No entanto, essa obrigação é dos pais enquanto pais, não enquanto casados. Ainda que a direção da sociedade conjugal seja exercida por ambos os cônjuges (CC 1.567), e as eventuais divergências devam ser solvidas judicialmente, tal não gera responsabilidade solidária no sentido de que o adimplemento do dever por um dos pais libera o outro do encargo.

Apesar de a lei dispor a respeito desses direitos e deveres os cônjuges podem por meio de pacto antenupcial estipulem algumas regras que quiserem. Assim preleciona Maria Berenice Dias:

Ainda que sejam impostos direitos e deveres aos cônjuges (CC 1.566), não há qualquer impedimento de que, via pacto antenupcial, os noivos deliberem da forma que desejarem o modo que vão levar suas vidas. Impositivo respeitar o princípio da autonomia da vontade. Eles só não podem incluir cláusulas que afrontem disposição absoluta de lei (CC 1.655), dispor sobre direito sucessório (CC 426) e sobre alimentos (CC

¹³⁵ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 305.

1.707). No mais, tudo pode ser convencionado, até o estabelecimento de regras de convívio.¹³⁶

Maria Berenice Dias dispõe ainda sobre contrato de convivência:

O contrato de convivência não serve tão só para deliberações de natureza patrimonial. Possível os conviventes preverem a forma de conduzirem suas vidas. Possíveis previsões de natureza pessoal e convivencial. Os direitos e deveres que lhes são impostos (CC 1.724) não têm eficácia vinculante. Por exemplo, é possível regular a forma de convivência não monogâmica. Tal não afronta disposição absoluta de lei (CC 1.655). Não cabem deliberações sobre direito sucessório (CC 426), ou renúncia a alimentos (CC 1.707). Nada mais é proibido.¹³⁷

Desta forma, conclui-se que o casamento é o mecanismo previsto em lei capaz de formalizar a vontade das partes em permanecerem juntas e constituírem família, o qual acarretará direitos e deveres, assim como obrigação alimentar, sucessória, previdenciária, etc.

No próximo tópico passaremos a tratar especificamente da família poliafetiva, a qual também pode originar uma união estável ou um casamento, passando assim a ser reconhecida na ordem jurídica como entidade familiar e sendo garantido os direitos e deveres decorrentes do instituto do casamento e da união estável.

¹³⁶ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 295

¹³⁷ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11 ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 2016, p. 430.

CAPITULO 3 POLIAFETIVIDADE: REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA PELA UNIÃO ESTÁVEL E PELO CASAMENTO

Entende-se por relação poliafetiva aquela relação amorosa constituída por três ou mais pessoas, sob uma interação recíproca, constituindo um entidade família assentada nos laços de afetivos.

Nas palavras de Miriam Goldenberg e Antônio Cerdeira Pilão o poliamor é “a possibilidade de estabelecer mais de uma relação amorosa ao mesmo tempo com a concordância de todos os envolvidos”¹³⁸.

Certo é que a muitos anos os seres humanos tem relações não monogâmicas de forma consensual, no entanto sempre foi alvo desaprovação da Igreja, que em virtude da influência que detinha sob o Estado sacralizava o casamento, condenando a poligamia.¹³⁹

A partir de diversos movimentos sociais na luta por direitos, bem como as transformações ocorridas nos arranjos familiares, instaurou-se a discussão relativa ao poliamor como uma forma de entidade familiar.

A vista disso, indaga-se: O poliamor é uma entidade capaz de dar origem a uniões estáveis e casamentos no Brasil?

Tendo como hipótese o reconhecimento jurídico do poliamor, devido ao fato de ser uma entidade relacional assim como as outras. Pois, conforme preceitua o art. 226, da CF/88, família constitui base da sociedade, e tem especial proteção do Estado. Desta forma, demonstra-se como um conceito aberto, o qual não traz

¹³⁸ GOLDENBERG, Miriam; PILÃO, Antonio Cerdeira. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. Revista Ártemis, v. 13, p. 62, jan./jul.2012.

¹³⁹ CARDOSO, Daniel dos Santos. Poliamor e Psicologia. Palestra preferida no Núcleo de Estudantes de Psicologia da Universalidade de Évora (Portugal)- NEPUE. 28.02. 201. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=6UL04xG5gNc>> Acesso em: 19 outubro. 2019.

definição de sujeitos e nem em que condições. Sendo uma identidade relacional capaz de dar origem a uniões estáveis e casamentos no Brasil, também por ser uma união fundada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, afetividade, solidariedade e igualdade, liberdade.

Assim quando a união poliamorosa preencher os requisitos da união estável, quais sejam: a convivência pública, contínua e duradoura, como intuito de constituir família. Ou quando preencher os requisitos do casamento, manifestação recíproca de vontade (consentimento) e celebração por autoridade materialmente competente, deve gerar os mesmos efeitos das uniões monogâmicas.

