

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

**ÁDAMO BRASIL DIAS**

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO ENTIDADE  
FAMILIAR E A TUTELA JURÍDICA DOS SEUS EFEITOS PELO SISTEMA  
NORMATIVO VIGENTE**

Porto Alegre

2021

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

**ÁDAMO BRASIL DIAS**

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO ENTIDADE  
FAMILIAR E A TUTELA JURÍDICA DOS SEUS EFEITOS PELO SISTEMA  
NORMATIVO VIGENTE**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Luís Renato Ferreira da Silva

Porto Alegre

2021

ÁDAMO BRASIL DIAS

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO ENTIDADE  
FAMILIAR E A TUTELA JURÍDICA DOS SEUS EFEITOS PELO SISTEMA  
NORMATIVO VIGENTE**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em      de      de 2021.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

## AGRADECIMENTOS

Embora me pareça usual iniciar esta seção agradecendo a Deus, minha condição agnóstica, resultante da incerteza sobre os mistérios atinentes à metafísica, gera-me desconforto para um agradecimento a esse destinatário; qualquer tentativa provavelmente soaria artificial. De toda sorte, sou grato a qualquer espécie de eventual influência advinda de planos imateriais – sob a ótica terrena – para a realização desta missão. Sinto-me grato pela oportunidade de contribuir para a melhoria da nossa comunidade e por terem sido postos no meu caminho os recursos e pessoas que me auxiliaram nesse propósito.

Dito isso, agradeço aos meus genitores biológicos por terem figurado até aqui também como socioafetivos, não me deixando faltar amparo de nenhuma natureza e, mais do que isso, tendo sido eles próprios sacrificados em seus prazeres e possibilidades pessoais para viabilizarem a mim uma criação presente e uma educação formal, sem o que jamais teria sido possível escalar até este patamar da jornada acadêmica.

Também preciso registrar a gratidão a todos os mestres que tive nessa caminhada, no campo do Direito e fora dele, pois, tal como os pais, ampararam-me e corrigiram-me, muitas vezes em momentos cruciais para o meu desenvolvimento. Não há qualquer tipo de desconforto decorrente das lições menos suaves, pois sei que foram fruto da intenção que deve estar sempre presente em todo professor: o desenvolvimento do aprendiz. Dentro desse grupo, preciso registrar o meu especial agradecimento e reconhecimento a um trio de mestres, cada um representando uma diferente geração de pensamentos. Para não cometer injustiças, adotarei o critério temporal para nominá-los.

Agradeço ao professor Carlos Silveira Noronha, o querido patriarca da nossa família na UFRGS, sempre muito considerativo e afável, responsável por contribuir com a formação de incontável número de trabalhadores e estudiosos do Direito, dentre os quais alguns de relevância nacional. Tenho enorme gratidão pelos conselhos, broncas, encorajamento e oportunidades. E sinto falta dos nossos cafés.

Agradeço ao professor Luís Renato Ferreira da Silva, que tive a sorte de receber como orientador por força do acaso – talvez aí uma providência de explicação metafísica. A fama que o precedia mostrou-se justa e isso é um elogio. Foi fundamental para corrigir o caminho desastroso que minha pesquisa poderia ter seguido. Sou muito grato pela leitura atenta (com correção de cada caractere indevido!) desta tese, o que lhe tomou seguramente muitas horas. Obrigado por ter destinado parte do seu tempo para mim. Devo ainda registrar uma curiosidade

sobre este professor: fiquei feliz ao descobrir que se trata de um ser humano acessível, atencioso e compreensivo.

E, por fim, agradeço à professora Simone Tassinari, que fez mais do que sua obrigação e me ajudou a pensar com clareza em momentos de incerteza. Se há professora mais vocacionada para o Direito das Famílias eu desconheço – e acredito que é improvável que eu venha a conhecer. Digo isso com grande franqueza, pois me inspira a forma como consegue conciliar características que tornam a condução de suas lições mais cativantes: conhecimento que se conecta com a realidade e desperta interesse nos alunos; incursões dogmáticas com o uso de uma dose leve de comunicação informal; cobrança (como qualquer mestre) somada a bom humor e acolhimento. E, é claro, um ser humano sensível – sem o que não há como ter vocação alguma para o Direito das Famílias. Aprendi um tanto observando-a, algo pelo que também sou grato.

Adicionalmente, também faço questão de deixar registrado o meu agradecimento às professoras Ana Carolina Brochado Teixeira e Tula Wesendonck, componentes da minha banca de qualificação, que se mostraram dignas das funções de professoras e avaliadoras. Obrigado pela leitura atenta à minha construção escrita e por não pouparem palavras para apontar as fragilidades que demandavam melhoria. Reconheço o esforço e intenção. E agradeço por isso.

Gratidão ainda ao quarteto fantástico de mulheres (Carina, Cíntia, Sônia Alice e Samantha) interessadas na leitura atenta desta tese antes da entrega, contribuindo com importantes sugestões de melhoria da escrita.

Um enorme agradecimento à minha amiga Lu, a melhor bibliotecária que já conheci, pelo suporte que me deu ao longo destes anos de doutorado e, especialmente, na última semana, crucial para atender às exigências formais de um trabalho acadêmico deste porte.

Por fim, agradeço aos meus amigos e a todas aquelas pessoas que, de alguma forma, tornaram minha vida mais leve e minhas reflexões mais ricas ao longo destes quatro anos, período de significativo amadurecimento para mim.

Declarações dessa natureza são raras da minha parte, por isso tentei ser o mais verdadeiro que pude, dentro de certa objetividade. Se os destinatários nunca tomarem conhecimento, ainda assim estará aqui cristalizada a expressão singela da minha gratidão.

## RESUMO

O estudo tem como problema de pesquisa a verificação da possibilidade de acolhimento da união poliafetiva como entidade familiar pelo ordenamento jurídico, bem como de tutelar os reflexos jurídicos daí advindos. O problema eleito foi justificado especialmente pela decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça proibindo a lavratura de escrituras públicas de união poliafetiva, adotando dentre os fundamentos a não caracterização de entidade familiar e a falta de estrutura normativa para tutelar tais uniões, sendo estes os conteúdos centrais das duas partes do trabalho de pesquisa. Como método de abordagem utilizou-se o hipotético-dedutivo e como método de procedimento utilizou-se predominantemente o monográfico. Em conclusão, constatou-se que o ordenamento jurídico já possui a maturação necessária ao acolhimento da poliafetividade no direito das famílias e devida proteção das entidades familiares formadas sob essa estrutura. Por fim, verificou-se também que para os efeitos jurídicos advindos do reconhecimento da entidade familiar poliafetiva já há soluções disponíveis no ordenamento jurídico, dispensando reforma legislativa.

Palavras-chave: Poliamor; União poliafetiva; Monogamia; Pluralismo familiar.

## **ABSTRACT**

The research problem of this study consists in the verification of the possibility of accepting polyaffective unions as a family entity by the legal system, as well as protecting the resulting legal consequences of this fact. The problem was selected and justified especially due to the decision issued by the National Council of Justice prohibiting the elaboration of public deeds ensuring the legal status of polyaffective unions, adopting among its foundations the non-characterization of a family entity and the lack of normative structure to protect such unions. These are the main contents of the two parts of this research thesis. As a method, the hypothetico-deductive method was used and the procedures consisted mainly in a monographic study. In conclusion, the results found that the legal system already has the necessary maturity to embrace polyaffective unions in family law and dully secure the protection of family entities formed under this structure. Finally, the study has also found that there are already solutions available in the legal system regarding the legal effects arising from the recognition of the polyaffective family entity, dispensing a legislative reform in this sense.

**Key words:** Polyamory; Polyaffective union; Monogamy; Family pluralism.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADFAS	Associação de Direito de Família e das Sucessões
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CC	Código Civil de 2002
CF88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
NCPC	Novo Código de Processo Civil
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>RECONHECIMENTO DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR</b> .....	19
2.1	POLIAFETIVIDADE NA SOCIEDADE: FENÔMENO INCIPIENTE OU DESPREZÍVEL? .....	22
2.1.1	Um Pouco da Trajetória do Poliamor .....	27
2.1.2	Amor Líquido Ou Amor Inflexível? .....	32
2.1.3	A Dignidade Humana, a Pluralidade Familiar e a Vedação Ao Retrocesso Social .....	41
2.2	ESTRUTURAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BASEADA NA MONOGAMIA .....	49
2.2.1	Princípio da Monogamia .....	52
2.2.2	Modelos de Conjugalidades Monogâmicas .....	64
2.2.3	Modelos de Conjugalidades Não Monogâmicas .....	74
2.3	A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA POLIAFETIVA .....	83
2.3.1	Noção Jurídica de Família .....	86
2.3.1.1	<u>A Família Tradicional</u> .....	88
2.3.1.2	<u>Ampliação Histórica da Noção de Família</u> .....	94
2.3.1.3	<u>A Família Eudemonista</u> .....	102
2.3.1.4	<u>Princípio da Afetividade</u> .....	108
2.3.2	Fundamentos Para o Acolhimento da Nova Entidade Familiar .....	112
2.3.2.1	<u>Direitos da Personalidade no Âmbito da Família</u> .....	113
2.3.2.2	<u>Direito Fundamental da Personalidade?</u> .....	116
2.3.2.3	<u>Liberdade de Formação Familiar Como Direito da Personalidade</u> .....	121
2.4	EFEITOS DA ESCRITURA PÚBLICA E ILICITUDE PRESUMIDA .....	126
2.4.1	Inexistência de Objeto Ilícito .....	129
2.4.2	Limites de Atuação Do Conselho Nacional de Justiça .....	135
2.4.3	Princípio da Não Intervenção Estatal na Família .....	140
2.5	CONCLUSÕES ACERCA DA DECISÃO DO CNJ NO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS .....	147
<b>3</b>	<b>TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DECORRENTES DA UNIÃO POLIAFETIVA</b> .....	152

3.1	DEVERES NA UNIÃO POLIAFETIVA .....	155
<b>3.1.1</b>	<b>Lealdade no Âmbito na Conjugalidade .....</b>	<b>156</b>
<b>3.1.2</b>	<b>Assistência na Família Poliafetiva .....</b>	<b>167</b>
3.1.2.1	<u>Alimentos e Pluralidade de Sujeitos .....</u>	169
3.1.2.2	<u>Benefícios Estendidos Ao Companheiro .....</u>	173
<b>3.1.3</b>	<b>Reconhecimento e Criação dos Filhos .....</b>	<b>177</b>
3.1.3.1	<u>O Exercício da Parentalidade na União Poliafetiva Por Meio da Multiparentalidade .....</u>	180
3.1.3.1.1	<u>Presunção de paternidade.....</u>	186
3.1.3.1.2	<u>Parentesco civil .....</u>	194
3.1.3.2	<u>Autoridade (Multi)Parental .....</u>	198
3.2	PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO POLIAFETIVA.....	207
<b>3.2.1</b>	<b>Guarda .....</b>	<b>209</b>
3.2.1.1	<u>Guarda Compartilhada .....</u>	210
3.2.1.2	<u>Guarda Unilateral.....</u>	214
3.2.1.3	<u>Guarda Híbrida Ou Mista.....</u>	217
<b>3.2.2</b>	<b>Convivência.....</b>	<b>221</b>
3.2.2.1	<u>Infrações no Exercício do Direito de Convivência .....</u>	223
3.2.2.2	<u>Convivência Com a Família Extensa .....</u>	227
3.3	REGIME DE BENS E PARTILHA.....	229
<b>3.3.1</b>	<b>Reforma do Sistema de Regimes de Bens .....</b>	<b>231</b>
<b>3.3.2</b>	<b>Triação e Soluções Análogas .....</b>	<b>235</b>
3.4	DIREITOS ADVINDOS DA MORTE .....	241
<b>3.4.1</b>	<b>Pensão Por Morte.....</b>	<b>244</b>
3.4.1.1	<u>O Benefício Individualizado Como Critério.....</u>	250
3.4.1.2	<u>A Proteção da Entidade Familiar Como Critério .....</u>	252
<b>3.4.2</b>	<b>Direito Sucessório.....</b>	<b>255</b>
3.4.2.1	<u>Sucessão na Multiparentalidade.....</u>	256
3.4.2.2	<u>Companheiro Poliafetivo Herdeiro .....</u>	261
3.4.2.2.1	<u>Concorrência com os descendentes na herança .....</u>	265
3.4.2.2.2	<u>Concorrência com os ascendentes na herança .....</u>	269
<b>3.4.3</b>	<b>Seguro De Vida.....</b>	<b>271</b>

3.5	CONCLUSÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE TUTELA DA UNIÃO POLIAFETIVA PELA ESTRUTURA NORMATIVA VIGENTE .....	275
4	<b>CONCLUSÃO</b> .....	282
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	289

## 1 INTRODUÇÃO

Poliamor: é possível o reconhecimento de uma entidade familiar sob o formato poliafetivo? Se sim, é possível tutelar juridicamente os reflexos advindos de tal reconhecimento? Embora a doutrina familista venha gradativamente demonstrando simpatia à proposta de acolhimento de tal entidade familiar, uma recente decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresenta-se como óbice colossal à tutela jurídica dos poliafetivos.

Para tentar oferecer uma resposta útil à comunidade jurídica e à sociedade ao final desta tese de doutorado, algumas perguntas preliminares precisam ser feitas, a começar por uma de evidente pertinência: o que envolve a nossa compreensão sobre o que é a família? Se é um conceito cultural que simboliza uma noção coletivamente aceita, talvez possamos nos valer dos ensinamentos de Carl G. Jung quando nos apresenta a ideia de “símbolo”, algo que traduz um significado maior do que o seu significado manifesto e imediato,<sup>1</sup> e que se correlaciona com outro conceito: o inconsciente coletivo.

O “inconsciente coletivo”, que não deve ser confundido com o inconsciente individual (pessoal),<sup>2</sup> trabalha com conteúdos que nunca transitaram pela consciência e não foram adquiridos individualmente, tendo chegado até a inconsciência hereditariamente. Enquanto o inconsciente pessoal é composto majoritariamente de “complexos”, o inconsciente coletivo é constituído essencialmente de “arquetipos” – arquetipo pode ser conceituado como “a existência de determinadas formas na psique, que estão presentes em todo tempo e em todo lugar”.<sup>3</sup> Portanto, se partimos do pressuposto de que os conteúdos do inconsciente coletivo são herdados, tentar compreender o que a ideia de família simboliza dependerá da compreensão do processo histórico que conduziu tal símbolo até o contexto hodierno.

Nessa senda, para fins de melhor compreensão da pré-história humana,<sup>4</sup> Engels a divide em três épocas principais: o estado selvagem, a barbárie e a civilização. Tais estágios guardam

---

<sup>1</sup>JUNG, Carl G. **O Homem e seus símbolos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1969, p. 19-20.

<sup>2</sup>O inconsciente pessoal é construído a partir das experiências pessoais do indivíduo, com base em conteúdos que em algum momento já foram conscientes e mais tarde foram transferidos para a esfera do inconsciente por meio da repressão. Nas palavras de Jung, o “inconsciente pessoal contém lembranças perdidas, reprimidas (propositalmente esquecidas), evocações dolorosas, percepções que, por assim dizer, não ultrapassaram o limiar da consciência (subliminais), isto é, percepções dos sentidos que por falta de intensidade não atingiram a consciência e conteúdos que ainda não amadureceram para a consciência. Corresponde à figura da sombra, que frequentemente aparece nos sonhos.” (JUNG, Carl Gustav. **Psicologia do inconsciente**. 17 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007. v. 7, p. 11).

<sup>3</sup>JUNG, Carl Gustav. **Os arquetipos e o inconsciente coletivo**. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 53.

<sup>4</sup>Embora nossos ancestrais quase seres humanos já habitassem a África há 2 milhões de anos (BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2007, p. 7), a pré-história da humanidade é dividida dogmaticamente em três períodos. O primeiro é o período Paleolítico, cujo início remete a 500.000 anos a.C., que por sua vez é dividido em três fases: inferior (500.000 a 150.000 a.C),

certa correlação com os modelos familiares que predominaram nos grupamentos humanos ao longo da pré-história. Diversamente do que hoje tem-se por regra tacitamente aceita na grande maioria das nações ditas civilizadas, o estudo da história primitiva aponta situações em que homens e mulheres praticavam a poligamia e os filhos eram considerados comuns.<sup>5</sup> Engels categoriza a evolução da formação familiar em quatro estágios: família consanguínea<sup>6</sup>, família punaluana<sup>7</sup>, família pré-monogâmica<sup>8</sup> e, por fim, a família monogâmica.

---

médio (150.000 a 40.000 a.C) e superior (40.000 a 12.000 a.C.). A fase que segue, de duração relativamente curta, é conhecida como Mesolítico (12.000 a 10.000 a.C), uma transição até o início do período Neolítico (10.000 a.C a 4.500 a.C). Este é encerrado quando tem início a Idade dos Metais, também chamada Proto-história (MARCONI, Marina de Andrade. **Antropologia: uma introdução**. São Paulo: Atlas, 1986, p. 92-100). Malgrado haja certo consenso acerca dos elementos marcantes em cada período, há uma certa imprecisão acerca das datas, havendo entre os historiadores aqueles que fixem os períodos em anos diferentes.

<sup>5</sup>ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Traduzido por Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017, p. 48.

<sup>6</sup>Segundo Engels, a **família consanguínea** pode ser explicada por uma lógica bastante simples: os grupos conjugais são separados por gerações, havendo relação conjugal entre todos os indivíduos das mesmas gerações. Ou seja, os membros de uma geração são entre si maridos e esposas – e os membros da geração anterior, ou seja, dos pais e mães daqueles, possuem idêntico vínculo entre si; o mesmo se aplica aos avós daqueles, bem como aos filhos, aos netos e assim por diante. A consequência dessa estrutura é que primos e primas são todos irmãos entre si – e pressupõe-se a relação sexual entre eles. Só se excluem do dever do casamento os membros pertencentes a diferentes gerações, pois considerados – embora pudessem não o ser geneticamente – parentes em linha reta. Embora tenha deixado resquícios – como o sistema de parentesco havaiano, vigorante em toda a Polinésia – a família consanguínea desapareceu. (ENGELS, 2017, p. 55-56). Regina Navarro Lins contribui com o esclarecimento do tema, explicando que em tempos longínquos, durante longos períodos da história, quando a população humana na Terra era inexpressiva, grupos viviam isolados. Por vezes grupos pequenos, compostos por até quarenta ou cinquenta pessoas, cujos membros viviam sua existência inteira sem jamais ter contato com um ser humano de fora da tribo. Nesse período, a consanguinidade era inevitável. Tão logo surgida a possibilidade de acasalamento com tribos externas, buscou-se gradualmente a intensificação do tabu do incesto, o que teve impacto significativo no desenvolvimento e adaptação física e mental do ser humano. (LINS, Regina Navarro. **O livro do amor**. 6. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017. v. 1, p. 22-23).

<sup>7</sup>A **família punaluana** buscou ir além daquilo que a família consanguínea possuía como regra em matéria de restrição de interação sexual, pois excluía não apenas as relações entre ascendentes e descendentes, mas também entre irmãos. Iniciou-se pela proibição de relações entre irmãos uterinos e culminou na vedação de casamento até entre primos. Onde antes havia uma única comunidade, formada simultaneamente por relações de parentesco colateral e conjugalidade entre membros de uma mesma geração, agora havia necessariamente a formação de distintas comunidades: as irmãs formariam um ou mais grupos familiares enquanto os irmãos formariam também os seus próprios núcleos. A família punaluana teve sua existência comprovada no Havaí. Serviu também como base – ou algo derivado dela – ao sistema de parentesco americano (originário), apresentando uma distinção de tratamento – absurda sob a ótica da família monogâmica – entre filhos de irmãs e irmãos. Os filhos das irmãs de uma mulher são também seus filhos, mas os filhos dos irmãos dela são sobrinhos. O mesmo vale em relação ao homem na relação com seus irmãos e irmãs. Ademais, os maridos das irmãs de uma mulher são também seus maridos, enquanto as mulheres dos irmãos de um homem são também suas esposas – não necessariamente de fato, mas de direito. (ENGELS, 2017, p. 57-59).

<sup>8</sup>Para Engels “é a forma de família característica da barbárie, como o casamento por grupos é a do estado selvagem e a monogamia é a da civilização”, estabelecendo uma associação entre as dinâmicas familiares e as fases da humanidade na pré-história. A centelha deu-se na vigência do casamento por grupos – na transição do estado selvagem para a barbárie –, quando se passou a verificar uniões por pares com duração relativamente longa. Um homem vive com uma mulher, mas ainda podem os homens praticar a infidelidade ocasional e a poligamia – esta última incomum, especialmente por causas econômicas. Por outro lado, a fidelidade feminina passa a ser um dever absoluto, sendo o adultério castigado cruelmente. O que se percebe é que a evolução da família durante a pré-história foi decorrência da redução constante do círculo que abarcava a tribo inteira, na qual predominava a comunidade conjugal entre os dois sexos. A exclusão gradual dos parentes tornou impraticável o casamento por grupos, culminando apenas num casal. Portanto, “isso prova quão pouco tem a ver a origem da monogamia com o amor sexual individual, na hodierna acepção da palavra”, o que pode ser

Aqui convém tomar nota de uma descoberta extremamente importante não mencionada por Engels em sua obra: com a criação de animais houve uma mudança na dinâmica de poderes entre os gêneros masculino e feminino. No entanto, a compreensão acerca da criação – e procriação – de animais, ocorrida durante o período Neolítico, permitiu a descoberta, por dedução lógica, da origem da vida humana. Acredita-se que durante toda a história da humanidade (anterior a esse período) o homem desconheceu o seu papel na procriação. No entanto, ao colocar duas cabras – ou ovelhas – de sexo distintos reunidas a multiplicação dos animais ocorria dentro de algum período. Assim, o homem descobriu a função que o carneiro possuía junto às ovelhas. E por consequência, descobriu que possuía a mesma função dentro de sua própria espécie.<sup>9</sup>

Com a concentração de riquezas, a importância do homem passou a ser maior, o que lhe conferiu uma posição de vantagem, suficiente para buscar modificar a ordem tradicional da herança em favor dos filhos – algo impossível até então. E tal intento foi alcançado com certa facilidade, embora isso não diminua a importância do fato. Assim, passou o fluxo da herança a ser estabelecido a partir da *gens* do pai, culminando na abolição do direito hereditário materno – substituído pelo paterno.<sup>10</sup> Destarte, estabeleceu-se, há aproximadamente cinco mil anos o patriarcado, cujas consequências são até hoje detectadas. Tratou-se de um processo gradual, cuja consolidação levou cerca de dois milênios e meio – aproximadamente, de 3100 a 600 a.C. Com o patriarcado a humanidade foi dividida em duas partes com interesses conflitantes –

---

comprovado pela prática de todos os povos que ainda se encontram nos dias de hoje nessa fase de desenvolvimento. Na família pré-monogâmica persiste a economia comunista doméstica de outras eras. Isso implica o predomínio da mulher na casa. E o reconhecimento exclusivo de uma mãe natural, já que incerto o pai, traz à mulher – a mãe – elevada estima. Diversamente do que fora difundido pela filosofia do século XVIII, a mulher não fora (sempre) escrava do homem; a mulher não só foi livre – e é livre nas tribos que permanecem na fase da barbárie ou até mesmo em estágio menos desenvolvido – como é muito considerada, tendo poder de mando na casa, de expulsão do marido – em alguns contextos – e de destituição de um chefe. (ENGELS, 2017, p. 68-74).

O autor ainda destaca que não houve na América – terra clássica da família pré-monogâmica – indício que permita conclusão de que tenha nela existido a monogamia estável em qualquer tempo ou lugar – antes de ter sido descoberta e conquistada pelos europeus. Por outro lado, no Velho Mundo a domesticação e criação de animais impactou fortemente nas dinâmicas sociais, pois a riqueza duradoura deixou de ser apenas a casa, vestuário, adornos primitivos e utensílios para obtenção e preparação de alimentos (barcos, armas etc.) como costumava ser na fase inferior da barbárie. Se até então o alimento precisava ser obtido diariamente, agora a criação de gado permitia a abundância de carne e leite. A caça deixa de ser uma necessidade e passa a ser um passatempo. Sem dúvida os animais significavam importante riqueza. Logo se desenvolveu a propriedade privada sobre os rebanhos. Embora no primeiro livro de Moisés haja indicação de que o patriarca Abraão fosse proprietário – certamente não no sentido moderno do termo – de seus rebanhos, é difícil dizer a que título isso se deu: se por direito próprio, por chefe de uma comunidade de famílias ou por seu caráter de efetivo chefe hereditário de uma *gens*. (ENGELS, 2017, p. 75-76).

<sup>9</sup>LINS, 2017, p. 22.

<sup>10</sup>ENGELS, 2017, p. 77-78.

homens e mulheres. A mulher adquiriu status de mercadoria e até mesmo as divindades femininas foram gradualmente perdendo o prestígio.<sup>11</sup>

Tal formação familiar indica a transição do casamento pré-monogâmico para a monogamia, em decorrência da necessidade de assegurar a fidelidade da mulher – pois única forma de haver certeza sobre a paternidade dos filhos –, que passa a figurar inteiramente sob o domínio do homem. Foi o picar da casca de ovo da monogamia.<sup>12</sup>

Ademais, havia ainda o caráter religioso da família antiga – grega e romana. O casamento não tinha como objetivo a união entre dois seres que se amavam. O efeito almejado era a união de duas pessoas sob o mesmo culto doméstico, de modo a viabilizar a continuidade do culto por meio do descendente a ser gerado. Daí o porquê de, em caso de esterilidade da mulher, ser possível a anulação do casamento – afinal, o propósito almejado pelo casamento não poderia ser alcançado.<sup>13</sup> E, logicamente, também este fator reforçava a necessidade de assegurar-se a fidelidade da mulher, pois o filho herdaria a família – ou seja, não apenas o conjunto de bens materiais, mas também o culto doméstico aos antepassados.

Ocorre que a entrada dos germânicos na história teve grande impacto sobre o desenvolvimento da monogamia. Em virtude de sua pobreza, a monogamia não havia ainda se desenvolvido plenamente na cultura desse povo.<sup>14</sup>

Mas a conclusão a que se chega da análise deste apanhado histórico é que a monogamia esteve longe de ser um estado natural do ser humano,<sup>15</sup> o que aliás não se verifica como regra

---

<sup>11</sup>LINS, 2017, p. 24.

<sup>12</sup>ENGELS, 2017, p. 80.

<sup>13</sup>FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução por Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 41-42.

<sup>14</sup>“[...]o regime poligâmico foi próprio dos recém-chegados, os francos, sem esquecer os vikings, que praticaram na Normandia até o século XI o que se convencionou chamar de casamento ‘à dinamarquesa’ (*more da nico*). Já vimos que tudo impelia à endogamia entre os germanos e que ninguém tinha interesse em tirar uma moça de uma parentela para fazê-la entrar em outra, pois ela levava consigo seus bens pessoais. Também os pais escolhiam para o seu filho uma esposa oficial próxima da linhagem. Mas o marido podia tomar esposas de segundo nível, de condição livre, para reforçar os vínculos carnis já existentes. Elas eram chamadas *friedlehe*, penhores de paz. Enfim, sempre restava a possibilidade da ou das concubinas escravas. No total havia só um casamento, mas várias mulheres. Oficialmente havia monogamia; na prática havia poligamia. Com efeito, essas mulheres tinham cada vez menos direitos à medida que passavam de esposas oficiais de primeiro nível a concubinas de segundo nível, as *friedlehe*, e a concubinas de terceiro nível, as escravas. Só a primeira esposa tinha todos os direitos e seus filhos a capacidade sucessorial. Sendo repudiada, a *friedlehe* partia sem dote. Seus filhos eram tidos como livres porém bastardos, sem direito a herança, a menos que a esposa de primeiro nível fosse estéril, e isso constituía uma inegável vantagem aos olhos dos contemporâneos. Quanto às escravas, seu único poder era o que lhes conferia a paixão amorosa do senhor. Se garantia o futuro, esse complicado sistema poligâmico tinha o inconveniente de desencadear terríveis batalhas de mulheres para obter o coração de um homem... e o poder.” (ROUCHE, Michel. Alta Idade Média ocidental. In: VEYNE, Paul (org.). **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. v. 1. Do Império Romano ao ano mil).

<sup>15</sup>Considerando que somos mamíferos, partimos do pressuposto de que o investimento materno é muito superior ao paterno. Enquanto a mulher contribui com nove meses de gestação e alguns anos de amamentação, o homem contribui com alguns minutos de sexo – e com a consequente doação do material genético. O fato de os

geral também na natureza.<sup>16</sup> Como visto, a monogamia foi criada para ser uma regra de utilidade óbvia ao longo da história da humanidade, calcada em três grandes premissas que já não estão mais presentes nos dias de hoje: em primeiro lugar, a inexistência de métodos de confirmação de paternidade; em segundo lugar, a inexistência de métodos contraceptivos, culminando em alto risco de gravidez pela prática de ato sexual com outros homens que não o parceiro, exigindo cuidado elevado com a castidade feminina; e, por fim, uma estrutura social baseada predominantemente no patriarcado, sobrepondo-se os interesses masculinos sobre os femininos – o que embora ainda não esteja completamente erradicado nos dias atuais, já não encontra mais amparo do Estado.

Entre os séculos XII e XIII o modelo de casamento – monogâmico e indissolúvel – triunfou, imperativo tanto para nobres quanto para camponeses. Quanto ao clero, prevaleceu a imposição do celibato. Nesse processo, a Igreja elevou-se à condição de poder supremo no Ocidente, cujo fundamento foi a sacramentalização do casamento.<sup>17</sup>

Ocorre que, por volta do século XIX, a classe proletária, advinda dos meios rurais e vivendo em condições econômicas precárias, desencadeia outro fenômeno social: o desarranjo da família tradicionalmente conhecida. Camponeses despojados de seus afazeres e depositados nas grandes cidades são embrutecidos pelas fábricas e testemunham o definhamento da própria estima. A família – ou o que se tinha por conceito de família – é destruída e em seu lugar surgem práticas que chocam as “almas bem-pensantes”, a exemplo de mulheres e filhos que trabalham muitas vezes numa promiscuidade com os homens. E com o desemprego recai sobre essa classe

---

homens terem estrutura corporal maior do que a das mulheres indica que eles competiram em nossa história evolutiva, resultando em alguns homens acasalando com diversas mulheres e outros com nenhuma. Nessa senda, se feita a comparação da dimensão dos testículos dos machos humanos, percebe-se que são menores do que os dos chimpanzés e maiores do que os dos gibões e gorilas, o que indica que as fêmeas ancestrais humanas não eram licenciosamente promíscuas, mas também não eram monógamas. (PINKER, Steven. **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das letras, 1998, p. 491).

<sup>16</sup>“Nos pássaros, por exemplo, a necessidade de construir ninhos, protegê-los e alimentar os filhotes é considerada justificativa para o comportamento monogâmico de várias espécies, porque os machos só investiriam tanta energia quando seguros da paternidade. Mas pesquisas têm revelado que a poligamia entre pássaros é muito mais frequente do que se imaginava. Patrícia Gowaty, da Universidade da Geórgia, ao testar DNA em 18 espécies de pássaros cantores, acasalados em liberdade segundo padrões aparentemente monogâmicos, verificou que apenas cerca de 10% dos filhotes carregavam os genes dos pais social. O mesmo ocorre entre os melros de asa vermelha. Durante a época de acasalamento, eles sobrevoam grandes regiões pantanosas, em busca de território para se fixar. Diversas fêmeas juntam-se a um único macho no território deste e se acasalam aparentemente somente com ele. Cientistas realizaram vasectomia em alguns machos antes da época de acasalamento. Em seguida, as fêmeas copularam com eles e fizeram ninhos em seus territórios, como de costume. Para a surpresa dos pesquisadores, muitas delas foram fertilizadas. O que significa que essas fêmeas não haviam sido fiéis a seus parceiros. Para se certificar, os cientistas tiraram amostras de sangue das 31 fêmeas da espécie. Em quase metade dos ninhos, havia um ou mais filhotes cujo pai não era o dono do território. A maior parte dessas fêmeas havia copulado com invasores ou com o macho do território vizinho.” (LINS, Regina Navarro; BRAGA, Flávio. **Fidelidade obrigatória e outras deslealdades**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007, p. 103).

<sup>17</sup>VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no Ocidente Cristão**. São Paulo: Editora Ática, 1986, p. 36.

tão vulnerável a falta de condições econômicas, que retira dessas pessoas a chance de um lar decente. Filhos crescem em lares improvisados e sem uma imagem de família e, tão logo capazes de trabalhar buscam fugir dessa realidade e lutar pela própria sobrevivência. Quando não se casam, encontram algum tipo de união irregular.<sup>18</sup> Por isso, a segunda metade do século XIX é marcada pelo aumento do número de partidários das uniões livres.<sup>19</sup>

No início do século XX as ideias feministas ganham forma junto com a defesa da união livre. O slogan entre a militância é “a mulher livre na união livre”. A defesa baseia-se na compreensão de que não se trata de uniões efêmeras com vistas a tirar vantagem de homens incautos, mas de uma fórmula mais flexível de formação de uma entidade familiar sem sujeitar a mulher à “escravidão” imposta pelo casamento tradicional. Mais do que uma união livre, as mulheres reivindicam um casamento mais justo. Raríssimas eram as mulheres que conquistaram a independência material que lhes permitisse se dar ao luxo de prescindir de um casamento. A primeira década do século testemunha uma proliferação de ideias sobre o casamento e a união livre, com partidários de ambos os lados.<sup>20</sup>

O período seguinte, marcado pelas duas grandes guerras mundiais, promoveu significativa evolução dos costumes nesse particular, dando um passo em direção ao amor livre e distanciando-se do ideal monogâmico e estável.<sup>21</sup> Após a segunda grande guerra o amor livre

<sup>18</sup>O sistema econômico das grandes cidades francesas gerava um triste quadro de pobreza, que por sua vez trazia toda sorte de outros males decorrentes da escassez material. Reflexo disso era impossibilidade prática de uma mulher sozinha conseguir alugar um cômodo mobiliado para viver, pois na falta de um homem na casa para lhe proteger não tardaria até que ladrões invadissem o local e subtraíssem toda a mobília. Por isso, se uma mulher fosse sozinha, que arranjasse onde morar. Essa necessidade gerou uma figura bastante peculiar: a dos falsos casais, única solução encontrada pelas mulheres para conseguirem um alojamento. Dentre outros fatores, este foi um dos que fomentaram o feminismo que viria a eclodir na mesma época (BOLOGNE, Jean-Claude. **História do casamento no ocidente**. Trad. Isabel Cardeal. Lisboa: Temas e Debates, 1999, p. 343-344).

<sup>19</sup>Entre os pensadores surgem teorias como a de oficializar o adultério “de coração”, proposta por Charles Fourier, ou a de estabelecimento de um sistema matriarcal, em que Émile de Girardin que a maternidade substitua a paternidade para fins de transmissão de patronímico e herança. Algo similar havia sido já proposto por Alfred Naquet, o mesmo que em 1884 levará à votação a lei do divórcio. Este, por sua vez, propunha a supressão da família e do casamento, fatores responsáveis, sob o seu ponto de vista, por males como a prostituição, aborto e infanticídio. Portanto, por esta vertente o pilar da família voltaria a ser a mãe, que poderia educar os seus filhos com a proteção do Estado. Dentre as muitas utopias propostas no período, uma pareceu florescer: a obra *Origens da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, de Friedrich Engels, em réplica à obra *O Capital*, de Karl Marx. A obra, já tratada no presente estudo, acabou por ter grande repercussão no período, pois propunha a explicação da formação da família e a influência dos aspectos econômicos, sustentando-se para tanto em estudos de outros autores de renome e nas evidências colhidas entre os povos não europeizados. A conclusão do estudo de Engels desaguava na profecia de um novo tipo de casamento, dependente de uma revolução do sistema de concentração patrimonial vigorante (BOLOGNE, 1999, p. 346-351).

<sup>20</sup>A revolução em curso, que possui Léon Blum como um expoente, consiste em oficializar as uniões livres e reconhecer à mulher os mesmos direitos dos homens. Ganha adeptos a ideia de que devam as pessoas viverem a “poligamia” na juventude e, com o a maturidade chegada, vivam enfim a monogamia do casamento. E quanto aos filhos? Léon Blum não titubeia: os filhos chegarão quando encerrada a fase poligâmica da juventude – até mesmo porque com o progresso dos métodos contraceptivos, os jovens poderão viver suas uniões livres com reduzidos riscos de filhos (BOLOGNE, 1999, p. 353-358).

<sup>21</sup>BOLOGNE, 1999, p. 358-360.

já não é privilégio da burguesia corrupta ou dos anarquistas libertários,<sup>22</sup> embora o casamento ainda tenha resistido como modelo tradicional forte quando há filhos envolvidos.<sup>23</sup>

Após esta brevíssima revisitação histórica acerca dos elementos mais relevantes incidentes sobre a presença da monogamia na sociedade (ocidental), os fundamentos para analisar o fenômeno familiar estão postos. E embora o último século não tenha sido particularmente agitado em matéria de rediscussão da monogamia, permitiu o testemunho de um significativo avanço em matéria de acolhimento das mais distintas demandas familiares consideradas legítimas, ampliando-se a proteção às famílias e florescendo no ordenamento pátrio novos princípios, especialmente caros ao Direito das Famílias. Nesse contexto, novas entidades familiares passaram a ser tuteladas e uma porta permaneceu aberta para outras que viessem a surgir.

Eis que surgem os primeiros casos publicamente conhecidos de uniões poliafetivas, uma manifestação familiar do exercício do poliamor, a união conjugal entre três ou mais pessoas. E, com vistas à proteção de direitos destas entidades familiares poliafetivas, os componentes destas uniões buscaram a confecção de escrituras públicas com o intento de fazer prova e proteger direitos que pudessem advir da formação familiar, à semelhança daquilo que já é amplamente praticado pelos aderentes à união estável.

Entretanto, após provocação por meio de pedido de providências, o CNJ acabou por posicionar-se no sentido de proibir a lavratura de escritura pública para este fim, elencando para

---

<sup>22</sup>Com a chegada massiva de soldados americanos vibrantes e gloriosos muitas jovens sentem-se tentadas e encorajadas a colocar em prática as teorias de Léon Blum. A juventude busca a sexualidade acima do amor e os avanços científicos em matéria de contracepção e cura de doenças, somados a uma flexibilização moral, permitem a prática sexual desimpedida. Apesar disso, os anos 50 ainda são marcados por uma avalanche de casamentos, algo corriqueiro após as guerras. A economia encontra-se num momento favorável às uniões legítimas e às famílias numerosas. A revolução sexual inicia nos anos 50 tanto nos Estados Unidos quanto nos países escandinavos, mas a França só conhece o fenômeno no final da década de 60. Em 1965 a legislação francesa sofre alteração em matéria de casamento e o poder marital sobre a esposa deixa de existir. Em 1967 sobrevém legislação que despenaliza a contracepção. A partir de 1972 o número de casamentos começa a cair gradualmente, cerca de 3% a cada ano. Os jovens começam a praticar a união livre, o que é oportuno num momento de crise econômica, visto que o momento não era propício para fazer planos a longo prazo. Em 1981 a taxa de casamentos cai para 6%; em 1985, para 5%; em 1993, 4,4%. Em contrapartida, foi possível detectar que o número de uniões livres deu um salto significativo. (BOLOGNE, 1999, p. 362-364).

<sup>23</sup>Uma pesquisa feita em 1994 na França demonstrou que 43% dos entrevistados acreditavam que o casamento era indispensável para os filhos e 29% o viam como meio de reconhecer o casal na sociedade. Apenas 7% consideravam-no uma instituição ultrapassada. E as estatísticas dão conta de corroborar os dados da pesquisa, pois verificou-se uma progressão regular no número de casamentos com o propósito de legitimação de filhos: em 1981 foram 7,8% e dez anos depois, em 1991, o percentual era de 18,5% (mais especificamente, neste ano cerca de 52.000 casamentos legitimaram 70.000 filhos). Ou seja, os casais viviam cada vez mais a união livre até a chegada do primeiro filho, um divisor de águas que justificava o casamento – malgrado muitos casais aguardassem a chegada de mais filhos até dar esse passo. No entanto, a grande maioria dos casais não julga necessária a legitimação de filhos advinda do casamento – apenas 30,3% das uniões livres com filhos ilegítimos viram casamentos – e, por isso, opta pela manutenção da união livre. (BOLOGNE, 1999, p. 366).

tanto uma série de argumentos, inclusive a inexistência de estrutura normativa para tutelar as uniões poliafetivas.

Dessa feita, com vistas a apurar a possibilidade de o ordenamento jurídico acolher a união poliafetiva como entidade familiar e tutelar os reflexos daí advindos, surge a presente pesquisa, que se desenvolverá em duas partes.

Na primeira parte será feito o enfrentamento do ponto que se desvela como um obstáculo à tutela jurídica das famílias poliafetivas, ou seja, a decisão do CNJ, que entendeu não ser a união poliafetiva modalidade familiar e, por conseguinte, ser impraticável a tutela de direitos.

Assim sendo, neste primeiro capítulo serão analisados criticamente os fundamentos da decisão em questão, o que será feito especialmente pelo método dedutivo, pois a análise das normas – no que se incluem os princípios – permitirá concluir se tais fundamentos apresentam fragilidades que possam deslegitimar a decisão.

Uma vez desconstruídos os argumentos, será possível dar início ao enfrentamento do segundo e mais proveitoso capítulo, destino final desta tese: as consequências advindas do reconhecimento da união poliafetiva. Ou, mais precisamente, a investigação não apenas dos reflexos jurídicos da união poliafetiva, mas também a aptidão do nosso ordenamento jurídico para tutelar as novas demandas daí advindas.

É um grande desafio resolver os conflitos que podem exsurgir de uma relação conjugal construída sobre uma base numérica não antevista por um ordenamento jurídico, que foi forjado no molde do casamento. Muitas são as áreas pelas quais perpassam as demandas, não se restringindo apenas ao Direito das Famílias, já que tocará também ramos como o Direito das Sucessões, Direito Previdenciário, Direito Securitário etc. E, dentro do próprio Direito das Famílias há também um razoável número de desafios: filiação, guarda, convivência, alimentos, deveres da união poliafetiva e regime de bens.

Portanto, o segundo e último capítulo terá por missão dar solução a cada uma destas demandas, tutelando os reflexos jurídicos da união poliafetiva, o que se dará predominantemente pelo uso do método dedutivo.

Destarte, pela conjugação de ambos os capítulos será possível apurar, em um primeiro momento, a possibilidade de enquadramento da união poliafetiva como entidade familiar, e, num segundo momento, promover o enfrentamento do objeto principal da tese, consistente na identificação dos reflexos jurídicos advindos desta nova formação familiar e forma de efetivação da tutela jurídica, com vistas a oferecer à comunidade jurídica e sociedade uma solução tão completa quanto possível para o fenômeno do poliamor no seio familiar.

## 2 RECONHECIMENTO DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Embora a poliafetividade seja tema cada vez mais trabalhado pela doutrina familista, como oportunamente se demonstrará, o que denota gradativo avanço da comunidade jurídica rumo ao reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, recentemente o CNJ veio a proferir decisão emblemática que representa um obstáculo à marcha da conquista de reconhecimento da família poliafetiva.

Por isso, o ponto de partida da presente pesquisa é a decisão do CNJ no pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000, o qual intentava a vedação de lavratura de escrituras públicas pelos tabelionatos de notas do país, após a lavratura de escrituras com tal objeto pelo Terceiro Tabelionato de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente/SP e pelo Tabelionato de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã/SP.<sup>24</sup>

O pedido acabou sendo julgado procedente, sustentado por diversos fundamentos – pelo menos sete suscitam a análise na presente tese. São eles: (i) a relação poliamorosa é praticamente ausente da vida social, de definição obscura e inexpressiva nos debates da comunidade jurídica; (ii) ditas uniões sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes não representam alteração social hábil a modificar o mundo jurídico; (iii) a sociedade não incorporou a união poliafetiva como forma de constituição de família, possibilidade esta que pende de amadurecimento social; (iv) eventual aceitação social futura implicará a provável necessidade de legislação sobre a matéria, visto que as regras para relacionamentos monogâmicos não se prestam a resolver os conflitos que advirão das uniões poliafetivas e que as consequências advindas destes relacionamentos afetam a esfera jurídica de terceiros; (v) a escritura pública exige que o conteúdo declarado seja lícito; (vi) a sociedade brasileira tem como elemento estrutural a monogamia, restando repelidos pelos tribunais os relacionamentos paralelos; (vii) a declaração feita pelos interessados perante o tabelião não tem o condão de fazer surgir nova modalidade familiar, de modo que a escritura pública não gera efeitos próprios do Direito de Família para os envolvidos.