Conforme defende a autor Rafael da Silva Santiago:

Com efeito, o poliamor é uma identidade relacional como outra qualquer, que gera os mesmos efeitos decorrentes da monogamia. Em outras palavras, a relação poliamorosa, preenchidos os mesmos requisitos exigidos para os relacionamentos monogâmicos, pode dar origem a uma união estável ou até o mesmo ser formalizada por intermédio do casamento, de modo que não há que se falar em ausência de normas jurídicas para regular os seus efeitos.¹⁴⁰

Posto isso, no presente capítulo será abordado os elementos necessários para a caracterização da união poliafetiva enquanto entidade familiar, bem como a presença do elemento do consentimento mútuo nessa forma de relacionamento. E, por fim, será feita uma análise dos efeitos jurídicos do seu reconhecimento jurídico.

3.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES

O ordenamento jurídico têm avançado de forma considerável na interpretação da família. Onde esse instituto alcança hoje a suas mais variadas formas, vez que estrutura-se com base nas relações afetivas. Assim, fundado no afeto que se dá a união poliafetiva.

Conforme declara Valéria Cardin e Calor Moraes, os envolvidos nessa família, não se relacionam entre si de forma distinta, e, sim, de modo concomitante.

¹⁴⁰ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 208.

A poliafetividade é um conceito de amor múltiplo e, por isso, todos os que estão se relacionando participam da união de forma simultânea e consciente.¹⁴¹

No mesmo sentido, declara Dimas Messias de Carvalho “a família poliafetiva se constitui pelo vínculo amoroso de mais de duas pessoas, com plena concordância dos envolvidos, vivendo juntos, sob o mesmo teto ou não, de forma afetiva e recíproca.” Acrescenta o autor explicando que não se trata de família paralela, vez que na família pautada no poliamor a união é consensual, sendo que os envolvidos compartilham entre si a relação amorosa.¹⁴²

Logo, observa-se como elementos constitutivos o consenso, o vínculo amoroso recíproco e a honestidade, pois os envolvidos tem ciência da relação formada. Nas palavras de Cardin e Moraes “essas relações são pautadas na verdade recíproca entre os comprometidos, e não há subalternidade de nenhum lado, por isso o relacionamento também é válido, pois expõe a livre vontade dos envolvidos.”¹⁴³

Dessa maneira, para que haja a configuração dessa entidade familiar, os integrantes devem submeter-se a padrões mínimos, a fim de que os princípios, regras e valores consagrados pela Constituição sejam respeitados.¹⁴⁴

Conforme dispõe Rafael da Silva Santiago:

A relação de poliamor capaz de dar origem a uma família deve ser sustentada pela solidariedade, pela cooperação e pelo respeito a dignidade de cada um seus componentes, fundando-se, portanto, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca e na preservação da dignidade de seus membros.¹⁴⁵

Logo, é necessário que os arranjos poliafetivos sejam sustentados pela solidariedade, cooperação e nos laços de afeto, e, ainda, que entre os parceiros

¹⁴¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do Reconhecimento Jurídico Das Uniões Poliafetivas Como Entidade Familiar. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 18, n. 3, p. 975-992, setembro/dezembro 2018 - ISSN 1677-6402.

¹⁴² CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias. 6ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2017, p. 71.

¹⁴³ CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do Reconhecimento Jurídico Das Uniões Poliafetivas Como Entidade Familiar. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 18, n. 3, p. 975-992, setembro/dezembro 2018 - ISSN 1677-6402.

¹⁴⁴ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 195.

¹⁴⁵ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 195

haja um vontade livre e consciente. Respeitando, assim, a dignidade de cada um de seus membros.

Oportuna é a lição de Rafael da Silva Santiago nesse sentido:

É preciso que a relação de poliamor se traduza em um adequado meio de promoção da pessoa humana, tendente a concretizar suas aspirações espirituais e o desenvolvimento e da personalidade de seus membros, qualificado pela busca da felicidade íntima e pessoal e permitindo a realização plena de seus praticantes, de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁶

Ademais, entende-se que atualmente a Constituição protege todo agrupamento humano que se enquadra no conceito ontológico de família, quais sejam: a união de pessoas assentada no amor familiar, amor este que visa a comunhão plena de vida e interesse, de forma pública, contínua e duradoura. Razão pela qual, a união poliafetiva se enquadra nesse conceito ontológico-constitucional de família, devendo, assim, ser reconhecida e protegida.¹⁴⁷

Com isso, reconhecendo a relação poliafetiva como uma das mais diversas entidades familiares, necessário que para sua caracterização como união estável poliafetiva, deve preencher os elementos, como a convivência pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família, tal qual prevê o art. 1.723, do CC.

Nesse sentido, preleciona Anderson Schreiber:

O art. 1.723 estampa, as claras, os requisitos para a configuração da união estável: convivência pública, contínua, duradoura, voltada a constituição de família. Nada mais exige. Sobre exclusividade não há palavra. E, em que pese o eventual moralismo do interprete, não resta qualquer dúvida de que convivências públicas, contínuas e duradouras podem ser e, na prática, são estabelecidas simultaneamente com diferentes pessoas em distintas ou até em uma mesma comunidade. O próprio caráter espontâneo da formação desta espécie de entidade familiar permite sua incidência múltipla (...).¹⁴⁸

Nessa linha, explica Rafael da Silva Santiago:

¹⁴⁶ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 195

¹⁴⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. Revista Libertas. Ouro Preto – MG. n. 2, v. 2, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/418-693-1-pb.pdf>>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

¹⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico, p. 303.