A fim de que se possam identificar e construir os efeitos jurídicos do reconhecimento da família poliafetiva, é essencial percorrer as razões de decidir propostas no expediente de nº 0001459-08.2016.2.00.0000 do CNJ,<sup>25</sup> com vistas a apresentar suas principais vulnerabilidades

---

<sup>24</sup> AMÂNCIO, Thiago. ‘Casais’ de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. **Folha de São Paulo**, 24 jan. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml> Acesso em: 12 abr. 2021.

<sup>25</sup> PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL.

e os motivos relevantes pelos quais a Ordem Jurídica deve estender tutela a esta modalidade familiar.

Os argumentos presentes no voto condutor podem ser, portanto, reunidos e sintetizados em quatro pilares correlacionados: i) a inexpressividade e rejeição da poliafetividade em nosso meio; ii) a monogamia como valor fundante da sociedade brasileira; iii) a não caracterização de

---

IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO.

1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las.
2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.
3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes.
4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.
5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”.
6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”.
7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.
8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.
9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem conseqüências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.
10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial.
11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”.
12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos.
13. Pedido de providências julgado procedente. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de providências 0001459-08.2016.2.00.0000**. Brasília, 26 de Junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021).

entidade familiar decorrente da união poliafetiva – e, conseqüentemente, a desproteção jurídica de tais formações em sede de Direito de Família; iv) e, por fim, a impossibilidade de lavratura de escritura pública devido à ausência de objeto lícito e de efeitos jurídicos.

Pelo que se pôde explorar até o presente momento, verifica-se haver certo descompasso entre a linha argumentativa do voto condutor e os fundamentos de cada ponto, sejam eles de ordem fática ou jurídica. Para analisar criticamente os argumentos invocados como razões para decidir, dividir-se-á em tópicos temáticos, cujo fio-condutor será formado pelos quatro aludidos pilares da decisão, abordados pelos tópicos respectivamente correlacionados: i) a inexpressividade social da poliafetividade; ii) a estruturação do ordenamento baseada na monogamia; iii) a proteção jurídica da família poliafetiva; iv) efeitos da escritura pública e ilicitude presumida.

A análise de cada um dos pontos demandará a invocação, oportunamente, das normas a eles pertinentes, ou seja, regras dispostas na legislação e Constituição e princípios de direito.<sup>26</sup> Quanto a esses últimos, podem ser traduzidos como verdades objetivas, premissas sobre as quais se desenvolve um sistema jurídico, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, mas do dever-ser. Como normas jurídicas, são dotados de vigência, validade e obrigatoriedade, a despeito de estarem previstos nos Códigos.<sup>27</sup> Acima de tudo, são marcados pela normatividade.

Não se pretende sobremaneira encontrar solução baseada em aplicação principiológica que agrida o sistema de regras vigente; nos princípios há o norte interpretativo que pode viabilizar a resposta ao primeiro questionamento, objeto central deste capítulo: é possível reconhecer a união poliafetiva no plano da existência como entidade familiar a ser tutelada juridicamente?

Responder a tal questionamento demandará, invariavelmente, a análise crítica da decisão proferida no pedido de providências n° 0001459-08.2016.2.00.0000 pelo CNJ, tarefa essa que será feita em quatro partes, cada uma voltada a um dos quatro argumentos centrais invocados pelo órgão.

---

<sup>26</sup>Pois, “normas não são somente aquelas de tipo casuístico ou regulamentar, caracterizada por uma bem definida *fattispecie* abstrata nas quais pretender subsumir a *fattispecie* concreta: normas são também princípios” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Tradução por Maria Cristina da Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p 245).

<sup>27</sup>PICAZO, Luís-Diez *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 255-256.

## 2.1 POLIAFETIVIDADE NA SOCIEDADE: FENÔMENO INCIPIENTE OU DESPREZÍVEL?

Dentre os diversos argumentos elencados pelo relator em seu voto encontra-se a afirmação de que as uniões poliafetivas são de inexpressiva ocorrência no seio da sociedade e é insuficiente amadurecimento na comunidade jurídica acerca dos reflexos delas decorrentes, de modo que os raros casos existentes não têm o condão de dar azo à mudança do pensamento social que implique reconhecimento como entidade familiar.<sup>28</sup>

É bem verdade que tal forma de união não suscitou por parte da maioria da doutrina tradicional atenção significativa, sendo ainda incipientes as abordagens ao tema. O mais próximo que a doutrina havia até então chegado – e ainda assim terrivelmente distante – era à união livre, marcada pela informalidade e impossibilidade de conversão em casamento,<sup>29</sup> pois inexistente o ânimo de formação de um núcleo familiar – ou, quiçá, capaz de caracterizar apenas o concubinato.<sup>30</sup>

Apesar disso, tal formato de união é uma realidade e o número de relações dessa natureza pode ser mais expressivo do que se tem conhecimento, pois o próprio temor da repulsa social por vezes acaba por ser determinante para a manutenção da relação em segredo ou discrição. Mas, apesar disso, contrariamente ao que narrou o ilustre relator em seu voto (quando menciona a “ausência de provocação judicial” sobre o tema), já há casos chegando ao Judiciário.<sup>31</sup>

Importa destacar que o voto do relator suscita a inexpressividade da prática das uniões poliafetivas sem qualquer estudo que embase tal conclusão e desprezando a possibilidade de que tais entidades familiares optem pela discrição devido ao receio do estigma social. Mas a pergunta que deve ser feita desde logo é: uma entidade familiar legítima depende de expressão social para que possa ser reconhecida como tal? Imagine-se, por hipótese, que o casamento

---

<sup>28</sup>“Apesar da inexistência de dados estatísticos, observa-se que a ausência de provocação judicial, os raríssimos casos de lavratura de escritura pública, os incipientes debates e o fato de o comportamento ser bastante recente indicam que a questão ainda é embrionária e possui pouquíssimos adeptos. Acrescente-se a isso a falta de amadurecimento acerca das implicações e consequências advindas da relação ‘poliamorosa’, para que então se conclua que os pouquíssimos casos existentes no país não são aptos a demonstrar mudança do pensamento social e levar ao reconhecimento de entidade familiar.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>29</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60.

<sup>30</sup>RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 917.

<sup>31</sup>RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0000210-95.2009.8.19.0207**. Relator: Gabriel de Oliveira Zefiro. Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000450577726DD66BACEB1B6A606E83FAC87C502510F1B36&USER=>. Acesso em: 15 abr. 2021.

viesse a cair em desuso devido à similitude de efeitos alcançados pela união estável, muito menos burocrática. A inexistência de adeptos do casamento implicaria a desproteção jurídica das raras famílias que viessem a ser formadas pelo matrimônio? Parece que esse não é o caminho mais razoável. O raciocínio de exclusão trouxe irreparáveis danos a muitas famílias no passado, como as formadas por relações homoafetivas ou concubinato puro.<sup>32</sup> É desnecessário – e desumano – expor outras tantas famílias às injustiças de um sistema excludente.

Este caminho fatalmente culminará nos mesmos erros do passado em matéria de proteção da família.<sup>33</sup> Na década de 50 viveu-se semelhante vedação, pois proibida era a lavratura de escritura pública de convivência para tutelar os interesses de pessoas não casadas que viviam como se o fossem.<sup>34</sup>

Curioso é que o próprio voto reconhece que a alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos, seguida de gradual incorporação pelo direito.<sup>35</sup> No entanto, invoca como

---

<sup>32</sup>A esse respeito, Gustavo Tepedino recorda que o processo de acolhimento do concubinato puro como entidade familiar, que viria posteriormente ser cunhado como união estável, foi gradativo, passando por três diferentes fases: na primeira, a rejeição pura e simples do concubinato, relegando ao direito obrigacional a solução para eventual demanda visando a coibição do enriquecimento sem causa; na segunda, o concubinato não adulterino passa a ser gerador de direitos na esfera assistencial, caracterizando o ingresso do concubinato no direito das famílias; por fim, na terceira fase finalmente passa-se a tutelar expressamente pela Constituição a união estável. No entanto, foi uma longa estrada entre a primeira e a terceira fase, a considerar que inicialmente tal forma de união era hostilizada. Com a distinção entre concubinato puro e impuro, teve início o processo de desconstrução de preconceitos pela doutrina e jurisprudência, cujas primeiras decisões datam da década de 30. (TEPEDINO, Gustavo. *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a, p. 395-399).

<sup>33</sup>“Em inúmeros casos apreciados pelos tribunais, ainda que, subliminarmente, a regra a monogamia se põe como obstáculo à realização efetiva do princípio da igualdade. A predominância da regra da monogamia tem-se prestado a intensificar a desigualdade e, fundamentalmente, a marginalização da mulher em situação de vulnerabilidade sócio-econômica” [sic] (SILVA, Marcos Alves da. **Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, 295 f., 2012. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9252>. Acesso em 20 maio 2021, p. 240-241).

<sup>34</sup>“Tendo chegado ao conhecimento do senhor Corregedor Geral de Justiça do Distrito Federal, que pessoas de sexos diferentes, impossibilitadas de se casar civilmente, contrataram, por escritura pública lavrada num dos cartórios da Capital da República, sob o título “ajute para manutenção”, o estabelecimento de uma vida em comum, sob o mesmo teto, com a obrigação de uma das partes suprir a outra com uma pensão mensal de determinada importância em dinheiro, pagável até certa data, aquela autoridade, por portaria publicada no “Correio da Manhã”, (n. de 14 de outubro de 1953), determinou aos tabeliães a ela subordinados, que não lavrassem, qualquer que fosse a sua redação, nenhuma escritura com a mesma finalidade, dada a manifesta ilicitude do seu objeto e sua consequente nulidade.” [sic] (CASTRO, Sylvio Brantes de. **Novo manual dos tabeliães: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960, p. 42).

<sup>35</sup>“A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual. Por isso, há uma diferença crônica do direito em relação às ciências sociais no que se refere aos novos desafios da família e da sociedade. A mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevividas dos costumes. Foi ao longo de muitos anos que chegamos ao reconhecimento das formas familiares admitidas na sociedade atual. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes não refletem a posição da sociedade acerca do tema; consequentemente, a situação não representa alteração social hábil a alterar o mundo jurídico.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

fundamento para negar proteção à entidade familiar fundada na união poliafetiva a inexistência de previsão jurídica expressa de proteção desse arranjo familiar – como se o rol de entidades familiares previstas pelo art. 226 da Constituição fosse taxativo, tese essa desacolhida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4277, ocasião em que reconheceu à união homoafetiva a condição de entidade familiar, a qual será trazida a lume oportunamente.

A posição do CNJ neste particular vem na contramão do natural processo de evolução da ordem jurídica. Se primeiro surgem os fatos que demandam tutela, para só então o direito adequar-se à nova realidade, a vedação de realização de escritura pública que faça prova da existência das uniões poliafetivas apresenta-se como um desnecessário obstáculo à conquista da tutela do direito de família. Em artigo analisando a referida decisão, José Roberto Moreira Filho oportunamente questiona se a vedação de lavratura de escritura pública de poliamor não seria refrear o amadurecimento do tema em nossa sociedade.<sup>36</sup>

Ao que parece, a decisão proferida pelo CNJ incorre na oficialização do “pânico moral”, expressão cunhada por Stanley Cohen que traduz a reação da sociedade aos comportamentos que divergem do que é rotineiro em determinada cultura, interpretados, pelo olhar da maioria, como um perigo à ordem tradicional.<sup>37</sup> Tal reação, já verificada quando da resistência social ao reconhecimento de direitos de outras formas de união (concubinato puro, união homoafetiva), naturalmente se faz presente diante das novas possibilidades de formação familiar, como o poliamor. Por conta disso, Gustavo Godinho Santiago complementa a explanação sobre as consequências do “pânico moral”, esclarecendo que “a realidade atual das famílias poliafetivas é a de serem colocadas numa posição de constante intolerância, jogadas à margem da sociedade e sempre ligadas à promiscuidade e imoralidade.”<sup>38</sup>

A resistência ofertada pelo CNJ ao reconhecimento das relações poliafetivas como entidade familiar, a despeito de sua incompetência para tanto, provoca reflexão sobre os contornos jurídicos da família na história ocidental. A família romana é emblemática para este propósito, já que conferia ao *pater familias* poder desproporcional – atenuado ao longo da

<sup>36</sup>MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. v. 29, p. 9-57, 2018, p. 24.

<sup>37</sup>COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics: the creation of mod sans rockers**. London: MacGibbon & Kee, 1972, p. 14.

<sup>38</sup>SANTIAGO, Gustavo Godinho de. **As famílias formadas pelo poliamor: uma análise acerca da possibilidade de seu reconhecimento jurídico**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85896/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20COMPLETA.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2021, p. 58.

história romana.<sup>39</sup> Superando tal modelo familiar, por força do Direito Canônico sobreveio a família fundada no matrimônio indissolúvel devido ao caráter divino.<sup>40</sup> Com esses dois importantes exemplos é possível concluir o óbvio: as noções de família do passado<sup>41</sup> – e respectivas repercussões no mundo do Direito – são em parte impraticáveis nos dias de hoje.<sup>42</sup>

Não há dúvidas de que compete ao Estado o papel de manter a ordem da sociedade. A questão nevrálgica reside na identificação dos limites de sua intervenção no seio familiar, com vistas a descobrir se é função sua impor às pessoas que adotem um ou outro modelo familiar, e não aquele que atenda à plena realização da personalidade dos membros que se vinculam pelo afeto e se percebem como família.

Tal preocupação veio demonstrada com lucidez pelo conselheiro Luciano Frota por ocasião da fundamentação do seu voto. De forma objetiva o voto reconhece que há limites para a autonomia privada, mas o sistema de liberdades que orienta o ordenamento jurídico brasileiro, conjugado com a noção plural de família resguardada pela Constituição Federal, conduz à constatação de inexistir razão para vedar a declaração de união poliafetiva.<sup>43</sup>

Se o caminho trilhado pelo voto condutor do julgamento do pedido de providências hipoteticamente viesse a se tornar regra, o resultado catastrófico daí advindo seria o lançamento das famílias formadas por uniões poliafetivas ao ostracismo jurídico. E, nessa esteira, há ainda que se levar em consideração que uma união poliafetiva não surge abruptamente. Tal como na

<sup>39</sup>NORONHA, Carlos Silveira. Repensando o poder familiar em face das propostas estruturais da família na transição histórica e na atualidade pós-modernista. In: NORONHA, Carlos Silveira (coord.). **Reexaminando as novas formações estruturais do ente familiar na atualidade**. Porto Alegre: Sulina, 2017, p. 18-57, p. 19-21.

<sup>40</sup>MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União estável–concubinato: repercussões jurídico-patrimoniais: doutrina, jurisprudência e prática**, incluindo a Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1997, p. 13.

<sup>41</sup>Para os romanos, a palavra família não possuía a conotação que possui hoje, sequer se aplicando ao casal e os filhos, mas aos escravos. A expressão família designava o conjunto de escravos domésticos – *famulus* – pertencentes a um mesmo homem. Assim, a família era herança passível de ser legada por testamento. A expressão, no entanto, inventada pelos romanos, serviu para definir um novo organismo social, composto por mulher, filhos e escravos, sobre os quais recaía o pátrio poder romano – que originalmente podia dispor da vida de todos eles (ENGELS, 2017, p. 78-79).

<sup>42</sup>A título de exemplo, de práticas que seriam hoje rechaçadas jurídica e socialmente, podemos invocar a da família romana, que hoje afrontaria claramente os direitos humanos, a considerar que o *pater familias* possuía poderes sobre a vida e liberdade de todos os membros da família; exemplo menos radical é o da família patriarcal que foi modelo nos períodos do Brasil Colônia e Império, a qual ofenderia direitos fundamentais como o de igualdade entre gêneros e filhos (a despeito da origem), liberdade, dignidade humana etc. Por isso, é seguro dizer que algumas noções de família do passado seriam hoje impraticáveis.

<sup>43</sup>“É certo que o exercício da autonomia privada, inclusive nas questões de natureza existencial, encontra limites na licitude dos atos ou das manifestações de vontade constituídas. Entretanto, consoante já analisado, não há barreira jurídica para a declaração de união poliafetiva, eis que amparada tanto pelo sistema de liberdades que pauta o nosso Estado Democrático de Direito, quanto pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, valores que possibilitaram a releitura do contido no art. 226 da Constituição Federal, admitindo o conceito plural de entidade familiar.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

união estável, o estabelecimento de laços afetivos ocorre de forma gradual, sendo por vezes difícil precisar o início da união. Ainda mais complexa é a situação da união poliafetiva, pois uma breve reflexão acerca da dinâmica que envolve esse tipo de relação leva à dedução da hipótese mais provável acerca de sua formação: a união poliafetiva normalmente será evolução de uma preexistente união estável, já que dificilmente os laços afetivos que conduzem àquela serão estabelecidos simultaneamente entre todos os membros. Desta forma, por um raciocínio simplista capaz de se harmonizar ao entendimento esposado no voto condutor, a união estável preexistente seria válida e eficaz, restando excluído da família o membro que viesse a compor a união por último, a despeito do seu espaço já consolidado no núcleo da família que se formou.

Portanto, a imposição estatal da monogamia a um grupo familiar legitimamente criado com base no afeto, liberdade e boa-fé poderá criar situações de evidente injustiça, além da possibilidade de caracterizar agressão à proteção familiar constitucionalmente prevista, à não intervenção na família e ao direito de liberdade dos seus componentes.

### 2.1.1 Um Pouco da Trajetória do Poliamor

A proposta de poliamor surgiu em 1990<sup>44,45</sup>, como uma alternativa para os relacionamentos amorosos, uma representação paradigmática do amor contemporâneo.<sup>46</sup> Não quer isso dizer que ao longo dos milênios a vivência do poliamor não tenha se manifestado em uma ou outra ocasião.<sup>47,48</sup> Essa modalidade específica de não-monogamia parte da premissa de

<sup>44</sup>A esse respeito, Daniel Cardoso adverte que “desde cedo que a multiplicidade de entendimentos sobre o que é e como se caracteriza o poliamor é evidente – a própria palavra foi inventada duas vezes, em dois contextos radicalmente diferentes, no espaço de dois anos. O primeiro contexto tem conotações espirituais e religiosas – foi num grupo neopagão que se falou primeiro em ‘*poly-amorous*’ (adjectivo) em 1990 e, uns meses depois, ‘*polyamory*’ (substantivo). O segundo contexto teve que ver com a criação de uma *mailing list* num serviço *online* – a Usenet, agora praticamente caído em desuso mas, em 1992, extremamente utilizado – para falar sobre ‘os aspectos românticos e emocionais de ter múltipl@s amantes’ (WESP, 1992), nas palavras de Jennifer Wesp (a criadora do termo nesse contexto), e onde referências a questões sexuais não eram sequer bem-vindas.” (CARDOSO, Daniel. Amores plurais situados: para uma meta-narrativa sócio-histórica do poliamor. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 6-11, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc>. Acesso em 29 jul. 2021, p 14).

<sup>45</sup>Freire e Gouveia recordam que o movimento teve início antes da década de 90, pois “em termos acadêmicos, a produção de estudos que abrangia estilos alternativos de vida como o poliamor, o swing e relacionamentos abertos gays, teve o seu apogeu nos anos de 1960 e 1970. Apenas recentemente, percebe-se um novo interesse pelo estudo de relacionamentos abertos, também chamados de relacionamentos não monogâmicos consensuais.” No entanto, a “palavra poliamor, na sua vertente espiritualista e pagã, surge no contexto da Igreja de Todos os Mundos, em 1990. Morning Glorym, esposa de Oberon Zell, publicou um artigo intitulado ‘A Bouquet of Lovers’. No artigo ela utilizara a palavra ‘poly-amorous’ para se referir as pessoas que se encontrassem em relações amorosas e sexuais com mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Apesar de ter feito uso da palavra ‘poly-amorous’, a mesma não possuía pretensão de criar um novo estilo de vida, mas sim discutir a importância de os relacionamentos abertos adotarem estratégias responsáveis para que fossem duradouros e saudáveis. Ela destaca a honestidade e o compromisso como ingredientes essenciais que devem ser cultivados, uma vez que julgava ser esta a melhor maneira de se manter saudável, evitando o risco de contrair doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) e uma oportunidade de adotar medidas preventivas adequadas [...]” (FREIRE, Sandra Elisa de Assis; GOUVEIA, Valdiney Veloso. Poliamor: uma forma não convencional de amar. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 62-76, jul./dez., 2017. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc>. Acesso em 29 jul. 2021., p. 63-64).

<sup>46</sup>No entanto, há registros mais antigos de movimentos de amor livre que ensejariam o poliamor: “podemos situar así el marco histórico que haría posible el nacimiento del poliamor en los movimientos de amor libre de finales del siglo XIX y principios del XX. Estos movimientos surgen con el propósito de buscar una alternativa al matrimonio, demandando uniones libres cuyo objetivo principal era el de separar al Estado de los asuntos sexuales, el control de la natalidad o el adultério” (ÁLVAREZ, Laura Santiago. **El poliamor como construcción amorosa dialogada**. Tesis (Máster en Ciencias de la Sexología) - Facultad de Ciencias de Salud, Universidad de Almería, 2018. Disponível em: [http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/7062/TFM\\_SANTIAGO%20ALVAREZ%2c%20LAURA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/7062/TFM_SANTIAGO%20ALVAREZ%2c%20LAURA.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 20 jun. 2021, p. 4).