Dessa forma, a configuração de união estável formada por uma multiplicidade de parceiros não encontra qualquer óbice constitucional ou legal. Desde que preenchidos os requisitos da convivência pública, contínua e duradoura, orientada para a constituição de família, o poliamor pode dar origem a uma verdadeira união estável, que desfruta de todos os seus benefícios no Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito Previdenciário etc.¹⁴⁹

Aliás, convém ressaltar que a Carta Magna, é fundada nos princípios da dignidade, da solidariedade, igualdade e liberdade. Logo, não coaduna com seus preceitos impedir o reconhecimento da união poliafetiva enquanto entidade familiar, vez que trata-se, também de um arranjo familiar formado pelo amor e na comunhão plena de vida entre o seus integrantes.

Nessa linha, preleciona Rafael da Silva Santiago:

Dessa forma, a configuração de união estável formada por uma multiplicidade de parceiros não encontra qualquer óbice constitucional ou legal. Desde que preenchidos os requisitos da convivência pública, contínua e duradoura, orientada para a constituição de família, o poliamor pode dar origem a uma verdadeira união estável, que desfruta de todos os seus benefícios no Direito das Famílias, Direito das Sucessões, Direito previdenciário etc.¹⁵⁰

Posto isso, defende-se a união poliafetiva pautada pelo consentimento de pessoas maiores e capazes, a favor da poliafetividade de todos aqueles que integra a união, bem como fundada no respeito recíproco de todos os seus integrantes e na igualdade de direito e deveres.¹⁵¹

Do mesmo modo, a família poliafetiva também tem o direito de se constituir pelo casamento. Vez que conforme já demonstrado, as famílias estruturam-se com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade, solidariedade e igualdade. Ainda, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “em seu plano de existência, o casamento reúne os elementos manifestação

¹⁴⁹ SANTIAGO, Rafael da Silva. O Mito da Monogamia à Luz Do Direito Civil Constitucional: A Necessidade de uma Proteção Normativa às Relações de Poliamor. Disponível em: < https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16193/1/2014_RafaeldaSilvaSantiago.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

¹⁵⁰ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 210.

¹⁵¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. Revista Libertas. Ouro Preto – MG. n. 2, v. 2, Jul./Dez. 2016. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/porta/sites/default/files/418-693-1-pb.pdf>>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

recíproca de vontade (consentimento), diversidade de sexos e celebração por autoridade materialmente competente.”¹⁵²

Logo, o poliamor como autêntica entidade relacional, quando cumpridos os mesmos requisitos exigidos para os relacionamentos monogâmicos, também pode originar matrimônios.”¹⁵³

Denota-se que o que diferencia as uniões poliamorosas para as relações monogâmicas é o número de pessoas, e isto não é requisito para a configuração do casamento. O único requisito que seria capaz de inviabilizar o casamento poliamoroso é a diversidade de sexo, mas esse entendimento já foi superado com o reconhecimento da possibilidade do casamento entre homossexuais pelo Supremo Tribunal Federal. E também por não haver no CC/2002, regra explícita, que proíba o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. ¹⁵⁴

Assim, levando-se em consideração que as relações poliamorosas, baseiam-se na dignidade de seus membros, na formação de laços de afeto, bem como na livre manifestação de vontade de seus membros, assim como no casamento e na união estável, não há razão para haver qualquer incompatibilidade, vez que se trata de uma entidade amorosa como outra qualquer. Devendo-se, portanto, ser garantido o direito fundamental de constituir união estável e casar aos poliamorosos, respeitando assim sua liberdade de autodeterminação afetiva.

3.2 MÚTUO CONSENTIMENTO: NOVA ROUPAGEM DA MONOGAMIA

Percebe-se que o direito das famílias vem sofrendo incessantes mudanças, especialmente em relação aos seus valores, como a boa-fé, afetividade, estabilidade e o respeito. Elementos que dão efetividade a entidade familiar.

¹⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 201.

¹⁵³ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 214.

¹⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 205.

No tocante a monogamia, foi criada ao longo dos anos como um princípio socialmente consolidado e historicamente construído.¹⁵⁵ No entanto, entende-se na sociedade contemporânea os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da liberdade e da democracia inerentes as relações familiares, não permitem mais a afirmação de que a monogamia subsiste como princípio do Direito de Família.

Nesse sentido:

A tese do rompimento ou da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família verifica-se em função do reconhecimento do princípio da pluralidade das entidades familiares e, também, da superação da família formada pelo casamento como modelo superior reconhecido pelo Estado. À medida que o caput do art. 226 da Constituição Federal é compreendido como cláusula geral de inclusão e de tutela das famílias em suas multiformes manifestações, não há razão para se preterir uma família em benefício de outra pela simples razão de ser esta oriunda do casamento e aquela de uma união não formalizada.¹⁵⁶

Impor a monogamia como princípio estruturante do Direito das Famílias contemporâneo, acaba por violar os direitos fundamentais das pessoas que constituem uma família conjugal poliafetiva.¹⁵⁷ Assim, a monogamia cede lugar às relações pautadas nos valores da verdade recíproca, na afetividade e, principalmente, no mútuo consentimento.

A vista disso, as relações poliamorosas que assentadas nesses valores, os parceiros se posicionam de maneira consensual ao projeto de vida em comum. Portanto, essas relações são pautadas na verdade recíproca entre os comprometidos, por isso o relacionamento também é válido, pois expõe a livre vontade dos envolvidos.¹⁵⁸

¹⁵⁵ SIMÃO, José Fernando. Poligamia, Casamento Homoafetivo, Escritura Pública e Dano Social: Uma Reflexão Necessária. Ano 2 (2013), nº 1 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567 pp. 821-836.

¹⁵⁶ Instituto Brasileiro de Direito de Família. Uniões simultâneas, monogamia e dever a fidelidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5153/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas,+monogamia+e+dever+a+fidelidade>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

¹⁵⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. Revista Libertas. Ouro Preto – MG. n. 2, v. 2, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/418-693-1-pb.pdf>>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

¹⁵⁸ CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do Reconhecimento Jurídico Das Uniões Poliafetivas Como Entidade Familiar. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 18, n. 3, p. 975-992, setembro/dezembro 2018 - ISSN 1677-6402.

Dessa maneira, tais formas união não devem ser impedidas, pela sociedade ou pelo Estado, vez que concordaram em viver assim, razão pela qual não há quebra do contrato amoroso, nem infidelidade, pois, todos os inseridos na relação tem plena ciência do que foi estipulado.

Nessa linha, declara Valéria Cardin e Carlos Moraes:

(...) a definição de traição é baseada na ideia de que alguém falhou com o que foi prometido, iludindo o outro nos moldes do artigo 1.566, inciso I do Código Civil. No poliamor é diferente, não há traição, uma vez que as pessoas que se relacionam não escondem que amam outras. O relacionamento torna-se verdadeiro e, desde que todas as partes envolvidas estejam confortáveis com a situação, não há nada que possa impedi-las de se envolverem.¹⁵⁹

Ademais, pode-se dizer que a fidelidade não se trata de um dever jurídico, vejamos:

(...) a fidelidade pode constituir norma interna de uma relação de conjugalidade, formalizada ou não pelo casamento, mas, não subiste como norma estatal. Não faz qualquer sentido que o Estado venha se imiscuir nas relações de conjugalidade para impor, por força de lei, o dever de fidelidade. O próprio princípio da liberdade assegura aos cônjuges a reserva de sua intimidade. Reclama-se, hoje, a ampliação do campo do exercício da liberdade especialmente no que se refere às situações subjetivas coexistências. As relações de conjugalidade não podem ser mantidas por regras heterônomas, impostas pelo Estado. Não há dique estatal que estanque a liberdade conquistada. O casamento ou a união estável somente se mantêm pela repactuação constante da relação.¹⁶⁰

Assim, se as partes, concordes, fazem a escolha pela relação poliamorosa e havendo a comunhão plena de vida, não há porque negar-lhes a existência, e coloca-los a margem da tutela estatal, ou seja, não lhes garantindo nenhum direito ou obrigação uns perante os outros.

Assim assevera Maria Berenice Dias:

(...) Negar-lhe a existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los a invisibilidade gera irresponsabilidades e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor

¹⁵⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do Reconhecimento Jurídico Das Uniões Poliafetivas Como Entidade Familiar. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 18, n. 3, p. 975-992, setembro/dezembro 2018 - ISSN 1677-6402.

¹⁶⁰ Instituto Brasileiro de Direito de Família. Uniões simultâneas, monogamia e dever a fidelidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5153/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas,+monogamia+e+dever+a+fidelidade>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso: nega divisão de patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direitos sucessório (...)¹⁶¹

O Estado não tem legitimidade para impor a monogamia aos seres humanos que não se sentem felizes com essa formatação monogâmica de família, o Estado deve intervir minimamente na vida das pessoas, conforme prevê o princípio da intervenção mínima. Rafael da Silva Santiago diz ainda:

Diante do princípio da mínima intervenção, o Estado e muito menos qualquer indivíduo ou setor da sociedade, não tem legitimidade para se imiscuir na família e impor que pessoas casadas não possam praticar o poliamor. Mesmo porque quem busca a felicidade e a promoção da personalidade é o seu praticante e não o poder público.¹⁶²

Nesse viés, ressalta-se que, conforme preconizado pela Constituição Federal, em seu art. 226, com fundamento no princípio da dignidade humana o planejamento familiar é livre decisão do casal. Ademais, em um Estado cujo um dos ideais é a liberdade, todos devem ter espaço para livre constituição da família.