<sup>47</sup>Os deuses gregos carregam consigo uma série de características que lhes aproximam da humanidade. E é de conhecimento comum que “na mitologia grega, por exemplo, Afrodite, a deusa da sexualidade, alimentava-se da necessidade de manter os vários relacionamentos, o que é compatível à prática do poliamor.” (ZANON, Suzana Raquel Bisognin. Poliamor: o não-todo e a inconsistência da lei. **Revista científica ciência em curso**, v. 3, n. 2, p. 167-180, jul./dez. 2014, p. 178).

<sup>48</sup>Certamente não o único registro e muito menos a única ocorrência, mas um registro oportuno, narrado por Trínio Fidélio (I a.C. – I d.C.), que conta a história de Lisipo, rico e avarento usurário que residia numa galera que mais parecia um suntuoso palácio, a qual permanecia ancorada no porto de Óstia. Lisipo era viúvo e vivia com sua filha, Gladina. A postura de Lisipo tornava muito difícil a aproximação de pretendentes, pois era um homem avaro, incapaz de oferecer cortesias àqueles que se aproximavam. Ademais, tinha uma exigência incomum: quem pretendesse se casar com a filha teria de lhe ser fiel, pois temia que um interesseiro casasse com vistas ao dote e desprezasse Gladina. Isso porque, para tornar ainda mais difícil o aparecimento de um

ser possível e aceitável amar muitas pessoas e manter múltiplos relacionamentos íntimos, desde que presente a honestidade entre os componentes da relação. A ênfase da relação está no amor e não na sexualidade, pois embora a sexualidade não seja relegada ao plano da irrelevância, não é o objetivo dos praticantes dessa modalidade. A evidência disso é que muitos poliamoristas acabam tendo menos parceiros sexuais do que alguns dos que se identificam como monogâmicos. Na relação poliamorosa é porosa a fronteira entre amizade, parceria e relacionamento amoroso. Para alguns o sexo com amigos é elemento presente e importante, pois tanto pode representar um passo de intimidade para amizades longas, quanto pode representar o começo de uma amizade a partir de uma passageira atração sexual.<sup>49</sup>

Estudos<sup>50</sup> realizados com 853 culturas do globo indicaram que apenas em 16% havia a prescrição da monogamia, nas quais estavam inseridas as culturas ocidentais. Em 84% das culturas a poligamia – um homem com múltiplas mulheres – é admitida. A explicação é a vantagem evolutiva: quanto mais parceiras o homem puder ter, mais descendentes com variação genética terá; por sua vez, a vantagem para as mulheres reside – potencialmente – na capacidade material: em determinados contextos culturais, pode ser mais conveniente fazer parte do harém

---

pretendente, Gladina era “feia”, pois, segundo Trínio, possuía o rosto alongado como de um cavalo e o queixo proeminente. Por tudo isso, sabia-se que o rico Lisipo pagaria um elevado dote àquele que viesse a se casar com Gladina. Eis que as forças do destino trouxeram o inesperado: em certa manhã, no movimentado porto, surgiu acampado no local Eudoxio, acompanhado de seu servo, Amis. Ele aguardava no local a chegada de uma galera que o levaria a negócios a Tessalônica. Eudoxio não tardou a aproximar-se de Lisipo e da filha, convidando-os para a sua ceia – o que foi aceito por Lisipo, apesar da desconfiança, sob a esperança de encontrar um novo cliente. Gladina se encantou por Eudoxio e logo ficaram íntimos e, apesar da desconfiança de Lisipo, esse não podia deixar de notar a felicidade da filha com a situação. No momento oportuno, após aproximação ainda maior entre os envolvidos, Eudoxio finalmente trouxe à informação de Lisipo sua intenção de casar-se com Gladina. Após combinarem como se daria a entrega do dote, Lisipo teve uma conversa particular com Eudoxio e lhe expôs a exigência de que fosse integralmente fiel a Gladina, com que o noivo concordou prontamente. O casamento foi então realizado e, para a surpresa de Lisipo, jamais o genro fora flagrado pelo espião daquele sendo infiel à sua filha. O que passou a perturbar Lisipo fora a demora no surgimento de um herdeiro, o que lhe levou a exercer pressão sobre o casal. Dentro de algum tempo Gladina passou a exibir um ventre proeminente, o que trouxe grande satisfação a Lisipo. Lisipo até tentou convencer Eudoxio a vender Amis, mas a recusa fora categórica, sustentando tratar-se de uma promessa feita ao próprio pai, cuja relação com o pai de Amis era muito próxima. Embora seu genro, Eudoxio, não produzisse uma só moeda de ouro, não traía a filha e ainda traria um sucessor. A alegria estaria completa se fosse um menino, o que de fato se confirmou, levando às libações próprias da tradição, ocasião em que todos se embebedaram. Nesse estado, Lisipo parou ao lado da liberta que embalava a criança e olhou para o recém-nascido com atenção, desvelando-se perturbadora suspeita. A criança parecia-se demasiadamente com Amis, o servo de Eudoxio, o que mais tarde viera a ser confirmado pelo próprio Lisipo. Logo após o evento, Lisipo viera a morrer, cuja morte fora explicada à comunidade como sendo o auge da felicidade ao ver o neto recém-nascido. Amis, amante de Eudoxio, tornou-se também amante de Gladina. No fim das contas, Amis continuou a servir marido e mulher, numa relação a três de fidelidade e felicidade. Como mencionado, eis um raro registro histórico de uma relação poliamorosa na antiga Roma. (LINS; BRAGA, 2007, p. 47-54).

<sup>49</sup>FÉRES-CARNEIRO, Terezinha; ZIVIANI, Cílio. Conjugalidades contemporâneas: um estudo sobre os múltiplos arranjos amorosos da atualidade. In: FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (org.). **Casal e família:** permanências e rupturas. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010, p. 97.

<sup>50</sup>MURDOCK 1967; VAN DEN BERGHE 1979; BETZIG 1986 *apud* FISCHER, Helen E. **Anatomia do amor:** a história natural da monogamia, do adultério e do divórcio. Tradução por Magda Lopes e Maria Carbajal. Rio de Janeiro: Eureka, 1995, p. 74.

de um homem que possa garantir a sobrevivência dos filhos do que ter um único parceiro que não possa oferecer essa vantagem. Partindo desse corolário, por muito tempo foi possível afirmar a infidelidade masculina como natural. No entanto, os estudos indicam que tanto no reino animal<sup>51</sup> quanto entre os nossos ancestrais a infidelidade feminina também é uma constante, tratando-se de uma arma decisiva no processo de seleção natural. A explicação para isso também reside na vantagem evolutiva, visto que se uma mulher possui filhos com diferentes homens, cada criança será diferente e isso implicará aumento da chance de sobrevivência de alguma delas. Na pré-história, mulheres que pudessem manter em segredo seus casos extraconjugais poderiam obter, além da variação genética da prole, recursos extras e segurança, o que fazia com que vivessem mais, “transmitindo inconscientemente, ao longo dos séculos, o que quer que exista no espírito feminino que motiva as mulheres modernas a ter relações extraconjugais.”<sup>52</sup>

É claro que aqui é importante estar atento à representatividade das culturas pesquisadas. Embora o número de culturas – dentre as pesquisadas – que praticam a monogamia seja – ou fosse – significativamente pequeno (16%), isso não significa que apenas 16% dos indivíduos componentes de todas estas culturas sejam monogâmicos. Naquele universo de culturas pesquisadas (853 ao todo), certamente há culturas de número reduzido de pessoas. Portanto, a conclusão de que a maioria das culturas adota a poligamia não deve ser interpretada como conclusão de que a maioria das pessoas também o faça. A esse respeito, Helen Fischer esclarece que “na maior parte das sociedades em que se permite a poliginia, somente 5 a 10% dos homens têm realmente diversas mulheres ao mesmo tempo.”<sup>53</sup> No entanto, esse dado é útil para reafirmar que a monogamia não é a única realidade possível, especialmente num período histórico de alto intercâmbio cultural e grandes cidades cosmopolitas.

---

<sup>51</sup>Segundo Lins e Braga, “nos pássaros, por exemplo, a necessidade de construir ninhos, protegê-los e alimentar os filhotes é considerada justificativa para o comportamento monogâmico de várias espécies, porque os machos só investiriam tanta energia quando seguros da paternidade. Mas pesquisas têm revelado que a poligamia entre pássaros é muito mais frequente do que se imaginava. Patrícia Gowaty, da Universidade da Geórgia, ao testar DNA em 18 espécies de pássaros cantores, acasalados em liberdade segundo padrões aparentemente monogâmicos, verificou que apenas cerca de 10% dos filhotes carregavam os genes do pai social.

O mesmo ocorre entre os melros de asa vermelha. Durante a época de acasalamento, eles sobrevoam grandes regiões pantanosas, em busca de território para se fixar. Diversas fêmeas juntam-se a um único macho no território deste e se acasalam aparentemente somente com ele. Cientistas realizaram vasectomia em alguns machos antes da época de acasalamento. Em seguida, as fêmeas copularam com eles e fizeram ninhos em seus territórios, como de costume. Para a surpresa dos pesquisadores, muitas delas foram fertilizadas. O que significa que essas fêmeas não haviam sido fiéis a seus parceiros. Para se certificar, os cientistas tiraram amostras de sangue das 31 fêmeas da espécie. Em quase metade dos ninhos, havia um ou mais filhotes cujo pai não era o dono do território. A maior parte dessas fêmeas havia copulado com invasores ou com o macho do território vizinho. (LINS; BRAGA, 2007, p. 103).

<sup>52</sup>LINS; BRAGA, 2007, p. 102-104.

<sup>53</sup>FISCHER, 1995, p. 74.

Por falta de instrumento mais idôneo, pois desconhecido qualquer levantamento pelo IBGE ou outra entidade acerca de famílias poliafetivas no Brasil, as redes sociais podem funcionar como instrumento de aferição superficial do interesse pelo tema da não-monogamia. Embora não disponham do rigor científico, as redes sociais compõem a realidade moderna, fazendo parte do cotidiano da maioria das pessoas. Por isso, mesmo que não se autorize o seu uso como fonte segura de informações que permitam conclusões precisas, ainda pode ser fonte de identificação de tendências sociais de determinados grupos. No Facebook, inúmeros são os grupos e comunidades que têm por tema o “poliamor” – nome de preferência dos adeptos. Dentre eles, destaca-se o grupo brasileiro de nome “Poliamor e diversidade”, que atualmente conta com aproximadamente 24 mil membros inscritos.<sup>54</sup> Considerando que há no Brasil cidades com menos de mil habitantes (v.g. Serra da Saudade/MG, Borá/SP, Araguainha/MT dentre outras), poder-se-ia pensar, a título de mera ilustração comparativa, com o propósito de dimensionar este número, num cenário hipotético de quase trinta pequenas cidades exclusivamente adeptas do poliamor – ou outras formações familiares incomuns.

Casos como os abordados no documentário “Amores Livres”<sup>55</sup>, exibido no canal televisivo GNT, ou no longa-metragem “Eu Tu Eles”<sup>56</sup> – que conta a história de uma família composta por uma mulher e três homens no povoado Quixelô, situado próximo à cidade de Fortaleza – dão conta de desvelar que se trata de modelo familiar efetivamente praticado por algumas pessoas. Ademais, já se demonstrou anteriormente que o número de praticantes – ou ao menos simpatizantes – deste formato de relacionamento já alcança alguma expressão.

Pelo mundo, em meio ao conservadorismo que permeia as sociedades em maior ou menor grau, é possível vez ou outra tomar conhecimento de pessoas que resolveram expor ao mundo suas opções poliafetivas de relacionamento. No Brasil, tivemos ao menos duas escrituras públicas de união poliafetiva lavradas antes da vedação imposta pelo CNJ, uma pelo Terceiro Tabelionato de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente/SP e outra pelo Tabelionato de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã/SP.<sup>57</sup>

No Canadá foi realizada pesquisa, publicada em 2017, buscando descobrir quantas pessoas estavam vivendo relacionamentos poliamorosos. Em apenas três semanas 547 respostas chegaram, das quais 68% afirmaram que estavam atualmente envolvidas numa relação

<sup>54</sup>FACEBOOK. **Poliamor e diversidade** [grupo criado em 2012]. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/grupopoliamor/>. Acesso em 12 jan. 2019.

<sup>55</sup>GNT. **Amores Livres**. 2015. Disponível em: <http://gnt.globo.com/series/amores-livres/>. Acesso em 06 jan. 2019.

<sup>56</sup>EU tu eles. Direção de Andrucha Waddington. São Paulo: Columbia Pictures do Brasil, 2000. Filme Colorido, português (1h44min).

<sup>57</sup>AMÂNCIO, 2016.

poliamorosa. E, dentre os que responderam não estar, cerca de 39,9% confirmaram já ter vivido um relacionamento poliamoroso nos últimos cinco anos. Ainda, 82,4% dos participantes apontaram que, em seus pontos de vistas, o número de praticantes do poliamor estava crescendo.<sup>58</sup>

Nos Estados Unidos há comunidades poliamorosa expandindo na maioria das cidades grandes, estimando-se que há aproximadamente meio milhão de famílias poliamorosas. Embora as comunidades poliamorosas tenham florescido por décadas nos EUA, o poliamor ainda parece ser relativamente pouco conhecido na Europa, segundo Christian Klesse.<sup>59</sup>

Em Portugal, o poliamor tem lugar na imprensa a partir de 2007: em 3 de fevereiro a Revista Tabu traz a matéria “Amor sem Limites”; em 18 de julho a rádio Antena 3 aborda no programa Prova Oral o tema, contando com a participação de três pessoas em transmissão ao vivo; ainda no mesmo ano, outras três matérias sobre o assunto são publicadas nas revistas Maria, Máxima e Grazia (esta última, já inexistente), contando com depoimentos de praticantes do poliamor; em 19 de outubro o Jornal de Notícias pública a Reportagem de Domingo que traz a chamada de destaque na capa: “Histórias de amores múltiplos e sem tabu. Poliamor é um novo modelo de relação aberta, sem exclusividade emocional ou sexual”. Em setembro de 2008 a comunidade poliamorosa começa a se organizar em Lisboa, com encontros. Em 26 de junho de 2009 o grupo lança o blog “PolyPortugal”. Cerca de três anos após a criação da página, o contador de visitas indica 44.600 visitantes; em agosto de 2017 são 122.300 visualizações. Em 2014 ocorre o episódio que provavelmente foi o primeiro processo judicial envolvendo o poliamor.<sup>60</sup>

Na Colômbia foi feito o primeiro registro oficial de união poliamorosa entre três homens em 2017, o que veio a público por meio de coluna no El Colombiano, um dos mais tradicionais jornais do país. Antes da oficialização a relação era composta por quatro pessoas, mas uma delas veio a falecer, vítima de câncer.<sup>61</sup>

<sup>58</sup>BOYD, John-Paul. Polyamory in Canada: Research on an Emerging Family Structure. **The Vanier Institute of the Family** [site], 11 abr. 2017. Disponível em: <https://vanierinstitute.ca/polyamory-in-canada-research-on-an-emerging-family-structure/>. Acesso em: 15 out. 2020.

<sup>59</sup>KLESSE, Christian. Notions of love in polyamory: elements in a discourse on multiple love. **Laboratorium**, v. 3, n. 2, p. 4-25, 2011. Disponível em: <https://www.soclabo.org/index.php/laboratorium/article/view/250/586>. Acesso em: 29 jul. 2021, p. 8.

<sup>60</sup>SILVÉRIO, Maria Silva e. **Eu, tu... Ilus**: poliamor e não monogâmias consensuais. 2018. Tese (Doutorado em Antropologia) - Instituto Universitário de Lisboa, 2018, Disponível em: [https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/18470/1/phd\\_maria\\_silva\\_silverio.pdf](https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/18470/1/phd_maria_silva_silverio.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021, p. 66-69.

<sup>61</sup>SALDARRIAGA, John. No se enrede com el poliamor, aqui se lo explicamos. **El colombiano** [site], 14 jun. 2017. Disponível em: <https://www.elcolombiano.com/cultura/abc-del-poliamor-el-amor-entre-mas-de-dos-personas-AN6719929>. Acesso em 27 out. 2020.

Em 2020 a Espanha tomou conhecimento da prática em seu meio, quando veio a público pelo jornal *El País* a união entre três pessoas na cidade de Madrid: Gabriela Wiener, Rocío Lachares e Jaime Rodriguez.<sup>62</sup> No país há um forte e crescente movimento a favor do poliamor, com grupos nacionais e grupos locais espalhados nas mais diversas localidades, todos reunidos no sítio eletrônico Poliamor Madrid: Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla la Mancha, Castilla León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Islas Canarias, La Rioja, Madrid, Murcia, País Vasco e Comunidad Valenciana. No mesmo sítio eletrônico é possível encontrar links para acessar grupos de interessados no tema de diversos países da América Latina: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico, Uruguai e Venezuela.<sup>63</sup>

Mas entender que o poliamor é um fenômeno que vem ganhando adeptos não implica admitir que se trate de prática salutar, o que, por conseguinte, pode interessar ao campo do Direito, área do conhecimento voltada à regulação de condutas. Se acaso o poliamor apresentar potencial de melhora à vida das pessoas, o que em última análise vem ao encontro da dignidade humana e do desenvolvimento saudável da personalidade, deve-se cogitar a sua inclusão sob o manto da proteção jurídica.

### 2.1.2 Amor Líquido Ou Amor Inflexível?

A intensificação do fluxo de divórcios<sup>64</sup> e redução do fluxo de casamentos,<sup>65</sup> pode ser um indicador importante da mudança de mentalidade da sociedade atual, que tem sido marcada por novos formatos familiares e uma demanda de flexibilização do Direito das Famílias para acomodar as necessidades não pensadas quando da edição do Código Civil. Comparativamente às gerações anteriores, as pessoas têm se mostrado mais predispostas a sacrificar uma formação

<sup>62</sup>VALDES, Isabel. El poliamor sin vetos em tempos de Vox. *El país* [site], 31 jan. 2020. Disponível em: [https://elpais.com/ccaa/2020/01/31/madrid/1580466800\\_505535.html#?ref=rss&format=simple&link=seguir](https://elpais.com/ccaa/2020/01/31/madrid/1580466800_505535.html#?ref=rss&format=simple&link=seguir). Acesso em 27 out. 2020.

<sup>63</sup>POLIAMOR Madrid [site]. [201-?]. Disponível em: <https://poliamormadrid.org/el-poliamor-en-espana/>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>64</sup>Até os últimos anos da década de 80, não se havia alcançado patamar que superasse os 36 mil divórcios por ano; a partir de 1989 o número cresceu vertiginosamente: em 1989, cerca de 66 mil divórcios; em 1990, cerca de 77 mil divórcios; nos anos seguintes continuaram a crescer, até chegar a mais de 126 mil divórcios no ano de 2002, segundo dados do IBGE. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Divórcios concedidos em 1ª instância a casais sem filhos ou com filhos menores de idade**. [2003]. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RC51&t=divorcios-concedidos-1-instancia-casais-sem>. Consulta em: 13 abr. 2021).

<sup>65</sup>Os números do IBGE apontam uma queda gradual e constante ano após ano no período de 2003 a 2016. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [2003]).

familiar tradicional em curso, com vistas a não permanecerem por anos vivendo uma relação infeliz. Por isso, há de se questionar se a decisão proferida pelo CNJ no julgamento do pedido de providências efetivamente vem ao encontro das necessidades de uma sociedade em transformação.

As dinâmicas dos relacionamentos mudaram drasticamente no último século, possivelmente, dentre outros fatores, por força do intensificado intercâmbio cultural promovido pela elevação do fluxo de informações decorrente do avanço das tecnologias de comunicação. Cada vez mais pode-se falar no “fim da geografia”, visto que as distâncias se tornaram menos relevantes e as fronteiras geográficas cada vez mais insustentáveis. As divisões do mundo e dos continentes foram uma decorrência das distâncias, alhures inarredavelmente reais devido às dificultosas viagens em meios de transporte ineficientes. Mas as distâncias são muito mais um produto social do que um dado objetivo, pois sua extensão será aferida de acordo com a facilidade com que possa ser vencida.<sup>66</sup> E com o desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação o fluxo informacional sofreu severa intensificação. As próprias interações pelos canais surgidos com o advento da internet e dos programas de comunicação permitiram o nascimento de formas novas de relações.<sup>67</sup>

A despeito do que seja efetivamente o fator motivador da adesão aos elementos culturais de outro povo, é fato que grandes e importantes mudanças em nosso próprio cenário resultaram disso. Um desses fenômenos sociais foi a eclosão do movimento feminista<sup>68</sup> que, ainda em sua fase mais pusilânime, foi capaz de apresentar ao hemisfério ocidental uma proposta de mitigação do desequilíbrio de direitos e deveres – incluindo os não previstos em lei, mas

---

<sup>66</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 19.

<sup>67</sup>Acerca do impacto da internet sobre as relações, Zygmunt Bauman conclui que “tendo testado e comparado os dois tipos de vínculo, muitos internautas, talvez uma ampla e crescente maioria deles, preferiram a variedade on-line à alternativa off-line, embora muitos outros julguem que aqueles que o fazem estão arriscando e prejudicando a amizade (e o amor), assim como a si mesmos. Segundo esses outros, o amor verdadeiro (que é difícil e arriscado, exigindo um cuidado constante e com muita frequência o sacrifício) é o exato oposto de sua quase alternativa eletrônica, antisséptica e livre de riscos; em lugar de “olhar para a frente na mesma direção”, como reza a famosa expressão de Antoine de Saint-Exupéry, o substituto eletrônico do amor é um exercício de evitar riscos concentrando-se em se defender de prejuízos reais ou supostos, em que o projeto, a construção e a manutenção de uma relação amorosa plena são inevitavelmente deslocados. A busca eletrônica de uma relação amorosa é orientada pelo desejo de segurança, segundo o padrão do sexo com preservativos.” (BAUMAN, Zygmunt. **A individualidade numa época de incertezas**. 1. ed. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 106).

<sup>68</sup>“O movimento feminista desafiou as desigualdades sociais baseadas em características sexuais do corpo. Sua longa campanha trouxe resultados, mas mudanças na legislação não são capazes de conquistar a igualdade. O máximo que podem fazer é reabrir para a negociação aqueles casos previamente considerados ‘não problemáticos’. Não há nenhum limite sexualmente estabelecido a que mulheres ou os homens devam confinar suas aspirações de vida e reivindicações em termos de posição social, mas a questão de saber qual deles finalmente se realiza costuma ser deixada para a engenhosidade e persistência individuais, sendo os efeitos de responsabilidade dos indivíduos envolvidos.” (BAUMAN, Zygmunt. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Trad. Alaxandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 172).

amparados pelos costumes – entre homens e mulheres. A equidade entre homens e mulheres atingiu de forma aparentemente irreversível a dinâmica existente entre os casais, uma vez que a mulher passou a ter mais voz e estar menos sujeita a relações inconvenientes.

Mas é pertinente a ressalva: os ideais do feminismo atingiram as mais diversas camadas sociais, mas com impactos diferentes. Entre as classes mais privilegiadas pelo acesso à educação “as mulheres conquistaram muito mais espaços do que nas camadas pobres e de baixa escolaridade. Entre as mulheres pobres e analfabetas o grau de sujeição à dominação masculina é exponencialmente mais expressivo.”<sup>69</sup>

Especificamente no Brasil, é (relativamente) novel a mudança da família patriarcal para um formato mais democrático, acompanhando a democratização da própria sociedade como um todo. Se por um lado é certo que a assimilação dos ideais feministas e democráticos se dê de modo diverso em cada segmento e contexto sociocultural, por outro é inegável o impacto por eles causado na busca de equilíbrio dentro das relações familiares, mitigando a dominação masculina e revisando os papéis tradicionalmente atribuídos a cada gênero. E embora tais mudanças não tenham ocorrido sem resistência, gradativamente foram se instalando e são reforçadas pelo enfrentamento diário de contradições visíveis na reprodução de práticas desiguais no cotidiano familiar.<sup>70</sup>

Antes disso, por muitos anos a mulher deveria – em certa medida ainda parece ser isso que se espera – ser recatada, educada, fiel e maternal, reprimindo sua sexualidade. Não havia dúvidas de que o lugar da mulher era dentro de casa, atendendo à prole e propiciando um ambiente psicologicamente saudável para o marido. Com os movimentos feministas iniciados no século XVIII buscou-se a emancipação feminina, com inspiração nos ideais filosóficos que frutificaram no Iluminismo. As mulheres envolveram-se com essa revolução, buscando liberdade nos mais diversos aspectos, o que incluía não apenas a redefinição do seu papel obrigatório como esposa e mãe, mas também a possibilidade de viver o prazer.<sup>71</sup>

Dentre as muitas consequências daí advindas, uma delas parece ser a redução da desigualdade entre gêneros, de modo que a infidelidade masculina, tão corriqueira alhures, passou a ser menos tolerada. Se residia na prática extraconjugal masculina uma válvula de

<sup>69</sup>SILVA, M., 2012, p. 129, 2012.

<sup>70</sup>ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e família na construção de relações democráticas. In: FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (org.). **Casal e família: permanências e rupturas**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010, p. 9-10.

<sup>71</sup>LIMA, Juliana Lang; CAMARGO, Marina Pinto de; DEGANI, Rafaela. Da carne ao Erotismo: uma leitura sobre a liberdade sexual. In: FREUD, Sigmund. **Sexualidade: três ensaios sobre a teoria da sexualidade**. Tradução por Carlos Pereira Thompson Flores. Porto Alegre: Evangraf, 2016, p. 300-301.

escape à monotonia ou pressão do casamento,<sup>72</sup> tal recurso sofreu limitação significativa – embora longe esteja de ter sido abandonado. Já não é mais possível ao homem, despreocupadamente, continuar a tratar a companheira com o mesmo descaso que há séculos vinha fazendo, sem o risco de lhe trazer consequências indesejadas. As separações e/ou divórcios tornaram-se mais frequentes com o passar do tempo – oportunamente os números serão trabalhados – e seus reflexos são pouco atrativos: redução de padrão de vida, obrigação alimentar, partilha de bens, diminuição do contato com filhos etc.

Em contrapartida, o empoderamento feminino permitiu à mulher experimentar maior liberdade em geral, incluindo a sexual. Com isso, não apenas passou a ter tempo para escolher com cautela um companheiro adequado, que lhe atenda às necessidades e possua afinidade de valores; passou também a colher os prazeres próprios da vida de solteira que por milênios fora privilégio exclusivo masculino. A presença de um homem provedor de sustento e proteção deixou de ser uma necessidade primária da mulher. Na escala de necessidades proposta por Abraham Maslow,<sup>73</sup> a relação conjugal deixou de figurar para a mulher na primeira e segunda faixas – respectivamente, a das necessidades fisiológicas (como a alimentação) e a das necessidades de segurança (como a proteção) – e passou para alguma das seguintes, possivelmente a terceira – a das necessidades sociais, de modo geral.

Essa mudança de paradigma foi o resgate da mulher da condição de refém do casamento, reforçando sua autonomia e permitindo a imposição de exigências perante a relação. Passou a gozar de liberdade para abandonar um companheiro que não esteja disposto a respeitar tais exigências – e o faz, como indica a prática forense com os elevados números de divórcios e dissoluções de uniões estáveis. Isso porque embora pareça notória a inclinação geral das pessoas para o casamento – ou sua cópia informal, a união estável – isso ocorre pela venda da ideia de que esta seja uma proposta de família mais estável, harmoniosa e duradoura, o que não é necessariamente verdade.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Segundo Kinsey *et al*, “the anthropologists find that most societies recognize the necessity for accepting at least some extra-marital coitus as an escape valve for the male, to relieve him from the pressures put on him by society’s insistence on stable marital partnership. These same societies, however, less often permit it for the female” (KINSEY, Alfred *et al*. **Sexual behavior in the human female**. Filadelfia: W. B. Saunders Company, 1953, p. 413).

<sup>73</sup> A esse respeito, convém um brevíssimo esclarecimento sobre a teoria da hierarquia das necessidades desenvolvida por Abraham Maslow, segundo a qual todo indivíduo tem cinco faixas de categorias de necessidades, nesta ordem de prioridade: 1) fisiológicas (sobrevivência, alimentação, vestuário); 2) segurança (proteção, estabilidade no emprego); 3) sociais (aceitação, amizade, sentimento de pertencer); 4) status (reconhecimento, prestígio); 5) autorrealização (criatividade, autodesenvolvimento). Uma necessidade prioritária normalmente tomará a atenção do indivíduo até que seja atendida. (FIORELLI, José Osmir; RAGAZZONI, Rosana Cathya. **Psicologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66-67).

<sup>74</sup> “Dada a falsidade dessas características para o casamento, que é tão estável ou harmonioso quanto qualquer outra forma de família, explicam-se igualmente as altas taxas de divórcio no geral, assim como as massas de

Surge então a ideia de “relacionamento puro”, que atribui novo significado ao casamento e repercute sobre as expectativas que sobre ele recaem, a exemplo da obrigatoriedade de gerar prole. O relacionamento puro não tem por único propósito a procriação e nem está sujeito à indissolubilidade, já que a relação pode chegar ao seu termo a qualquer instante, se já não for mais satisfatória para algum dos seus componentes. O casal já não fundamenta sua união na família, mas na própria união conjugal – um “relacionamento afetivo-sexual que prima pela qualidade da relação, que tem como fundamento a liberdade, a igualdade, a confiança, a intimidade e a comunicação emocional.”<sup>75</sup>

A partir dessa contextualização é possível perceber que as relações conjugais se tornaram mais recentemente – a partir do final do último século – menos estáveis do que durante a longa história da civilização ocidental. As pessoas passaram a buscar relações por razões novas: não mais procriação e segurança, mas realização pessoal. A felicidade passou a ser o motivo determinante de uma relação, não fazendo qualquer sentido, sob uma ótica existencial, a manutenção do compromisso com a infelicidade. Como bem resumido por Volkmar Sigusch:

[...] todas as formas de relacionamento íntimo atualmente em voga portam a mesma máscara de falsa felicidade que foi usada pelo amor conjugal e mais tarde pelo amor livre ... Ao olharmos mais de perto e afastarmos a máscara, descobrimos anseios não realizados, nervos em frangalhos, amores frustrados, sofrimentos, medos, solidão, hipocrisia, egoísmo e compulsão à repetição [...] As *performances* substituíram o êxtase, o físico está por dentro, a metafísica, por fora [...] A abstinência, a monogamia e a promiscuidade estão todas igualmente distantes da livre vida da sensualidade que nenhum de nós conhece.<sup>76</sup>

Se por um lado é seguro afirmar que praticamente todas as pessoas buscam conexões emocionais de qualidade e formação de família – seja lá que formato possa ter – como meio de realização pessoal, por outro é bastante evidente que o casamento ortodoxo – aquele em que todos os deveres do casamento são fielmente exigidos e cumpridos – é um formato que não atende satisfatoriamente às necessidades de todos.

Por mais que as pessoas que ingressem num casamento – ou relação equivalente – assumam um compromisso para com aquela relação – acompanhado de uma série de regras implícitas, de variável rigidez –, isso não é segurança alguma de durabilidade da relação. O nível de satisfação com o relacionamento é determinante para a sustentação do compromisso. Um relacionamento funciona à semelhança de qualquer investimento – e efetivamente é, pois

---

seres humanos sexualmente frustrados ao longo dos séculos.” (NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 24).

<sup>75</sup> ARAÚJO, 2010, p. 12.

<sup>76</sup> SIGUSCH, 1989 *apud* BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre fragilidade dos laços humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 64.

investe-se tempo, dinheiro, esforços que poderiam ser empregados para outros fins. Assim, o indivíduo investe na relação com a perspectiva de obter “lucro” no investimento. O paralelismo com o mercado de ações é didático, nas palavras de Bauman: “você compra ações e as mantém enquanto seu valor promete crescer, e as vende prontamente quando os lucros começam a cair ou outras ações acenam com um rendimento maior (o truque é não deixar passar o momento em que isso ocorre”. Quando se entra num relacionamento, a despeito do que tenha sido prometido reciprocamente, a longo prazo as promessas de compromisso são irrelevantes.<sup>77</sup>

E, é claro, quando estamos a tratar de relações humanas, cada qual composta por indivíduos com suas idiossincrasias, é impensável uma resposta segura que atenda de modo geral às necessidades de todos. Para algumas pessoas um relacionamento conservador (monogâmico e fechado) pode funcionar bem – e ser inconcebível outra possibilidade; para outras, pode haver o interesse na manutenção do relacionamento (monogâmico), mas vontade de explorar a sexualidade com terceiros, hipótese em que um relacionamento aberto funcionaria bem (mas ainda monogâmico); e, ainda, pode também haver aqueles que desejam preservar seus relacionamentos de longa data, sem prejuízo da vivência de novos amores, o que poderia se dar pela via das uniões paralelas (cada indivíduo com mais de uma união distinta e concomitante) ou do poliamor (uma única união entre três ou mais indivíduos).

A era atual é marcada por mensagens e fenômenos confusos, fluídos e imprevisíveis. O relacionamento humano assume forma efêmera, sendo prontamente descartado se necessário; também descartáveis são os sentimentos, com vistas a uma sensação de segurança. Instaura-se em nossa sociedade contemporânea um paradoxo: “a fragilidade e o sentimento de insegurança inspiram um conflitante desejo de tornar o laço intenso e, ao mesmo tempo, de deixa-lo desprendido.” A relação conjugal contemporânea é guiada por ideais diversos do passado, ganhando destaque a autonomia e a satisfação de cada cônjuge, em detrimento dos laços de dependência entre eles – o “relacionamento puro”, aludido alhures. Por outro lado, é necessário também criar uma zona comum de interação para viabilizar o convívio em casal, surgindo daí uma identidade conjugal. Portanto, de um lado há uma força que promove os ideais de individualidade e estimulam a autonomia dos cônjuges, de modo que o casal propicie o desenvolvimento de cada um; de outro, há uma força contrária que cria a necessidade de viver a conjugalidade e todos os projetos em comum do casal.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup>BAUMAN, 2004, p. 28-29.

<sup>78</sup>FÉRES-CARNEIRO; ZIVIANI, 2010, p. 83-85.

Uma das principais causas de ruína de relacionamentos conjugais sólidos é a ocorrência de uma traição<sup>79</sup> – quando descoberta. A quebra da confiança, mágoa e raiva acabam por tornar insustentável a continuidade da relação – isso se, tragicamente, não culminar em crime passionai.

Por conta disso, diante da constatação de que a monogamia pode não lhes oferecer um relacionamento duradouro, muitos indivíduos percebem-se numa encruzilhada com três possíveis caminhos. De um lado, a persistência pelo caminho do relacionamento monogâmico tradicional, com todas as suas benesses e males, dentre os quais a convicção pessoal ou intuição de que em algum momento no futuro, cedo ou tarde, deparar-se-á com a insuficiência de satisfação com a relação – por desencanto, perda de desejo sexual ou qualquer outra razão. De outro lado, a trilha solitária daquele que opta por não construir um elo emocional, cujo rompimento inevitável, sob sua ótica, causará sofrimento futuro. Por fim, envolto numa névoa de desconfiança, apresenta-se um caminho do meio, aparentemente pouco explorado pelas pessoas em geral, em que se busca a difícil conciliação entre a necessidade emocional de formação de uma conexão familiar sólida e a necessidade psicológica de algum grau de liberdade para interação – de ordem afetiva ou sexual – com outras pessoas. Nesta hipótese, há uma miríade de possibilidades, a exemplo dos relacionamentos abertos, do poliamor ou daquilo que os parisienses praticam notoriamente mais do que o resto das culturas ocidentais: o *échangisme* – a troca de casais, por aqui mais conhecida como *suingue*.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup>“Não surpreende a um biólogo o fato de os parentes por afinidade, a infidelidade e os enteados serem as principais causas de discórdia conjugal.” (PINKER, 1998, p. 459)

<sup>80</sup>“*Les échangistes* estão matando dois coelhos com uma cajadada só. Em primeiro lugar, eles afrouxam um pouco os grilhões do compromisso matrimonial, concordando em tornar menos obrigatórias as suas consequências e, portanto, um pouco menos angustiante a incerteza gerada pela obscuridade endêmica das expectativas. Em segundo lugar, conseguem cúmplices leais em seu esforço para rechaçar as consequências incertas, e portanto irritantes, do encontro sexual – já que todas as partes interessadas, tendo participado do evento e portanto desejosas de evitar que escape à moldura do episódio, seguramente estarão juntas nesse rechaço.

Como estratégia para enfrentar o espectro da incerteza, do qual, como se sabe, os episódios sexuais estão repletos, o *échangisme* tem uma vantagem sobre o sexo casual e outros encontros igualmente arriscados e de curta duração. A proteção contra consequências indesejáveis é, nesse caso, dever e preocupação de outra pessoa e, na pior das circunstâncias, não constitui um esforço solitário, mas uma tarefa compartilhada com aliados poderosos e dedicados. A vantagem do *échangisme* sobre o simples adultério é particularmente gritante. Nenhum dos *échangistes* é traído, nenhum deles tem os interesses ameaçados e, tal como no modelo ideal de Habermas da “comunicação não distorcida”, todos são participantes. O *ménage à quatre* (ou *six, huit...* quanto mais melhor) está livre de todas as pragas e deficiências que se sabe serem a maldição do *ménage à trois*.

Como se poderia esperar quando o propósito e alvo da iniciativa é afastar o fantasma da insegurança, o *échangisme* procura entrincheirar-se em instituições contratuais e obter o apoio da lei. A pessoa torna-se *échangiste* ingressando num clube, assinando um formulário, prometendo obediência a regras (e esperando que todos os outros à sua volta tenham feito o mesmo) e recebendo um cartão de sócio para garantir o ingresso e assegurar que quem está lá dentro seja simultaneamente um parceiro e um jogo. Já que todos os que lá se encontram conhecem os objetivos e regras do clube e prometem observá-los, toda discussão ou uso da força,

Todavia, nenhuma das três referidas escolhas é livre de percalços. No primeiro e bem conhecido caminho está situado o ideal romântico do casal. Os números do judiciário confirmam que, com o tempo, um grande número de casais entra em crise por não mais ver na relação o suficiente para a satisfação de que necessitam – embora muitas vezes apreciem a família ali construída e a união propriamente. É o início do desencanto – um dos quatro cavaleiros do apocalipse em matéria de amor, segundo Zygmunt Bauman; os outros três são: posse, poder e fusão.<sup>81</sup>

Não se deve ignorar que o par romântico é um símbolo instalado no inconsciente coletivo<sup>82</sup> reforçado à exaustão pela cultura hodierna – desde o século XVIII<sup>83</sup>, período marcado por transformações radicais na sociedade<sup>84</sup> –, em especial pela arte: o amor romântico é possivelmente a mais comum das inspirações das letras de música; e é também uma das mais aclamadas recompensas nas produções cinematográficas, em que ao final da história o protagonista – em geral um homem caucasiano heterossexual – acaba viabilizando o romance com alguma bela moça. Mas, como visto, o amor romântico só começou a se desenhar nos

---

todos os perigos da sedução e de outras preliminares incômodas e precárias, infestadas de resultados incertos, se tornam redundantes.” (BAUMAN, 2004, p. 71-72).

<sup>81</sup>BAUMAN, 2004, p. 22.

<sup>82</sup>Foi somente no século XVIII que se deu a criação do romantismo, pilar do ideal do par romântico – a partir do qual adviria a prole e, por conseguinte, a criação da família. É oportuno destacar que o romantismo veio ao encontro da moral religiosa que predominava no Ocidente. A partir daí foi questão de tempo até que o arquétipo fosse adotado como referência para a sociedade e viesse a integrar o inconsciente coletivo (MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Poliamor**: amores sustentáveis. Tupã: Clube dos Autores, 2018. v. 2, p. 30-31).

<sup>83</sup>No entanto, convém lembrar que o amor conjugal não foi criado no século XVIII, pois os registros indicam que, além de tudo que já se tratou a respeito do tema no período da Idade Média, já no século XVII, em 1694, o Dictionnaire de l'Académie Française fazia alusão à expressão. O que ocorre, notoriamente, é que a partir de 1770 a expressão passou a constar do título de diversas obras, o que permite concluir que a elite tenha manifestado predileção ao amor conjugal. Isso é corroborado pela percepção de que até este ano praticamente não havia praticamente qualquer demonstração de atenção ao assunto pelo catolicismo. Dentre os 18 catecismos publicados entre o Concílio de Trento e o fim do século XVIII, havia apenas um prescrevendo o amor entre os cônjuges, precisamente do ano de 1778, ou seja, em meio à crescente adesão da ideia do amor conjugal pela sociedade. É bem verdade, no entanto, que o único catecismo que pregou o amor conjugal – *Catéchisme de la morale... à l'usage de la jeunesse*, publicado em Bruxelas em 1785 – nada tinha de católico, valendo-se da linguagem e ideias dos filósofos. No primeiro capítulo, dedicado integralmente ao amor, é feita a distinção entre os diversos tipos: amor paternal, amor maternal, amor filial, amor conjugal, sendo este o primeiro de todos. Uma coisa é certa: não há qualquer certeza de que a concepção de amor conjugal do final do século XVIII corresponda à atual. Imaginava-se tal sentimento como “uma paixão domesticada, um sentimento tenro e razoável” e para que pudesse o amor conjugal ser mais do que um dever, era imprescindível que se pudesse casar por amor. (FLANDRIN, Jean-Louis. **O sexo e o Ocidente**: evolução das atitudes e dos comportamentos. Tradução por Jean Progin. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981, p. 97-98).

<sup>84</sup>O mesmo século XVIII, entre os anos de 1735 e 1750, testemunha uma radical mudança na zona rural da França. Com grandes estradas cortando o país, as ideias de Paris adquirem longo alcance. A moda do vestuário chega às aldeias, as estalagens são mais frequentadas, os castelos de província se tornam residências de verão decoradas segundo o gosto vigente. Os notários podem então levar até as aldeias uma nova concepção de união conjugal, segundo a qual os costumes não impedem que fortunas sejam reunidas por força contratual. Progressivamente as arras entregues à família da noiva são substituídas pelo anel de noivado. Um novo casamento está surgindo no entardecer do século XVIII e em breve ele será palco do romantismo (BOLOGNE, 1999, p. 261).

moldes atuais no século XVIII. Portanto, o que se passou com a sociedade ocidental que não foi capaz de perceber o mesmo valor no casal apaixonado antes disso? A resposta mais sucinta é que ainda não havia sido elaborado tal ideal, portanto o símbolo ainda não permeava o inconsciente coletivo. No entanto, o surgimento da proposta de “almas gêmeas” viabilizadas pela vivência no par romântico ganhou adesão e gradativamente tornou-se um símbolo forte. E do século XVIII para cá a prática foi perpetuada, geração após geração, chegando nos dias atuais sem que haja a consciência do porquê. A prática tornou-se espécie de dogma incutido no inconsciente coletivo, e a tomada de decisões segue o caminho encurtado com vistas à economia de energia psíquica. O problema é que embora haja um grande número de partidários deste modelo, para outras tantas pessoas este formato já não tem funcionado, o que se percebe pelo aumento do número de divórcios nas últimas décadas<sup>85</sup> e redução do número de casamentos.<sup>86</sup>

Será o fim da formação familiar duradoura, que sucumbe aos amores líquidos, como conclui Bauman? É possível. Mas há uma alternativa que não pode ser descartada: a de que algumas pessoas possam estar buscando o exercício de formatações diferentes de relacionamentos conjugais, uma fuga à mononormatividade.<sup>87</sup> Afinal, a possibilidade de viver novos amores sem sacrifício dos antigos pode ser a conciliação entre a preservação da família e a liquidez das relações,<sup>88</sup> ao menos para aqueles que simpatizam com a proposta poliafetiva.

---

<sup>85</sup>Até os últimos anos da década de 80, não se havia alcançado patamar que superasse os 36 mil divórcios por ano; a partir de 1989 o número cresceu vertiginosamente: em 1989, cerca de 66 mil divórcios; em 1990, cerca de 77 mil divórcios; nos anos seguintes continuaram a crescer, até chegar a mais de 126 mil divórcios no ano de 2002, segundo dados do IBGE. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [2003]).

<sup>86</sup>Os números do IBGE apontam uma queda gradual e constante ano após ano no período de 2003 a 2016. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [2003]).