Assim, não se pode impedir que os poliamorosos exerçam seu direito constitucional da dignidade da pessoa humana por meio da formação familiar que escolheram para promover sua personalidade, felicidade, desenvolvimento de seus membros de forma solidaria, afetiva e com mútuo consentimento.

A superação da monogamia como princípio é uma questão de cidadania. E, ainda que uma parcela da sociedade que discrimine essa forma de amor, sob um fundamento moral ou religioso, alegando que as famílias devam se orientar pela monogamia, esse pensamento não merece prosperar, vez que tais pessoas não tem o direito de impor à totalidade dos cidadãos um modelo único de família. “A democracia é o difícil exercício de construção de um espaço onde caibam todos, convivendo com respeito e profunda consideração ao direito de ser diferente. A igualdade pressupõe o direito à diversidade.”¹⁶³

¹⁶¹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 184

¹⁶² SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.216

¹⁶³ Instituto Brasileiro de Direito de Família. Uniões simultâneas, monogamia e dever a fidelidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5153/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas,+monogamia+e+dever+a+fidelidade>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

Vê-se que a imposição da monogamia é discriminatória, violando o princípio da isonomia. De acordo com o autor Anderson Schreiber:

A diferenciação no tratamento de entidades familiares com base em critério estrutural, de ordem puramente quantitativa, quando constatada verdadeira identidade qualitativa, fundada na solidariedade familiar.¹⁶⁴

Em suma, os valores atuais são de afetividade e do respeito, voltados a uma comunhão plena de vida, onde haja a realização dos direitos fundamentais dos membros da entidade familiar, pautados na dignidade da pessoa humana, no consentimento e o respeito recíproco. Não cabendo ao Estado, tampouco a sociedade desqualificar as escolhas do projeto de vida de comunhão com mais de dois parceiros, vez que se trata de livre manifestação dos parceiros.

3.3 RECONHECIMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

O direito de família não mais comporta a caracterização de um modelo único e ideal. Atualmente a sociedade se encontra diante de diversos arranjos familiares, sendo certo que todos são pautados na solidariedade, cooperação e na afetividade.

Pois bem, infere-se que o relacionamento poliafetivo se enquadra nesse cenário, vez que também se trata de uma união amorosa, em prol da constituição de uma família. Observando os princípios constitucionais intrínsecos às famílias.

Nesse sentido:

(...)em face da marcante pluralidade da família, o espaço familiar deve abranger novos sentidos, entre os quais aqueles que caracterizam as relações de poliamor, uma vez que estas configuram, nada mais, uma organização social-familiar voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes e qualificada, como o próprio nome sugere, pelo amor em sua convivência.¹⁶⁵

¹⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico, p. 953.

¹⁶⁵ SANTIAGO, Rafael da Silva. O Mito da Monogamia à Luz Do Direito Civil Constitucional: A Necessidade de uma Proteção Normativa às Relações de Poliamor. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16193/1/2014_RafaeldaSilvaSantiago.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

Logo, necessitam, assim como os demais organismos familiares, de proteção jurídica para garantia de seus direitos.

Nessa linha, Valéria Cardin e Carlos Moares citando Maria Berenice Dias ressaltam que devido ao fato do rol familiar descrito na atual Constituição Federal não ser taxativo, é possível inferir que a lei protege não só a família oriunda do matrimônio, mas também a informal, a homoafetivas, a anaparental, a pluriparental, a paralela e a poliamorista, desde que haja a presença da afetividade, do companheirismo e da ajuda mútua entre os membros.¹⁶⁶

Sobre as relações poliamorosas, convém ressaltar que dentre o rol de impedimentos para o casamento (art. 1.521, do CC), não há proibição expressa para que os praticantes do poliamor possam se casar ou até mesmo constituírem união estável, pois os pressupostos objetivos e subjetivos são cumpridos.¹⁶⁷

Nesse cenário, o autor Rafael Santiago elenca quatro espécies distintas, quais sejam: polifidelidade; poliamorismo aberto; poliamorismo com redes de relacionamento íntimos hierarquizados e poliamorismo individual, o autor ainda, indica qual desses modelos possuem os elementos indispensáveis para serem reconhecidas como entidade familiar. As quais serão analisadas a seguir.¹⁶⁸

Na Polifidelidade os indivíduos se relacionam apenas entre o próprio grupo, logo lhe devem ser conferidos o mesmo tratamento jurídico e efeitos que é dado as famílias monogâmicas que se constitui por meio da união estável ou do casamento, tendo em vista que a única diferença é o número de pessoas que compõe a relação.¹⁶⁹

Prosseguindo, no poliamorismo aberto, a família originária permite o envolvimento de seus integrantes com pessoas não inseridas no relacionamento, podendo ser um envolvimento de forma casual, destoando das outras por não haver afetividade, nem o intuito de constituir família, razão pela qual quanto aos

¹⁶⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do Reconhecimento Jurídico Das Uniões Poliafetivas Como Entidade Familiar. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 18, n. 3, p. 975-992, setembro/dezembro 2018 - ISSN 1677-6402.

¹⁶⁷ MOITINHO, Rodrigo; LORENZO, Deivid Carvalho. Poliamorismo e o reconhecimento das relações poliafetivas como núcleo familiar. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64819/poliamorismo-e-o-reconhecimento-das-relacoes-poliafetivas-como-nucleo-familiar>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

¹⁶⁸ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.196.

¹⁶⁹ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.196.

relacionamentos casuais não se verifica a entidade familiar fundada no afeto, elemento essencial para a existência de relações familiare.¹⁷⁰

Já no poliamorismo com redes de relacionamento íntimos hierarquizados, há grupos de indivíduos com vários níveis de comprometimento e de interligação pessoal, onde há uma hierarquia nos relacionamentos de acordo com a intensidade do relacionamento, sendo chamadas de relações primárias, relações secundárias, relações terciárias, entre outras.

Desta forma, para saber quando os integrantes formam uma entidade familiar, digna de reconhecimento da possibilidade da união estável e dos casamentos e seus efeitos jurídicos, deve-se analisar assim como no poliamorismo aberto, se há afeto e animo de constituir família entre eles.¹⁷¹

Nessas duas últimas espécies, para o seu reconhecimento como entidade familiar nos moldes das demais, é necessário que o magistrado analise o caso concreto, a procura dos elementos essenciais a configuração da família, a saber: laços de afeto e a comunhão plena de vida.

Por fim, poliamorismo individual, por sua vez, caracteriza-se pelo indivíduo que se envolve de forma íntima com várias pessoas, sem um compromisso principal com qualquer dessas pessoas, não possuindo, assim, intuito de constituir família, desta forma, não há aqui a caracterização de uma entidade familiar, não havendo a incidência de direitos familiares, sucessórios ou previdenciários.¹⁷²

Rafael da Silva Santiago diz que:

Portanto, fica fácil perceber que não se fala em família, na medida em que inexistente um agrupamento de pessoas voltado para o desenvolvimento de sua personalidade e dignidade, mas apenas, um único indivíduo que pretende viver diversos relacionamentos não afetivos com uma série de pessoas.¹⁷³

¹⁷⁰ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.197.

¹⁷¹ CARDOSO, Daniel dos Santos. Amando várias- individualização, redes, ética e poliamor. Lisboa. 2010. 92 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação). Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa.

¹⁷² SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.224

¹⁷³ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.200

Quanto as consequências jurídicas do reconhecimento do poliamor os doutrinadores Elpídio Donizzetti e Felipe Quintella, defendem a necessidade de criação de normas jurídicas para regulamentar as consequências jurídicas do reconhecimento do poliamor:

Desse modo, Elpídio Donizzetti e Felipe Quintella (2013, p. 910) defendem a necessidade de criação de normas de Direito das Famílias que disciplinem as uniões não monogâmicas, com o intuito de não deixar sem a devida proteção normativa uma série de situações que, no atual mundo globalizado, só tendem a se tornar mais frequentes.¹⁷⁴

Para Valéria Cardin e Carlos Moreas, em face do princípio da liberdade e da igualdade, deve-se privilegiar a independência privada dos integrantes da relação poliafetiva. Tendo em vista que a liberdade e o planejamento familiar constitui uma forma democrática de se formar uma família e são regidas por institutos legais que determinam as suas condições. Assim, a lei pode estabelecer medidas necessárias para regulamentar essas relações, sem que haja qualquer interferência arbitrária do Estado.¹⁷⁵

Em contrapartida, Rafael da Silva Santiago diz não ser necessária a criação de novas normas jurídicas para o reconhecimento jurídico e regulação dos efeitos as famílias poliafetivas, pois esta já decorre dos diversos princípios constitucionais, devendo ser aplicados os mesmos parâmetros do casamento e da união estável monogâmica aos poliamorosos. Em suas palavras:

Diante do conjunto de normas de que o Direito das Famílias dispõe na atualidade, não acredito ser necessária a criação de mais regras jurídicas para se alcançar o reconhecimento e a regulação plena das relações de poliamor. Essas regras já existem, estão dispostas na Constituição, no Código Civil e na legislação extravagante.¹⁷⁶

Continua ao autor:

Com efeito, o poliamor é uma identidade relacional como outra qualquer, que gera os mesmos efeitos decorrentes da monogamia. Em outras

¹⁷⁴ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.208

¹⁷⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do Reconhecimento Jurídico Das Uniões Poliafetivas Como Entidade Familiar. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 18, n. 3, p. 975-992, setembro/dezembro 2018 - ISSN 1677-6402.