<sup>87</sup>Segundo Duina Porto, a mononormatividade pode ser explicada como “a matriz normativa e hegemônica do modelo monogâmico de relacionamentos íntimos” que “reproduz uma complexidade de discursos, normas jurídicas, relações de poder e subjetividades que decorrem da onipresença da monogamia na cultura ocidental e na estruturação da conjugalidade. Também traduzido por “monogamia compulsória”, “monocentrismo”, “monogamismo” e “polifobia” (MINT, s/da, s/p), o vocábulo “mononormatividade” deriva da combinação do radical “mono” com o substantivo “normatividade”, ou seja, com a qualidade ou condição daquilo que é normativo e tem o poder de regular condutas e procedimentos, encerrando a ideia de preceito a ser respeitado, regra, consenso ou padrão estabelecidos em torno de situações, fatos ou atos sociais.” (PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12253/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em 30 jul. 2021).

<sup>88</sup>Segundo Pilão e Goldenberg, “o poliamor é considerado um vínculo mais “livre” do que a monogamia, o ‘relacionamento aberto’ e o swing, uma vez que o estabelecimento de um relacionamento não é impeditivo de outros. Enquanto a monogamia é caracterizada como uma “prisão” – já que há uma única relação legítima por vez – o swing e o ‘relacionamento aberto’ são considerados mais livres do que a monogamia, apesar de menos livres do que o Poliamor. As razões apontadas para a maior liberdade do Poliamor em relação à poligamia são: a possibilidade de todos (homens e mulheres) terem mais de um relacionamento; de vivenciarem o amor em grupo e de amarem pessoas do mesmo sexo e fora do casamento.” (PILÃO, Antonio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. **Revista Ártemis**, v. 13, p. 62-71, jan./jul. 2012, p. 68).

Embora as conclusões de Bauman pareçam revelar os caminhos da humanidade nessa seara, não podemos ignorar o fato de que talvez para algumas pessoas a liquidez seja resultado da inflexibilidade de um modelo de relacionamento pautado na estrita monogamia. Em sendo esse o caso, exsurge novo questionamento: pode o Estado impor às pessoas afeitas ao poliamor um formato de relação conjugal que não é suficiente à satisfação de suas necessidades?

### 2.1.3 A Dignidade Humana, a Pluralidade Familiar e a Vedação Ao Retrocesso Social

A decisão proferida pelo CNJ propõe a proteção da ordem e estabelecimento de certa segurança jurídica, mas não sem um custo a ser pago: a discriminação de uma formação familiar ainda sem grande expressão social. Tal ato revela claro potencial de agressão a importantes princípios que regem o direito vigente.

Em matéria de proteção das múltiplas entidades familiares possíveis, há princípios jurídicos cuja observância mostra-se auspiciosa e necessária. Dentre tais princípios, Guilherme Calmon Nogueira da Gama enumera: (i) dignidade da pessoa humana; (ii) pluralidade de entidades familiares; (iii) tutela especial à família; (iv) dever de convivência familiar.<sup>89</sup> E especial os dois primeiros mostram grande potencial de contribuição para o tema posto.

A conotação dada aos princípios sofreu importante mudança com o tempo. São hoje tratados como norma jurídica, junto às regras, reclamando aplicação. É o princípio norma geral e fundante, dele decorrendo outras normas, prestando-se também à solução dos casos concretos, pois funciona como suporte ao intérprete. Assim devem ser tratados os princípios, orientação aplicável também aos princípios do Direito de Família, dentre os quais o da família plural.<sup>90</sup> Em última análise, pode-se afirmar que princípios “estabelecem fins a serem buscados.”<sup>91</sup>

Há seis conceitos reunidos por Riccardo Guastani, comumente utilizados por juristas, que podem ser invocados para melhor compreensão do que sejam princípios: i) são normas com alto grau de generalidade; ii) pelo alto grau de indeterminação, dependem da interpretação para sua concretização; iii) são normas de caráter programático; iv) referem-se a normas cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada; v) referem-se a normas com função

<sup>89</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. *In*: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008a, p. 118-120.

<sup>90</sup>FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 235.

<sup>91</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 87.

importante ou fundamental no sistema jurídico; vi) designam normas dirigidas aos órgãos de aplicação (frente aos casos enfrentados).<sup>92</sup>

Embora a doutrina juspublicista defenda ser mais grave a violação de um princípio do que de uma regra, essa questão deve ser reexaminada com cuidado, pois parte dos pressupostos de que princípios estão acima das regras e de que as regras não incorporam valores, ambos falsos. A considerar que o comando da regra é muito mais inteligível do que o dos princípios, é mais reprovável o descumprimento daquele, pois se trata de um comando claro. Quanto maior o grau de prévio conhecimento, mais reprovável a transgressão.<sup>93</sup>

Nessa mesma toada, o conflito entre princípios e regras costuma suscitar com frequência a equivocada afirmação de que os princípios devam prevalecer. O equívoco consiste na ignorância do fator hierárquico, já que uma norma constitucional imperiosamente se sobreporá a uma norma infraconstitucional, a despeito da espécie normativa (princípio ou regra). A prevalência não depende da espécie normativa, mas da hierarquia. Por sua vez, em se tratando de conflito entre princípio e regra pertencentes ao mesmo nível hierárquico, deve prevalecer a regra.<sup>94</sup> Como esclarece Humberto Ávila, “[...]se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. [...] Daí a *função eficaz de trincheira* das regras.”<sup>95</sup>

Por fim, quando o conflito se dá entre princípios a solução é distinta daquela encontrada no conflito entre regras. Enquanto o conflito entre regras se resolve normalmente no plano da validade, prevalecendo um dos dispositivos, entre os princípios o caminho será o da ponderação, a considerar que “os princípios têm peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.”<sup>96</sup>

Dentre os princípios que demandam invocação está o **princípio da dignidade da pessoa humana**, sem dúvida uma das maiores conquistas do ordenamento jurídico pátrio. Sua definição é tarefa desafiadora<sup>97</sup>, para a qual Gagliano e Pamplona Filho propõem que a

<sup>92</sup>GUASTANI, Riccardo *apud* BONAVIDES, 2007, p. 255-256.

<sup>93</sup>ÁVILA, 2005, p. 83-84.

<sup>94</sup>ÁVILA, 2005, p. 85.

<sup>95</sup>ÁVILA, 2005, p. 83.

<sup>96</sup>ALEXY *apud* BONAVIDES, 2007, p. 280.

<sup>97</sup>Como bem destacado por Ingo Sarlet, “quando se busca definir o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, seja como princípio (valor) autônomo, seja quando está em causa a natureza e intensidade da sua relação com os direitos humanos e fundamentais, percebe-se que os níveis de consenso registrados de uma ordem constitucional para outra e mesmo no âmbito interno de cada Estado, são muito diferenciados e muitas vezes até frágeis. Já no que diz com a própria compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana na (e para a) ordem jurídica considerada em seu conjunto, mas especialmente no tocante à sua relação com os direitos fundamentais, segue – também no Brasil – farta a discussão em nível doutrinário e jurisprudencial” (SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional** [versão digital]. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 272).

“dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.”<sup>98</sup>

Seres humanos possuem uma qualidade própria exclusiva: uma “dignidade”, inerente à espécie humana, ideia concebida pela primeira vez pelo cristianismo. A raiz etimológica da palavra advém do latim *dignus*, que se traduz como “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”.<sup>99</sup>

Segundo Canotilho, tal princípio fixa a dignidade da pessoa humana como base da República, o que implica dizer que o indivíduo é o limite e o fundamento do domínio político da República, sendo esta uma organização que serve ao homem e não o contrário. E, mais importante para a temática ora desenvolvida, o autor entende que “a dignidade humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico.” [sic]<sup>100</sup>

A dignidade da pessoa humana traduz um valor supremo que reúne o conteúdo de todos os direitos fundamentais, não se lhe podendo reduzir o sentido à defesa de direitos pessoais tradicionais. Não pode ser ignorada quando se está a tratar de garantir as bases da existência humana.<sup>101</sup>

Alexandre de Moraes entende que a proteção à dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente à personalidade humana. Afasta a ideia de prevalência do Estado em detrimento da liberdade individual, sendo a dignidade um valor espiritual e moral próprio inerente ao ser humano, manifestado pela via da autodeterminação, constituindo-se um mínimo invulnerável que deve ser assegurado, sofrendo limitações apenas em caráter excepcional, desde que observem a necessária estima que merecem todas as pessoas e o direito à felicidade.<sup>102</sup>

Nessa esteira, a dignidade da pessoa humana revela especial importância prática, pois apresenta-se simultaneamente como limite e como tarefa dos poderes estatais e da sociedade – ou seja, de todos e de cada um. Como limite, implica dizer que se constitui como fundamento e conteúdo dos direitos fundamentais (negativos), que funciona como óbice a atos que violem

<sup>98</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75-76.

<sup>99</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

<sup>100</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225-226.

<sup>101</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 109.

<sup>102</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 18.

ou exponham a ameaças e riscos, tanto no que toca à intervenção do Estado quanto de terceiros. Como tarefa, resulta na existência de deveres de efetiva tutela estatal com vistas à proteção da dignidade de todos.<sup>103</sup>

O ser humano não tem direito apenas à sobrevivência, mas a viver plenamente, vedando-se intervenções espúrias – públicas ou particulares – às escolhas do indivíduo na busca da concretização de tal propósito. Por isso, esse princípio tem uma dimensão objetiva – ou metaindividual – que ultrapassa os interesses subjetivos daquele que se vê atingido pelo princípio. A esse respeito convém invocar o emblemático caso parisiense da década de 90 da proibição da prática de arremesso de anão, ainda que o próprio anão estivesse de acordo.<sup>104</sup>

A dignidade humana somente pode ser preservada se for possível o respeito à dimensão existencial das pessoas, o que vai além de sua esfera pessoal; inclui as relações sociais, nas quais se inclui a perspectiva familiar em que está inserido o indivíduo. A observância e viabilização de atendimento das demandas do indivíduo no seio das relações familiares é, por assim dizer, uma premissa para a realização da sua dignidade.<sup>105</sup>

Na seara do direito das famílias, a principal consequência da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana foi a superação da tutela destinada à proteção patrimonializante das relações familiares, abandonando-se a *família-instituição* em favor da *família-instrumento*. Passou a ser a família então meio para a realização e desenvolvimento da personalidade dos seus componentes, resultado da repersonalização das relações familiares. Embora a estrutura normativa continuasse a mesma, as regras atinentes às relações familiares sofreram mutação.<sup>106</sup>

Com a elevação constitucional da dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da ordem jurídica, a opção manifesta do constituinte é de priorização da pessoa, o que implica uma vinculação a todos os institutos que promovam a realização de sua personalidade. Disso resultou a despatrimonialização e personalização dos institutos jurídicos, figurando a pessoa como centro da proteção jurídica. O princípio da personalidade humana, assim, representa mais do que um limite à atuação do Estado; representa sobremaneira um norte para o Estado promover a dignidade humana por meio de condutas ativas, assegurando a todos o mínimo existencial. Em matéria de direito das famílias, um dos desdobramentos do princípio em comento é a imperiosa promoção de igual dignidade a todas as entidades familiares. Na família a dignidade da pessoa humana encontra o solo adequado para florescer.

<sup>103</sup>SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 276.

<sup>104</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 76-77.

<sup>105</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 78.

<sup>106</sup>SILVA, M., 2012, p. 214.

A preocupação do constituinte com a proteção da dignidade humana na seara das relações familiares restou expressamente estampada no §7º do art. 226 da Constituição Federal.<sup>107</sup> Partindo-se das premissas de que os direitos fundamentais encontram-se enraizados na dignidade humana e que essa guarda forte relação com as situações existenciais objeto de proteção jurídica, não há como negar à família a condição de instrumento par a promoção de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. A liberdade de constituição familiar é, na percepção de Dimas Messias de Carvalho, um direito fundamental, vedando-se ao Estado qualquer intervenção impositiva.<sup>108</sup>

Uma vez invocada a dignidade da pessoa humana pela Declaração Universal de Direitos Humanos, todas as constituições democráticas passaram a trazer também proteção e situar o homem como fim de todas as coisas – jamais como meio. As pessoas são livres e iguais em direitos (e dignidade). O “direito de família está intrinsicamente ligado aos direitos humanos e à dignidade, o que tem resultado no reconhecimento jurídico da igualdade do homem e da mulher, de outros modelos de constituição de família, e na igualdade dos filhos, independentemente da origem.”<sup>109</sup>

Deve-se ter em vista que a proteção da família é mediata, já que se dá no interesse existencial e afetivo dos seus membros. Não é a família, por si, que é constitucionalmente protegida, mas a família como *locus* necessário à realização da pessoa humana. Pela perspectiva do melhor interesse da pessoa, “não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.”<sup>110</sup>

Destarte, pode-se concluir que há ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana quando a interpretação adotada excluir da tutela constitucional as entidades familiares não arroladas no art. 226 da Constituição Federal ou relegar a tutela dos efeitos jurídicos de tais famílias ao direito das sucessões, como se sociedade de fato fossem.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 set. 2020)

<sup>108</sup>CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72-73.

<sup>109</sup>CARVALHO, 2017, p. 89.

<sup>110</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista brasileira de direito de família**, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

<sup>111</sup>LÔBO, 2002.

Por isso, com vistas à realização da dignidade humana no seio familiar, compete o Estado assegurar às pessoas a proteção jurídica às formações familiares que atendam ao fim de realização da personalidade de seus componentes. Por óbvio, a proteção de um determinado modelo familiar fica adstrita à licitude, o que será oportunamente abordado.

Mas a decisão do CNJ, em análise, não representa apenas risco de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana; também mostra-se uma ameaça à concretização do **princípio da vedação ao retrocesso social**. Ao assegurar especial proteção à família, a Constituição Federal estabeleceu diretrizes fixadas em ao menos três grandes eixos: i) igualdade entre homens e mulheres; ii) pluralismo das entidades familiares; iii) tratamento igualitário entre filhos. Tais normas funcionam como obstáculo à operação de retrocessos sociais, que configurariam desrespeito à Lei Maior.<sup>112</sup>

Segundo Canotilho, tal princípio, por ele cunhado de princípio do não retrocesso social, é uma decorrência do princípio da democracia econômica e social, cuja ideia central também pode ser designada por proibição de “contra-evolução social” ou da “evolução reacionária”. Isso quer dizer que os direitos sociais e econômicos, quando alcançam certo grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional e um direito subjetivo, figurando esse princípio como um empecilho à reversibilidade de direitos adquiridos.<sup>113</sup>

Dentre as aplicações no direito das famílias desse princípio, para o fim de exemplificação prática é possível invocar a lei 9.278/96, a qual não se poderia dizer totalmente revogada pelo advento do Código Civil. Isso porque tal diploma prevê equiparação da união estável ao casamento para alguns fins – a exemplo do direito real de habitação do companheiro sobrevivente, inexistente no Código Civil.<sup>114</sup>

Em última análise, a vedação ao retrocesso visa a atender ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>115</sup> Esse princípio demonstra a receptibilidade do ordenamento, ao menos em matéria de princípios gerais, às entidades familiares que visem à realização da dignidade da pessoa humana, desde que não esbarrem na vedação legal e atentem ao ideal de promoção da igualdade – no caso, a igualdade de tratamento às distintas formações familiares.

E isso vem ao encontro do que busca proteger o **princípio da pluralidade das entidades familiares**, hoje tão prestigiado no Direito das Famílias. Tal princípio figura como porta de entrada para formações familiares ainda não consagradas em nosso ordenamento, o

<sup>112</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

<sup>113</sup>CANOTILHO, 2003, p. 338-339.

<sup>114</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 88.

<sup>115</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 89.

que permite cogitar a extensão de direitos à união poliafetiva, objeto de estudo da presente pesquisa.

Embora a Constituição Federal traga previsão expressa de três modelos familiares (casamento, união estável e monoparental), o rol em questão é exemplificativo, tratando-se de norma de inclusão e não de exclusão.<sup>116</sup> Tais modelos são mencionados por serem os mais comuns. Exige-se hodiernamente uma visão pluralista dos arranjos familiares, visto que a liberdade de escolha e o planejamento familiar podem ser extraídos por interpretação do §7 do art. 226 da Constituição.<sup>117</sup>

A valorização do afeto viabiliza a formação de tantas modalidades familiares quantas forem as possibilidades de manifestações dos indivíduos, uma expressão do princípio constitucional da liberdade para constituir família.<sup>118</sup>

Nas codificações anteriores, a proteção era conferida apenas ao matrimônio, restando os demais vínculos familiares relegados à invisibilidade. Quando isso mudou houve um aumento do espectro da família, o que em termos gerais hoje se configura como o princípio do pluralismo das entidades familiares, que essencialmente estabelece que o Estado deve reconhecer as diversas possibilidades de arranjos. Com isso, as entidades familiares passaram a ser tuteladas pelo direito das famílias, deixando de receber tratamento de sociedade de fato tutelada pelo direito das obrigações.<sup>119</sup>

Dessa feita, acolhendo a lição valiosa ministrada por Paulo Luiz Netto Lôbo, há que se entender que na interpretação do art. 226 da Constituição, se mais de um sentido for possível, há de ser prestigiado aquele que melhor atenda à concretização da dignidade humana, vedando-se a exclusão das entidades familiares reais não explicitadas no texto constitucional. Sendo o art. 226 exemplificativo em matéria de tipos de formações familiares a serem protegidas pelo ordenamento jurídico, todas as demais, não expressas ali, devem ser tratadas como “tipos implícitos incluídos no âmbito da abrangência do conceito amplo e indeterminado de família

---

<sup>116</sup>É preciosa a reflexão a esse respeito trazida por Paulo Luiz Netto Lôbo há aproximadamente duas décadas, ao atentar que no “caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstalou a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos” (LÔBO, 2002, p. 40-55).

<sup>117</sup>CARVALHO, 2017, p. 96.

<sup>118</sup>NAMUR, 2014, p. 138-139.

<sup>119</sup>DIAS, 2015, p. 49.

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.”<sup>120</sup>

O autor prossegue, invocando a lição de Canotilho<sup>121</sup> sobre o princípio da máxima efetividade (ou da interpretação efetiva), defendendo que, na dúvida, deve-se preferir a interpretação que confira maior eficácia à norma constitucional. Assim, sendo possível extrair do art. 226 da Constituição mais de uma interpretação, deve-se adotar aquela que lhe atribui maior alcance de inclusão de todas as entidades familiares, de modo a permitir a maior eficácia ao princípio de “especial proteção do Estado” (*caput*) e à realização da dignidade “de cada um dos que a integram” (§8º).<sup>122</sup>

Como se vê, o princípio em questão não demanda maior aprofundamento, pois se propõe apenas a cristalizar a ideia de que o reconhecimento de novas entidades familiares se dá sob a lógica de um sistema aberto, tal como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 4.277/DF, o que será objeto de análise oportunamente. Trata-se de posição que vem ao encontro simultâneo da proteção da família e do respeito ao pluralismo característico do ser humano em suas relações.

A hipótese com que se trabalha para a caracterização da entidade familiar é relativamente simples: será família aquilo que os membros da relação perceberem como sendo uma família. Essa premissa não é difícil de compreender, mas para tornar mais acessível o raciocínio, pode-se fazer uma clara analogia aos relacionamentos monogâmicos. Há relacionamentos heterossexuais monogâmicos que não configuram uma entidade familiar, embora possam ser notórios, estáveis e esteja presente a interação sexual, a exemplo do namoro. Por outro lado, há relacionamentos em que não há prática sexual entre os componentes e ainda assim não se pode negar a condição de entidade familiar, a exemplo de um casamento ou união estável entre pessoas muito idosas. Portanto, é fácil compreender que a sexualidade não é aspecto determinante para a caracterização de uma entidade familiar. Mais importante do que isso é a notoriedade (ostensibilidade), estabilidade e intuito de constituir família (afeto), elementos estes presentes na caracterização da união estável (art. 1.723 do Código Civil), sobre os quais se falará mais, oportunamente.

---

<sup>120</sup>LÔBO, 2002, p. 40-55.

<sup>121</sup>“Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)” [sic] (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

<sup>122</sup>LÔBO, 2002, p. 40-55.

A forma moderna de pluralismo encontra-se plenamente desenvolvida, em especial nas sociedades altamente industrializadas, não havendo nenhum outro período histórico em que isso tenha se dado com tamanha expressão. As ordens de valores e as reservas de sentido não são um bem comum de todo indivíduo componente da sociedade. Inexiste uma realidade única, idêntica para todos, permeada por valores comuns – e é certo que essa forma moderna de pluralismo é a raiz de muitas crises subjetivas e intersubjetivas.<sup>123</sup>

De toda sorte, o que se conclui parcialmente é que a ausência de expressividade social não pode ser óbice para a caracterização de uma entidade familiar, pois se assim o fosse nenhuma nova entidade receberia tutela jurídica. Afinal, toda mudança social inicia por uma prática inédita, que se reproduz timidamente até que, finalmente, esteja massivamente presente na sociedade. No entanto, ao discriminar a minoria pioneira, o que se obtém é a flagrante injustiça, como já visto alhures na história brasileira, a exemplo das uniões estáveis (no passado, concubinato puro<sup>124</sup>) e uniões homoafetivas.

Se formos capazes de aprender lições com os erros do passado, então já não podemos mais permanecer apegados ao conservador argumento de que a prática de uma minoria não deve ser tutelada pelo direito. Já não se pode corrigir as injustiças perpetradas, mas é possível evitar erros semelhantes. E, dentre eles, está o erro de discriminar uma entidade familiar legítima (uma união contínua, duradoura, pública, com intuito de constituir família) sob o pretexto de não ser a escolha da maioria.

## 2.2 ESTRUTURAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BASEADA NA MONOGAMIA

O voto condutor do julgamento do pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.000 agarra-se à suposta segurança jurídica que advém das relações monogâmicas, pois de modo geral as demandas que possam surgir de conflitos no âmbito conjugal já possuem soluções sedimentadas no ordenamento jurídico brasileiro. Entende que há dificuldade na aplicação analógica das regras que regulam as relações monogâmicas, devido à complexidade

<sup>123</sup>BERBER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido**. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 41.