¹⁷⁶ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.208

palavras, a relação poliamorosa, preenchidos os mesmos requisitos exigidos para os relacionamentos monogâmicos, pode dar origem a uma união estável ou, até mesmo, ser formalizada por intermédio do casamento, de modo que não há que se falar em ausência de normas jurídicas para regular os seus efeitos.¹⁷⁷

A título de exemplo, como um dos efeitos da família, tem-se os alimentos. Defende Rafael da Silva Santiago que os adeptos ao poliamor também tem o direito de pleitear os alimentos necessários a sua subsistência, podendo ser exercido em face de todos os parceiros da antiga família. Uma vez que se trata de um valor capaz de prover o sustento daqueles que necessitam.¹⁷⁸

Aos poliamorosos também deve ser reconhecido os direitos decorrentes a filiação, de gerar, adotar e criar filhos, pois, isto está diretamente relacionado a dignidade da pessoa humana, a busca pela felicidade e de realização como seres humanos, dando aos filhos decorrentes dessa relação como direito a alimentos, a herança e acréscimo de sobrenome.¹⁷⁹

O fato dos pais serem heterossexuais, homossexuais, praticante da relação monogâmicas ou poliamorosas não é elemento definidor de um bom ou mau exercício da paternidade ou maternidade.¹⁸⁰

Conforme analisa Maria Berenice Dias a orientação sexual dos pais não interfere na educação e cuidado dos filhos, o que é importante é a estrutura emocional entre o casal capaz de conduzir o bom desenvolvimento da prole, propiciando um ambiente sadio.¹⁸¹

Pelo exposto, tratar dos efeitos decorrentes do reconhecimento do poliamor é essencial, pois, evita que haja injustiças como enriquecimento ilícito e falta de tutela estatal dos direitos que os integrantes possuem. Conforme dispõe Rafael da Silva Santiago:

Desse modo, definir os efeitos práticos de uma relação familiar de poliamor significa evitar injustiças e a fragilização dos membros dessa

¹⁷⁷ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.208

¹⁷⁸ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.219.

¹⁷⁹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

¹⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 5. Salvador. Editora JusPodivm, 2013, p. 1070.

¹⁸¹ DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 168

família. Todos os efeitos dos Direitos das famílias. Das sucessões, previdenciário, etc. São aplicáveis as uniões poliamorosas, sob pena de se excluir direitos fundamentais de forma indevida e injustificável, atentando contra o Estado Democrático de Direito e contra a dignidade de seus integrantes.¹⁸²

Declara o autor que, não há como se prever todas as possibilidades fáticas do poliamor, mas o juiz sempre que estiver diante de um litígio poliamoroso deve julgar com base na dignidade da pessoa humana, no afeto e no intuito de constituir família, bem como na análise da colaboração para a aquisição de patrimônio.¹⁸³

Ademais, levando-se em consideração que o art. 226, § 4º da Constituição, o não define quantidade de pessoas ou quais gêneros devem compor uma família, compreende-se que o rol de indivíduos formadores é abrangente.¹⁸⁴

Com isso, entende-se que a Constituição Federal, possibilitou que casais que antes estavam a margem da lei, pudessem ser reconhecidos como família, garantindo-lhes os mesmos efeitos.¹⁸⁵

A vista disso, se mostra razoável que os pressupostos constitutivos dos relacionamentos poliamoristas estão em consonância com as entidades já reconhecidas pelo ordenamento jurídico, mostrando-se cabível a concessão dos mesmos efeitos jurídicos, a fim de garantir a proteção dessas entidades, tal como prevê a Constituição Federal.

Posto isso, nota-se que não há qualquer justificativa para se negar a adoção aos casais poliamoros, tendo em vista também que a Constituição não valoriza o preconceito, ou tradicionalismo, mas sim a pessoa humana, a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente, e a família fundada no afeto.

¹⁸² SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.218.

¹⁸³ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p.220

¹⁸⁴ MOITINHO, Rodrigo; LORENZO, Deivid Carvalho. Poliamorismo e o reconhecimento das relações poliafetivas como núcleo familiar. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64819/poliamorismo-e-o-reconhecimento-das-relacoes-poliafetivas-como-nucleo-familiar>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

¹⁸⁵ MOITINHO, Rodrigo; LORENZO, Deivid Carvalho. Poliamorismo e o reconhecimento das relações poliafetivas como núcleo familiar. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64819/poliamorismo-e-o-reconhecimento-das-relacoes-poliafetivas-como-nucleo-familiar>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do Direito de Família permitiu que outros organismos familiares fossem reconhecidos como uma entidade jurídica familiar, como por exemplo, a união estável. Tais famílias, atualmente, são formadas com base nos princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da convivência familiar.

Pode-se dizer que, tal evolução se deu em virtude das novas interações sociais.

Nesse sentido, verificou-se que a Constituição Federal institui a família como base da sociedade, resguardando todos os seus direitos e, sobretudo, priorizando a pessoa em si, a luz dos princípios constitucionais do direito de família.

No tocante as transformações sociais, surgiu a espécie de relação amorosa poliafetiva, aquela formada por mais de dois integrantes, cuja relação é formada pelos laços de afeto, com manifestação livre da vontade e cooperação entre seus membros.

Neste ponto, tem-se como questionamento: O poliamor é uma entidade capaz de dar origem a uniões estáveis e casamentos no Brasil?

Assim, levanta-se como hipótese o reconhecimento jurídico do poliamor, uma vez que se trata entidade relacional assim como as demais. E, com fulcro no art. 226, da CF/88, a família constitui base da sociedade, possuindo especial proteção do Estado, demonstrando conceito aberto, o qual apresenta condições, tampouco limitação de seus sujeitos. Constituindo, assim, uma identidade relacional capaz de dar origem a uniões estáveis e casamentos no Brasil, também por ser uma união assentada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, afetividade, solidariedade e igualdade, liberdade.

Logo, quando preencher os requisitos da união estável, quais sejam: a convivência pública, contínua e duradoura, como intuito de constituir família. Ou quando preencher os requisitos do casamento, manifestação recíproca de vontade (consentimento) e celebração por autoridade materialmente competente, deve gerar os mesmos efeitos das uniões monogâmicas.

Tudo isso, com base nas ideias do autor Rafael da Silva Santiago:

Com efeito, o poliamor é uma identidade relacional como outra qualquer, que gera os mesmos efeitos decorrentes da monogamia. Em outras palavras, a relação poliamorosa, preenchidos os mesmos requisitos exigidos para os relacionamentos monogâmicos, pode dar origem a uma união estável ou até o mesmo ser formalizada por intermédio do casamento, de modo que não há que se falar em ausência de normas jurídicas para regular os seus efeitos.¹⁸⁶

Nesse cenário, foram feitas análises das entidades familiares vigentes no ordenamento jurídico, os princípios que a rodeiam, mormente o princípio da afetividade, da solidariedade, da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros e o princípio da convivência familiar. Ainda, verificou-se o instituto da união estável e do casamento, apresentando os seus requisitos.

Destarte, explorou-se os elementos caracterizadores do relacionamento poliafetivo, como o mútuo consentimento e livre manifestação da vontade dos parceiros, trazendo, ainda, posicionamentos doutrinários a respeito.

Posto isso, a presente pesquisa buscou mostrar a necessidade do Estado reconhecer o poliamor como entidade jurídica familiar, para que assim os direitos dos membros dessa família sejam assegurados. Para tanto, é de suma importância que haja maior atenção a essa matéria, com estudo aprofundado, vez que, conforme demonstrado, ainda não se tem muitos doutrinadores falando a respeito.

¹⁸⁶ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 208.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional- RBDC*. São Paulo, n. 17, jan/jun. 2011.

BITENCURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal, parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dois crimes contra a fé pública*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro Eletrônico.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Casamento desfeito, transitoriedade e recomposição familiar. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Voxlegem, 2006. p. 293-310.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de agosto. 2019.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 agosto. 2019.

BRASIL, 2015, Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm;
acesso em: 14 outubro 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm> . Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº380 e 382. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 18 outubro 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012 a. Livro Eletrônico.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do Reconhecimento Jurídico Das Uniões Poliafetivas Como Entidade Familiar. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 18, n. 3, p. 975-992, setembro/dezembro 2018 - ISSN 1677-6402.

CARDOSO, Daniel dos Santos. Amando vári@as- individualização, redes, ética e poliamor. Lisboa. 2010. 92 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação). Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa.

CARDOSO, Daniel dos Santos. Poliamor e Psicologia. Palestra preferida no Núcleo de Estudantes de Psicologia da Universidade de Évora (Portugal)- NEPUE. 28.02. 201. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=6UL04xG5gNc>. Acesso em: 19 outubro de 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias. 6ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2017.

DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade e do Estado. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013

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

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco (art. 1591 a 1638). 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. V. XVIII. Livro Eletrônico.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada a luz da lei 11.698/08:família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008

GONÇALVES Carlos Alberto, Direito de família, sinopse jurídica. 20a edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolf. Novo curso de direito civil: direito de família- as famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro Eletrônico.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. Uniões simultâneas, monogamia e dever a fidelidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5153/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas,+monogamia+e+dever+a+fidelidade>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2011

MADALENO, Rodolf. Direito de família. 9ª Edição. Porto Alegre: Editora Forense, 2019

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas Modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Atlas, 2010. Livro Eletrônico.

MOITINHO, Rodrigo; LORENZO, Deivid Carvalho. Poliamorismo e o reconhecimento das relações poliafetivas como núcleo familiar. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64819/poliamorismo-e-o-reconhecimento-das-relacoes-poliafetivas-como-nucleo-familiar>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 28-29.

POLIAMOR.PT. Poliamor. <Disponível em: <http://www.poliamor.pt/>> Acesso em: 16, out, 2014

SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e Direitos das Famílias. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

SANTIAGO, Rafael da Silva. O Mito da Monogamia à Luz Do Direito Civil Constitucional: A Necessidade de uma Proteção Normativa às Relações de Poliamor. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16193/1/2014_RafaeldaSilvaSantiago.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico.

SIMÃO. José Fernando. Poligamia, Casamento Homoafetivo, Escritura Pública e Dano Social: Uma Reflexão Necessária. Ano 2 (2013), nº 1 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567 p. 821-836.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018

VENOSA, Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. Livro Eletrônico.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. Revista Libertas. Ouro Preto – MG. n. 2, v. 2, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/418-693-1-pb.pdf>>. Acesso em 14 de novembro de 2019.