<sup>124</sup>Como registrado por Marcos Alves da Silva, “é possível afirmar que a primeira fase do tratamento do concubinato pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras é caracterizada pela negação. O fato social está inserido no campo da irrelevância jurídica. No máximo, comparece no marco da ilicitude, como ator caracterizador de nulidade de doação ou de deixa testamentária, por homem casado à sua companheira. Apesar do concubinato constituir fato sociologicamente relevante, retratado abundantemente na literatura bem como nos estudos sociológicos e históricos sobre a configuração do povo brasileiro, no âmbito do discurso jurídico, durante longo tempo, existiu apenas no avesso de um silêncio eloquente” (SILVA, M. 2012, p. 81-82).

das relações poliafetivas. Também mostra preocupação com os efeitos que toquem à esfera jurídica de terceiros, questões estas que vão além do simples subjetivismo e vontade dos envolvidos.<sup>125</sup>

O voto trata a família como sendo uma conformação específica, com clara simpatia à formação tradicional do Ocidente, inspirada no matrimônio. Entretanto, a breve incursão histórica no tema feita na seção introdutória desta pesquisa permitiu lembrar que a família existe desde os estágios mais selvagens da humanidade, milênios antes de se cogitar o primeiro casamento. No dizer de Venosa, “a família é um fenômeno social preexistente ao casamento, um fato natural”,<sup>126</sup> tendo sido o casamento instituído apenas a partir de determinado momento histórico, tratando-se de um fenômeno criado pelo homem, em contraposição à constituição natural característica da família, presente entre homens e até animais.<sup>127</sup> Como visto na parte introdutória, a família nem sempre foi monogâmica. Aliás, a considerar o tempo que se estima que a espécie humana existe no mundo, proporcionalmente faz muito pouco que a monogamia se tornou uma regra.

Embora a preocupação manifestada pelo relator a respeito da impossibilidade de tratar de igual forma os relacionamentos monogâmicos e os poliafetivos seja oportuna, trata-se de função do Poder Judiciário, quando da prestação da tutela jurisdicional, encontrar soluções para as demandas que recaiam na lacuna legal. Nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em caso de omissão da lei, o juiz valer-se-á da analogia, costumes e princípios jurídicos para decidir a demanda que se lhe apresente. Não é incomum que cheguem às portas do Judiciário questões pontuais que demandam soluções inéditas – e que não raras vezes resultam na criação do direito.

É fundamental para o deslinde dessa questão entender o que legitimamente fundamenta a defesa estatal da monogamia como única forma lícita de exercício da conjugalidade, sob risco de o absurdo de uma suposta conclusão lógica vazia de razões seja a motivação, tal como ocorrido no julgamento do caso *Potter v. Murray City*, em Utah (EUA). No referido caso, o

<sup>125</sup>“Sob o enfoque do tratamento jurídico, existe certa dificuldade para aplicação analógica de regras que regulam relações monogâmicas às “uniões poliafetivas”. A regulação da vida amorosa plural não pode ser comparada à da vida amorosa em dupla por ser aquela mais complexa e sujeita a mais conflitos, dada a maior quantidade de vínculos. Além disso, existem consequências jurídicas que podem envolver terceiros alheios à convivência e criar novas obrigações ou proibições. Normas referentes à filiação, à inclusão em plano de saúde e ao estabelecimento de parentesco por afinidade, por exemplo, são questões que envolvem terceiros que não devem suportar ônus advindos da simples declaração de vontade dos envolvidos na relação “poliamorosa”. Há questões que transcendem o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>126</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** [versão digital]. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6: Direito de família, p. 48.

<sup>127</sup>FARDIN, Noemia Alves. **Concubinato: aspectos sociojurídicos da união estável**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 18.

fundamento para banir a poligamia na decisão prolatada fora o fato de que há toda uma rede de leis baseadas exclusivamente na monogamia, em oposição à poligamia, sendo apresentada uma lista de normas que precisariam ser alteradas caso a monogamia fosse abandonada. Ou seja, o absurdo da decisão reside na constatação de que a lei que prevê a monogamia deve ser respeitada pelo simples fato de que a própria lei é o que legitima essa conclusão: “*Utah’s adoption of monogamy as the marital base is form self-authenticating law, according to the Tenth Circuit*”. Não é preciso grande esforço para perceber a fragilidade do argumento, já que práticas hoje ilegais foram lícitas por força de lei, a exemplo da segregação no EUA – que era também integrada numa rede de outras leis sobre a matéria.<sup>128</sup>

Portanto, é frágil a alegação presente no voto condutor de que é impossível o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar porque há uma vedação de reconhecimento de uniões estáveis múltiplas.<sup>129</sup> A fragilidade do argumento apresenta-se em dois aspectos, sendo o primeiro deles a contradição existente no próprio discurso conduzido, que desde o princípio desvela preocupação com a dificuldade de extensão das regras criadas para relacionamentos monogâmicos aos relacionamentos poliafetivos. Ora, se as relações comparadas estão sujeitas a regras distintas, não se pode invocar a regra aplicada à vedação de multiplicidade de casamentos como um impedimento a uma única união formada por mais de dois membros. No primeiro caso, há a formação de núcleos familiares distintos, enquanto no segundo caso há um único núcleo familiar. O sofisma presente no argumento é notório.

O segundo aspecto que fragiliza o argumento em comento diz respeito à vedação à caracterização de uniões estáveis múltiplas. Malgrado tradicionalmente já se trate disso como um dogma, é bom trazer a lume que tal perspectiva é uma construção da comunidade jurídica, visto que inexistente no texto da lei a vedação expressa à existência de múltiplas uniões estáveis simultaneamente; o que há é uma interpretação extensiva baseada na analogia ao casamento, como se verá oportunamente.

Assim, embora efetivamente a monogamia seja um elemento estrutural da sociedade brasileira<sup>130</sup> – *assim como as relações formadas por pessoas de sexos distintos o foram por*

<sup>128</sup>PORTER, Jonathan A. L’amour for four: polygyny, polyamory, and the state’s compelling economic interest in normative monogamy. **Emory Law Journal**. v. 64, 2015, p. 2115. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1203&context=elj>. Acesso em: 27 out. 2020

<sup>129</sup>“Hoje, a união “poliafetiva” viola o direito em vigência no país, que veda expressamente a possibilidade de mais de um vínculo matrimonial simultâneo e proíbe, por analogia, uniões estáveis múltiplas. O entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios também repele a existência de uniões estáveis simultâneas ao casamento.” (voto condutor). (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>130</sup>Trecho do voto: “Reconhecido que a sociedade brasileira apresenta a monogamia como elemento estrutural e que os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, é de se compreender que a

muito tempo –, é inegável que o paralelismo afetivo suscita nos tribunais necessidade de confrontar o regramento posto, sob pena de cancelar a injustiça e desproteger entidades familiares que de fato existem. Até mesmo porque, como diligentemente pontuado por Carlos Eduardo Pianovski, eventual repulsa à poligamia se restringe aos juízos morais advindos dos padrões de conduta socialmente institucionalizados, não sendo atribuição do Estado intervir nessa seara e impor a monogamia a todas as pessoas. Por conseguinte, suscita crítica à “pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistenciais materialmente livres”.<sup>131</sup>

No entanto, é preciso recordar que normas são compostas de regras e princípios e, assim sendo, a existência de um princípio da monogamia teria, hipoteticamente, o condão de impor a observância do regime monogâmico a todo e qualquer tipo de relacionamento conjugal para que pudesse ser a ele atribuído o *status* de família. Daí a razão pela qual definir se a monogamia é ou não um princípio jurídico revela-se imprescindível para a continuidade do estudo.

### 2.2.1 Princípio da Monogamia

A invocação do (suposto) princípio da monogamia pela ADFAS, por ocasião do pedido de providências, merece também análise. Ainda que seja a monogamia um valor da sociedade brasileira, há quem defenda que não se está diante de um princípio jurídico, pois inviável a intervenção estatal na intimidade familiar para imposição da fidelidade recíproca a todos. Cabe aos protagonistas da relação o estabelecimento das suas regras de convivência, prerrogativa essa que só é limitada pela dignidade dos envolvidos e interesses de terceiros.<sup>132</sup>

Recentemente, em 11 de dezembro de 2020, o Pretório Excelso enfrentou o julgamento do Recurso Extraordinário 1.045.273, no qual o Princípio da Monogamia acabou por exercer relevante presença na fundamentação esposada pelo relator. Corroborando a posição do Tribunal de Justiça de Sergipe, o Min. Alexandre de Moraes invocou o aludido princípio para negar o reconhecimento de direitos às uniões paralelas.

No entanto, a questão está longe de ser pacífica, pois no mesmo julgamento o Ministro Edson Fachin votou em sentido contrário, reconhecendo a possibilidade de rateio da pensão por

---

autonomia da vontade das partes não é ilimitada e que a declaração de vontade contida na escritura pública não pode ser considerada.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>131</sup>PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 197.

<sup>132</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 108.

morte entre os conviventes, pois inexistente nos autos a comprovação de má-fé – a qual jamais deve ser presumida – que afaste o direito do segundo companheiro.

Não obstante a insegurança jurídica que recai sobre o tema na esfera do Supremo Tribunal Federal, cerca de dois meses antes, em 08 de outubro de 2020, um julgamento emblemático ocorria no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.<sup>133</sup> Por ocasião da apreciação da apelação cível 70082663261, a qual será oportunamente abordada com mais vagar, o tribunal concluiu que o aludido princípio da monogamia deveria ser revisto diante da evolução histórica do conceito de família, não podendo o formalismo legal prevalecer sobre a situação fática consolidada há anos.

Questionamento que não pode deixar de ser enfrentado é o da adequação do enquadramento da monogamia como princípio jurídico no atual contexto social. Acerca dessa questão, Marcos Alves da Silva vai ainda mais a fundo, suscitando reflexão acerca da pura transposição da ideia do dever de fidelidade e monogamia para regular relações conjugais percebidas modernamente – pós Constituição de 1988 – em multiformes expressões. É de se questionar se um princípio destinado a reger o direito das famílias fundado estritamente no casamento pode ter a mesma força e expressão num cenário em que a família vai muito além do casamento.<sup>134</sup>

É de bom alvitre o registro de que inexistente qualquer dispositivo legal na legislação vigente invocando expressamente a monogamia como comando imperativo para todas as relações conjugais – embora seguramente o seja em relação ao casamento. E, com isso, não se quer dizer que não possa haver norma jurídica a esse respeito, a considerar que essa é produto da interpretação, englobando tanto regras quanto princípios. Portanto, a possível existência de um Princípio da Monogamia seria fruto exclusivo da interpretação, apesar do risco de ser incompatível com os fins do Direito das Famílias da atualidade<sup>135</sup> – o que exigiria o imperioso não reconhecimento do aludido princípio.

Ademais, qual seria o objeto derradeiro de um suposto princípio da monogamia? Há três possíveis hipóteses de vedação: i) multiplicidade de vínculos afetivos, calcada no amor romântico que é um valor ainda presente na cultura ocidental; ii) multiplicidade de parceiros sexuais, por força do dever de fidelidade conjugal; iii) multiplicidade de companheiros estáveis.

---

<sup>133</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70082663261. Relator: José Antônio Daltoe Cezar. Porto Alegre, 08 de outubro de 2020. **Diário de justiça**, 27 out. 2020.

<sup>134</sup>SILVA, M., 2012, p. 117.

<sup>135</sup>SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias**: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 117.

Quanto à primeira hipótese, a pergunta a ser respondida é: o escopo da monogamia é a vedação ao estabelecimento de múltiplos vínculos afetivos, correndo o risco de invasão da esfera da emoção dos indivíduos para impor-lhes que se restrinjam a amar uma única pessoa? Sem necessidade de grande esforço argumentativo, é possível descartar essa hipótese, pois é cediço que o Estado não pode (e nem teria meios para) interferir na íntima esfera das emoções dos indivíduos. Portanto, seguramente pode-se afirmar que inexistente vedação a “poliamar”, embora o mesmo não se possa dizer com segurança sobre o exercício concreto do poliamor.

A segunda hipótese guarda relação com a fidelidade conjugal.<sup>136</sup> No entanto, é preciso estar atento ao fato de que “a traição ou infidelidade não significam a quebra do sistema monogâmico, ao contrário, tais situações o afirmam, posto que só pode existir infidelidade onde esta é interdita”.<sup>137</sup>

Há outro aspecto tocante à fidelidade a ser observado: a condição de relacionamento aberto ou fechado e sua relação com o princípio/valor da monogamia. Essa liberdade conferida no arranjo das regras da relação não é determinante para excluir uma união poliafetiva da condição de entidade familiar. Nada impede que um tradicional casamento entre duas pessoas heterossexuais, com ou sem filhos, possa vir em algum momento a se tornar aberto; e nem por isso deixará de ser um casamento, uma entidade familiar. Afinal, por força do princípio da intervenção mínima no Direito das Famílias, o Estado não está autorizado em nenhuma hipótese “impor, coercitivamente, a todos os casais, a estrita observância da fidelidade recíproca. A atuação estatal não pode invadir essa esfera de intimidade, pois em uma relação de afeto, são os protagonistas que devem estabelecer as regras aplicáveis à convivência,” considerando, é claro, que a dignidade de todos esteja sendo preservada e que não haja prejuízo aos interesses jurídicos (legítimos) de terceiros.<sup>138</sup>

E a noção de “abertura” (da relação) diz respeito tão somente à exclusividade. Portanto, um casamento aberto não deixará de ser um casamento tão só por terem os cônjuges liberdade para experiências sexuais extraconjugais. O mesmo vale para uniões poliafetivas, já que contatos casuais com outras pessoas não descaracterizam o forte vínculo familiar com os parceiros fixos que compõem a relação poliamorosa estável. A única diferença que residiria na

<sup>136</sup>Pode-se partir do pressuposto de que “um dos pontos principais dos relacionamentos monogâmicos contemporâneos é a exclusividade sexual vivida pelos parceiros. Por mais que possam haver, em um relacionamento monogâmico, situações de traição, a regra da exclusividade afetiva e sexual torna-se algo fundamental como o que permite selar o compromisso naquela relação.” (COSTA, Tatiane; BELMINO, Marcus César. Poliamor: entre a institucionalização e a transgressão. *Revista tempo da ciência*, v. 24, n. 48, p. 77-86, jul./dez. 2017, p. 80).

<sup>137</sup>SILVA, M., 2012, p. 117.

<sup>138</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 108.

comparação entre os dois exemplos está no fato de que uma pessoa casada que desenvolva uma forte ligação com um terceiro estará vivendo sob a pecha do concubinato; por sua vez, uma pessoa que vive uma união poliafetiva (estável) que passe por idêntica situação com alguém de fora da relação estaria diante do potencial de expandir a relação original, trazendo mais uma pessoa para o seu interior – se houver concordância por parte do(s) seu(s) companheiro(s) fixo(s) e for possível o preenchimento dos demais requisitos para a caracterização de uma entidade familiar.

O que se depreende é que embora a fidelidade seja um valor juridicamente tutelado (expresso como um dos deveres do casamento), isso não permite inferir que a fidelidade seja um padrão valorativo absoluto. Afinal, diante da prática extraconjugal, “qual é a legitimidade que o Estado tem para dizer quando alguém deve ser perdoado ou se alguma conduta deve ser aceita?”<sup>139</sup>

Há portanto, uma inconsistência na relação entre fidelidade e monogamia. A monogamia revela-se, em última análise, fruto de um processo histórico, como já visto no primeiro capítulo. E, como tal, deveria ser reconhecida como valor, mas não como princípio jurídico. Na percepção de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, é preferível, por coerência lógica, “encarar a monogamia como uma *nota característica* do nosso sistema, e não como um *princípio*, porquanto, dada a forte carga normativa desse último conceito, é preferível evitá-lo, mormente em se considerando as peculiaridades culturais de cada sociedade.”<sup>140</sup>

Em suma, o argumento da fidelidade também não pode ser o sustentáculo da monogamia, haja vista que a fidelidade à relação poliafetiva é tão possível quanto a infidelidade na relação monogâmica, que nem por isso restará descaracterizada. Aliás, tanto é assim que a fidelidade pode ser um dever tanto em regimes monogâmicos quanto em poligâmicos.<sup>141</sup>

Por fim, há a terceira hipótese: a monogamia não guarda relação com a multiplicidade de vínculos emocionais ou de parceiros sexuais, mas com o número de companheiros (conjugais) estáveis. Então, a pergunta a ser formulada é: o objeto do princípio da monogamia é a vedação ao estabelecimento de múltiplos vínculos estáveis de relacionamento conjugal?

<sup>139</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 107-108.

<sup>140</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 108.

<sup>141</sup>“A proibição de relações extraconjugais é uma das formas e instrumentos de garantia do sistema monogâmico, e também do poligâmico. No regime monogâmico brasileiro, a infidelidade constitui o tipo penal de adultério; no regime poligâmico infiel é aquele que mantém relações extraconjugais, com outrem além do número de cônjuges previsto no ordenamento jurídico. Como se percebe, a variação é sobre a natureza do pacto sociocultural, poli ou monogâmico, mas, de qualquer forma, nesta ou naquela maneira de organização de família, a premissa da fidelidade está sempre presente como uma condensação moral pela infração àquele pacto social” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005., p. 109).

Segundo Rolf Madaleno, que defende a existência do princípio da monogamia, “o sistema monogâmico não se desconstrói pelo ato de traição ou de infidelidade [...], pois seu rompimento decorre do estabelecimento de uma relação afetiva concomitante ou paralela ao casamento ou à união estável[...]”<sup>142</sup>

Como ensina Rodrigo da Cunha Pereira, a simples infidelidade conjugal não implica a quebra do sistema monogâmico. O rompimento do princípio da monogamia não é consequência advinda da prática de relações extraconjugais, mas, sim, da relação extraconjugal em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente.<sup>143</sup>

Percebemos que essa hipótese pressupõe a possibilidade de sacrificar a vivência do amor genuíno existente para com uma terceira pessoa, o que implicaria um risco de sacrifício à realização da personalidade dos três componentes – ou o risco de tratamento desigual de um deles, já que apenas em relação ao casal originário haveria direitos reconhecidos. Ou, de outra maneira, caberia o exercício de um amor a três – ou mais – relegando um dos parceiros à margem da proteção jurídica conferida à família.

Nesse contexto, importante questionamento acerca da natureza da monogamia em nosso ordenamento jurídico há de ser feito: princípio jurídico ou mero valor? Com vistas a buscar resposta para essa questão, Rafael Santiago propugna que a monogamia figura como um valor,<sup>144</sup> que teve por objetivo promover a unidade da família historicamente. No entanto, alerta que cada ser humano possui sua escala de valores, o que resulta em diferentes formas de apreciar a realidade, conferindo valores maiores ou menores às pessoas e bens.<sup>145</sup>

Tal observação é prudente, visto que ainda que se considere a monogamia mais do que um valor pessoal, figurando como um valor social, há que se recordar que a sociedade já ofereceu entraves ao reconhecimento de direitos em virtude da existência de fortes valores sociais representados em ditames morais: a família matrimonial, os filhos legítimos, a união heterossexual etc. Por isso, há que se ter cautela ao tratar um valor como se norma fosse.

<sup>142</sup>MADALENO, Rolf. **Direito de família** [versão digital]. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 161.

<sup>143</sup>PEREIRA, 2005, p. 108.

<sup>144</sup>Convém aprofundar a noção de valor. Segundo Freire, “são conceitos ou categorias sobre estados desejáveis de existência, que transcendem situações específicas, assumindo diferentes graus de importância, guiando a seleção ou avaliação de comportamentos e eventos, representando cognitivamente as necessidades humanas (Gouveia, 2009). Nesse sentido [...] Gouveia et al. (2009, 2010) identificaram duas funções consensuais dos valores: (1) guiam as ações humanas (tipo de orientação) e (2) expressam suas necessidades (tipo de motivador).” (FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos**. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/6928/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021, p. 68).

<sup>145</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 104-105.

Nesse particular, é valiosa a lição de Habermas acerca da distinção existente entre norma e valor, a começar pelo sentido: na norma, o sentido é deontológico, enquanto no valor é teleológico. Ou seja, as normas obrigam os seus destinatários a um comportamento, enquanto os valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente, tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades. A validade deontológica da norma tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal, segundo a qual a imposição deve ser igualmente boa para todos. Por sua vez, o valor tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, de modo que preferências de ordem superior exprimem aquilo que é bom para a ótica do indivíduo (ou grupo de indivíduos) que toma a decisão valorativa. Destarte, valores distintos concorrem pela primazia, de modo que, ao encontrar o reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura, acabam por formar configurações flexíveis e cheias de tensões.<sup>146</sup> A exemplo disso, o crescimento do número de pessoas que optam por abandonar a monogamia cria tensão na paz que reinava no império da monogamia, em vista de todas as questões que têm sido objeto de enfrentamento nesta pesquisa.

Com base em farta doutrina consagrada, Rafael Santiago sustenta que a monogamia não possui caráter principiológico; e mesmo dentre os doutrinadores por ele listados que esposam a existência de um Princípio da Monogamia há o entendimento de que tal princípio deva ceder diante das demandas da sociedade de tutela jurisdicional do direito das famílias, a exemplo das uniões dúplices, que nem sempre estarão relegadas à margem da proteção normativa.<sup>147</sup>

Nesse particular, Maria Berenice Dias esclarece que “não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas, sim, de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado.”<sup>148</sup>

Entende Rafael Santiago que a monogamia é um vetor axiológico apenas, uma preferência pessoal e não pretensão de obrigatoriedade geral. Por se tratar de identidade relacional aplicável aos relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos, deve ficar adstrita ao juízo pessoal, à autodeterminação afetiva. Assim, entende que a monogamia é uma escolha a ser respeitada, mas não imposta, como se todas as pessoas devessem se adaptar a um determinado padrão de relacionamento determinado pelo Estado. Por isso, classificar a monogamia como um princípio jurídico, reconhecendo o poder do Estado de impor o regime monogâmico a todos que estejam subordinados à sua autoridade, implicaria grave ofensa ao reconhecimento da pluralidade das relações familiares, à família eudemonista, à mínima

<sup>146</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 316-317.

<sup>147</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 109-111.

<sup>148</sup>DIAS, 2015, p. 42.

intervenção do Estado na família, à dignidade da pessoa humana etc. A existência de um Princípio da Monogamia implicaria a sustentação de “um raciocínio preconceituoso, inconstitucional e que não encontra fundamento frente ao atual cenário do Direito das Famílias e à tábua axiológica estabelecida pela Constituição de 1988.”<sup>149</sup>

Marcos Alves da Silva suscita o princípio da igualdade como barreira à monogamia como critério de exclusão de entidades familiares. Não apenas as entidades familiares merecem similar tratamento, pois inexistente hierarquia entre elas, mas também os seus componentes – que, sobremaneira, fazem parte de uma família de fato. Embora possam existir razões de ordem moral, religiosa ou cultural que, com base na monogamia, para a censura das famílias simultâneas, o princípio constitucional da igualdade, com vistas à realização da dignidade da pessoa humana, não autoriza tal discriminação. As famílias foram funcionalizadas à realização de um fim – os seus componentes –, o que resultou no desaparecimento de qualquer hierarquia entre as famílias, gozando todas da mesma proteção. Por isso, o princípio da igualdade repele o critério de exclusão advindo da monogamia, até mesmo porque tal regra não se destina à proteção da dignidade humana, mas “à tutela de uma instituição demarcada pela dominação masculina e que tem como finalidade a proteção, conservação e transmissão do patrimônio para a linhagem do homem” (historicamente).<sup>150</sup>

Segundo Rafael da Silva Santiago, embora o Código Civil traga previsões expressas sobre o dever de fidelidade (art. 1.566, I), vedação à bigamia (art. 1.521, VI) e caracterização do concubinato (art. 1.727), isso não autoriza conclusão no sentido de que a monogamia seja um princípio de direito. A defesa da monogamia como um valor (sob certas circunstâncias) é acertada. No entanto, embora todo princípio se sustente sobre um valor, nem todo valor figura como um princípio. E, por se tratarem de dispositivos restringindo liberdades, devem ser interpretados em seus sentidos mínimos, assim entendidos: “(i) as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato; (ii) as pessoas casadas não podem se casar novamente; e (iii) os cônjuges devem respeitar e observar um dever de fidelidade recíproco. E só, nada mais que isso.”<sup>151</sup>

Prossegue o autor, esposando que a monogamia estabelece aquilo que é melhor para os seus adeptos; mas valorar o que seja melhor nessa seara é exercício íntimo de cada ser humano, especialmente na hipótese em que a prática não atinge diretamente os interesses de outras pessoas. Pode a monogamia ser melhor para uma pessoa, mas não para outra; por isso, ninguém

---

<sup>149</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 112-113.

<sup>150</sup>SILVA, M., 2012, p. 238-239.

<sup>151</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 113-115.

deve interferir nessa escolha, nem mesmo o Estado.<sup>152</sup> Afinal, a considerar que a aceitação da pluralidade também é um valor importante em nosso ordenamento, com vistas à realização da dignidade humana no âmbito das relações familiares, “não se pode admitir que um valor imponha de forma geral a realização de comportamentos monogâmicos, sob pena de desrespeitar os preceitos constitucionais que versam sobre a dignidade da pessoa humana, autodeterminação afetiva, igualdade e liberdade[...]”<sup>153</sup>

Embora essa linha de raciocínio possa ser profícua, a necessária cautela há de estar presente no uso do argumento, visto que o uso exacerbado poderia autorizar também outras práticas que agridem valores morais eleitos pela nossa sociedade, a exemplo da pedofilia e incesto. Por isso, é imperiosa a identificação do fator determinante para a elevação do valor moral à condição de norma.

No tocante à prática da pedofilia, a vedação legal (art. 241 a 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente; art. 217-A e 218 do Código Penal) guarda relação com o interesse do incapaz, cujos traumas pela exposição precoce à sexualidade podem ser perenes e acarretar o surgimento de psicopatologias graves.<sup>154</sup> Portanto, a vedação à prática decorre em última análise da proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente. Distintamente do que se verifica na opção por um regime conjugal não monogâmico, na pedofilia não se está a tratar de simples exercício da autodeterminação entre pessoas maiores e capazes.

No que toca ao incesto, há também um fundamento para o tabu:<sup>155</sup> a geração de filhos entre pessoas com grau de parentesco consanguíneo próximo eleva o risco de manifestação de

---

<sup>152</sup>Segundo Viegas, “conquanto tenha havido intervenções importantes ao longo do tempo, perfilha-se a tese de que a organização familiar não necessita de intervenção estatal, mas tão somente de tutela. Ao se assegurar autonomia aos indivíduos, concedendo-lhes livre escolha do seu melhor núcleo familiar, afasta-se, automaticamente, a presença do Estado desse ambiente estritamente privado.” (VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/28461/FAM%20POLIAFETIVAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 abr. 2021, p. 97).

<sup>153</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 120-121.

<sup>154</sup>FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérnago. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. **Fractal**: Revista de Psicologia, v. 27, n. 2, p. 139-144, ago. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1984-02922015000200139&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922015000200139&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>155</sup>Namur levanta pertinente questionamento acerca do exercício da autonomia privada existencial para a constituição de famílias quando há relação de parentesco, hoje um impeditivo para a constituição de família quando os envolvidos são parentes próximos (linha reta, incluindo parentesco por afinidade, e linha colateral até terceiro grau). Quando se defende a inexistência de um rol fechado, *numerus clausus*, de arranjos familiares, como concretização da dignidade humana e da liberdade, é necessário desprender-se de barreiras morais nessa esfera. Isso implica dizer que até mesmo entre parentes próximos seria possível estabelecer-se uma entidade familiar. Se haverá ou não exercício de sexualidade entre os envolvidos, trata-se de matéria adstrita às suas intimidades, não cabendo ao Estado a intromissão. Caberia ao direito, nesta hipótese, apenas reconhecer a intenção das pessoas de formar uma família, parentes próximas ou não. A família passa a ser

anomalias hereditárias na prole.<sup>156</sup> Por isso, o incesto pode ser em certo grau praticado quando inexistente ou reduzido tal risco, a exemplo do casamento entre primos ou mesmo entre parentes colaterais até o terceiro grau quando feito o exame médico pré-nupcial<sup>157</sup> que aponte inexistir risco para a prole eventual, nos termos do decreto-lei n° 3.200/41. Portanto, a vedação ao incesto possui razão de existir para além do simples valor moral, visto que a sua não observância pode impactar severamente sobre o interesse de terceiro – os filhos.

E seguramente há outras vedações legais escoradas em argumento de cunho moral que podem vir reclamar semelhante raciocínio ao desenvolvido à defesa da não imperatividade da monogamia para toda e qualquer relação conjugal. Cada qual deverá passar pelo enfrentamento das suas particulares razões de existir para além do valor moral, tarefa essa encampada pela presente pesquisa no tocante à monogamia.

Por isso, a considerar o desaparecimento da justificativa histórica da monogamia – o propósito principal de garantir que o direito sucessório pudesse se operar em favor dos legítimos herdeiros –, o que hodiernamente resta em defesa da monogamia é tão somente um valor moral. Com o advento e aprimoramento da perícia genética, a vedação de relações sexuais extraconjugais não guarda mais relação com a necessidade de certeza da paternidade biológica. Aliás, sequer é a monogamia que impede a extraconjugalidade, mas o dever de fidelidade. Prova disso é podemos encontrar penas cruéis para a infidelidade em regimes poligâmicos<sup>158</sup> ou nenhuma repercussão jurídica para a infidelidade em regimes monogâmicos – como o brasileiro, na atualidade.

---

definida pelo projeto comum de convivência e “eventuais preocupações com a filiação biológica e com modelos familiares específicos decorrentes de certas ideologias, religiões, correntes antropológicas deixam de serem jurídicas.” (NAMUR, 2014, p. 165-166).

<sup>156</sup>Carvalho ressalta que “a teoria moderna já não sustenta que a consanguinidade próxima acarreta a transmissão de defeitos físicos e mentais aos filhos, mas admite que quanto mais próximo o parentesco, maior a probabilidade de surgirem certas anomalias hereditárias, chamadas recessivas, como de nascer um filho surdo-mudo. A probabilidade de nascer algum filho com defeito hereditário recessivo também existe, em risco menor, quando o casal for de primos; entretanto, estes podem casar livremente” (CARVALHO, 2017, p. 175).

<sup>157</sup>BRASIL. **Decreto-Lei N° 3.200**, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3200.htm). Acesso em: 10 maio 2021.

<sup>158</sup> Trata-se também de um exemplo da enorme desigualdade de tratamento jurídico nas sociedades poligâmicas, podemos invocar tema afeito a este estudo: o tratamento conferido à infidelidade conjugal. Segundo a Sharia (lei islâmica) uma mulher adúltera recebe uma cruel pena de morte: o apedrejamento, após ter sido enterrada até o pescoço ou até as axilas. A sentença, fundada na interpretação do Alcorão, é decretada por tribunais religiosos e um magistrado supervisiona a execução, que é promovida por moradores da cidade, ex-vizinhos e, especialmente, familiares do ofendido. Enquanto a execução ocorre são entoados versos religiosos. Dentre as regras para a execução está uma relativa ao tamanho das pedras: não pode ser grande demais para não matarem rapidamente a vítima, nem pequenas a ponto de prolongarem excessivamente o suplício. Em 2005 o Afeganistão testemunhou a primeira execução por adultério desde a queda do regime do Talibã (2001). A vítima, de 29 anos, fora condenada à morte pelos tribunais locais e levada à força pelo seu marido e autoridades locais da casa de seus pais cerca de 48 horas depois, no distrito de Urgu (província de Badakhan). O homem acusado de praticar o adultério com ela, no entanto, sofreu 100 chibatadas e foi posto em liberdade (LINS; BRAGA, 2007, p. 106-107).

Como destaca Carlos Eduardo Pianovski, a monogamia não é princípio de direito, mas uma regra aplicável tão somente às famílias formadas a partir do matrimônio, pois a adoção da monogamia como princípio oponível a todas as relações familiares entraria em claro conflito com a liberdade que deve prevalecer na seara do direito das famílias, ramo tão importante para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.<sup>159</sup>

Por isso, aderindo à posição esposada por Rafael Santiago, conclui-se que a monogamia não representa um princípio de direito,<sup>160</sup> mas mero valor presente em nossa sociedade, sujeito ao crescimento ou descarte, a depender dos rumos que a cultura vigente siga. Isso vem também ao encontro da proteção às múltiplas formas de família, proposta tão cara ao Direito das Famílias contemporâneo.

Até mesmo porque o “princípio” da monogamia é um dos que ancoram o modelo patriarcal, base para a dominação masculina. Por isso, não há espaço para um princípio jurídico que sempre foi aplicável efetivamente como objeção à poliandria, sustentando o moralismo hipócrita em relação à poliginia.<sup>161</sup>

Mas se um valor adotado por determinada sociedade for resultante do modo de pensar dos indivíduos que a compõem, significa dizer que poderá deixar de ser um valor tão logo o número de adeptos se reduza. A todo momento surgem práticas sociais novas, o que pode ser causa e/ou consequência da adesão dos cidadãos a elas. E isso ocorre nas mais diversas áreas do interesse humano. A todo momento a sociedade abre-se a novas práticas e abandona antigas. Assim foi com cigarros, sedes campestres de clubes sociais e até mesmo a ideia de um quase obrigatório casamento seguido de filhos. Há aí uma correlação de mútua influência entre valores sociais e valores pessoais.

Segundo Viegas, “a monogamia não se sustenta como princípio jurídico, sobretudo, por não ser considerada um ‘dever ser’ imposto pelo Estado a todas as relações familiares. No primado da dignidade da pessoa humana, não é possível compelir um indivíduo a formar uma família essencialmente monogâmica, quando esta não for a sua essência de vida.”<sup>162</sup>

Destarte, não sendo a monogamia um princípio, não há atualmente em vigência em nosso ordenamento uma norma que a imponha a todas as relações conjugais – ressalvados os casos pontuais de vedação à bigamia, oponíveis ao casamento. E o princípio da legalidade, que

---

<sup>159</sup>PIANOVSKI, 2006, p. 197-198.

<sup>160</sup>Silva argumenta também neste sentido, segundo o qual, “a monogamia é refutada como princípio jurídico porque se revela intromissão indevida do Estado em um âmbito que a autonomia privada deve ter sua máxima expressão, e isso, em prestígio ao próprio princípio da dignidade humana, que se tornaria inócuo se não houver pleno exercício de liberdade na esfera existencial” (SILVA, M., 2012, p. 252).

<sup>161</sup>SILVA, M., 2012, p. 134.

<sup>162</sup>VIEGAS, 2017, p. 167-168.

será oportunamente enfrentado nesta pesquisa, protege o exercício da liberdade sempre que inexistir norma que vede a prática.

Nesse particular, é de grande contribuição a conclusão a que chega Marcos Alves da Silva acerca da inexistência de papel estruturante do princípio da monogamia como norma estatal, diversamente do seu papel num passado não tão distante. O autor conclui sua tese estabelecendo como premissa que “se a monogamia subsiste como norma, verifica-se significativa tendência de que esta resulte tão somente do exercício da liberdade daqueles que entre si estabelecem relação coexistencial, e não mais da imposição de uma regulação estatal da conjugalidade.”<sup>163</sup>

E se inexistente a imperatividade de observância da monogamia, estar-se-ia autorizado a concluir tratar-se de princípio jurídico? Ao que parece, a facultatividade de aplicação descaracteriza o princípio, remetendo os envolvidos ao exercício da autonomia privada no âmbito existencial, algo sobre o que se tratará com mais vagar oportunamente.

Em suma, a conclusão a que se chega a este respeito é que inexistente um princípio da monogamia apto a inviabilizar o reconhecimento da união poliafetiva, haja vista que hoje a imposição da monogamia só existe expressamente em relação ao casamento.<sup>164</sup>

De toda sorte, ainda que hipoteticamente pudesse ser a monogamia tratada como princípio jurídico, há um óbice intransponível à invocação da aludida norma como barreira bastante ao exercício da família poliafetiva. Como visto, o que o princípio da monogamia interdita é a prática de relações concomitantes. Assim sendo, veda a multiplicidade de casamentos – e, por extensão, de uniões estáveis. Todavia, a união poliafetiva não é caracterizada por multiplicidade de relações; ao contrário, trata-se de uma única união envolvendo três ou mais pessoas, constituindo um único núcleo familiar – o que não se

---

<sup>163</sup>SILVA, M., 2012, p. 278.

<sup>164</sup>Há que se esclarecer que a imposição da monogamia à união estável é fruto de hermenêutica questionável, uma vez que não há vedação expressa nesse sentido. O que há é a interpretação análoga dos deveres do casamento, o que traz consigo dúvidas quanto à aplicação correta da técnica hermenêutica. Isso porque, como tratado algures, a boa técnica hermenêutica veda a interpretação extensiva em matéria de redução de liberdades individuais. Assim, inserir na união estável um dever não previsto expressamente – até mesmo porque o legislador optou por substituir a expressão “fidelidade”, presente nos deveres do casamento, pela expressão “lealdade” – caracteriza óbvia redução da liberdade dos conviventes, que de outra forma poderiam valer-se da autodeterminação para estabelecer a forma de convívio que melhor lhes aprouvesse. Soma-se a isso a inexistência de vedação expressa ao reconhecimento de uma união estável quando existente outra, já que o que a lei proíbe é o reconhecimento de união estável quando presente impedimento para o casamento – e a existência de prévia união estável não é um impedimento para o casamento. Dito de outra forma, a melhor técnica hermenêutica deveria conduzir à conclusão de que a monogamia não é oponível à união estável. Este breve registro foi necessário para evitar conclusão errônea, mas essa questão será abordada novamente, com mais profundidade.

confunde com a hipótese de dupla união.<sup>165</sup> Assim sendo, a menos que se dê ao princípio da monogamia uma interpretação ampliativa, em flagrante má técnica hermenêutica em matéria de restrição de liberdades, não há como invocá-lo como fundamento à vedação do exercício da poliafetividade estável presente numa entidade familiar. É importante recordar que “as normas atribuidoras de liberdade comportam interpretação extensiva ou expandida e, por outro lado, as normas limitadoras da liberdade somente admitem interpretação restritiva.”<sup>166</sup>

E se a invocação da monogamia como fundamento para a vedação da poliafetividade é o temor de que as rédeas da moralidade sejam perdidas, a despeito de se tratar de argumento de fundo moral, pertinente esclarecimento há de ser feito acerca das relações poliafetivas no que toca à possível – e inadequada – associação entre a prática poliamorosa e a promiscuidade.<sup>167</sup> Por isso, imperiosa é a distinção entre os *líquidos* e os poliafetivos. O poliamor estável busca uma conexão duradoura entre os seus membros, não sendo a relação vista como descartável.<sup>168</sup> Em última análise, se o princípio da monogamia tem como fim derradeiro a proteção da estabilidade do núcleo familiar, a união poliafetiva pode perfeitamente se encaixar nesse escopo.<sup>169</sup>

Destarte, no que toca à invocação do princípio da monogamia como fundamento para negar o *status* de entidade familiar à união poliafetiva, algumas constatações podem ser extraídas no sentido de neutralizar o argumento: i) não se trata de princípio de direito, mas mero valor social, competindo aos membros da entidade familiar a sua adoção ou não, no âmbito do exercício da autodeterminação; ii) ainda que hipoteticamente o princípio da monogamia seja uma norma em nosso ordenamento, admite flexibilização diante das peculiaridades da

<sup>165</sup>RAMALHO NETO, Deodato José. A possibilidade do poliamorismo enquanto direito personalíssimo e a ausência de regulamentação no direito brasileiro. **Revista brasileira de direito civil em perspectiva**, v. 1, n. 2, p. 90-105, jul./dez. 2015, p.100.

<sup>166</sup>SILVA, 2012, p. 102-103.

<sup>167</sup>Essa distinção é importante, pois a aceitação social guarda íntima relação com o nível de ameaça de determinada prática para os valores em voga. A considerar que os poliafetivos buscam uma forma de construir novas relações estáveis sem que precisem sacrificar as já existentes, costumam ser “mais fiéis, lineares e não promíscuos que a maioria dos líquidos” – em referência aqueles que optaram pela prática do *amor líquido* descrita por Bauman –, que “trocam de parceiro como trocam de roupa, mas se justificam por assim serem, ao estarem na busca de um amor maior, só que nunca encontrável, uma vez que suas insatisfações crônicas não podem ser superadas” (MARTINEZ, 2018, p. 20-21).

<sup>168</sup>Os líquidos são, via de regra, mais promíscuos que os poliamoristas, pois aqueles vivenciam com frequência prematuros rompimentos e o recomeço constante de novos ciclos com diferentes pessoas, na busca do amor idealizado que nunca ocorre. Ao fim, sob o manto de uma aparente monogamia, os líquidos acabam por dar vazão à sua demanda poliafetiva de modo camuflado, sem, no entanto, terem a oportunidade da vivência profunda e rica que apenas uma relação duradoura pode trazer (MARTINEZ, 2018, p. 44-45).

<sup>169</sup>Por outro lado, quando se está diante de uma relação poliafetiva fechada, ou também chamada de relacionamento poliamoroso estável, a promiscuidade não tem espaço, pois o acordo existente é em termos práticos uma adaptação do dogma da monogamia, o que implica o estabelecimento de limites de fidelidade e lealdade. Ou seja, o que muda é o alcance do limite da fidelidade no poliamor estável ao admitir um terceiro parceiro na relação, que compartilhará das mesmas regras do relacionamento (MARTINEZ, 2018, p. 88).

casuística; iii) ainda que se pudesse conferir aplicação inflexível ao princípio da monogamia, sua existência está intimamente atrelada à formação familiar baseada no casamento, restringindo-se a esta modalidade de união, não havendo previsão legal para sua aplicação para toda e qualquer nova forma de entidade familiar; iv) a monogamia veda a multiplicidade de relações,<sup>170</sup> característica essa ausente nas uniões poliafetivas, de modo que um hipotético princípio da monogamia não teria o condão de impedir a caracterização de uma união poliafetiva caracterizada por um único núcleo familiar, haja vista que essencialmente o seu fim seria atingido: um único núcleo familiar.<sup>171</sup>

Portanto, a despeito da falta de posição pacífica da doutrina acerca da existência de um princípio da monogamia, a conclusão a que se chega é que tal fundamento não possui a força necessária para barrar a caracterização e tutela jurídica de uma família formada pela união poliafetiva.

De toda sorte, o argumento constante do voto do relator no julgamento do pedido de providências pelo CNJ foi o fato de a monogamia ser um elemento estrutural do ordenamento jurídico, o que suscita a compreensão do desenvolvimento dos modelos de conjugalidades monogâmicos e não monogâmicos, premissa para a continuidade do desenvolvimento do estudo.

## 2.2.2 Modelos de Conjugalidades Monogâmicas

Não se pode negar que a monogamia seja um dos pilares da cultura ocidental,<sup>172</sup> chegando Pontes de Miranda a defender que se tratava do estado mais adequado, senão o único compatível com a solidariedade social e demais condições imprescindíveis ao progresso humano.<sup>173</sup> No entanto, a posição do autor não é livre de críticas, seja pela disfarçada

<sup>170</sup>Perceba-se que até mesmo na poligamia o que há é a multiplicidade de vínculos entre um homem e diversas mulheres. O casamento não ocorre entre as mulheres, que são submetidas à convivência entre si por força do direito e cultura a que estão sujeitas.

<sup>171</sup>Convém recordar que a monogamia Ocidental é, após longo processo histórico, herança do Império Romano. Entre os romanos, como já mencionado alhures nesta pesquisa, o *pater familias* tinha sob a sua *manus* a *família*, cujo conceito era muito mais abrangente que o atual: esposa, filhos e bens, dentre os quais, os escravos – e, dentre estes, possíveis concubinas. Quer isso dizer que outrora a monogamia não impedia a composição de uma relação conjugal complexa em número de pessoas; proibia a bigamia, ou seja, mais de um casamento. Por isso, enquanto a fidelidade figurava como o limite à liberdade feminina, como garantia da legitimidade da prole, para o homem o limite era a monogamia: só poderia ter um casamento, um núcleo familiar, embora pudesse ter as concubinas que desejasse – desde que não implicasse a existência de mais de um núcleo familiar.

<sup>172</sup>GRAMSTRUP, Erik Frederico; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A Socioafetividade e a multiparentalidade. **Revista nacional de direito de família e sucessões**. v. 11, mar./abr. 2016, p. 117.

<sup>173</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001, 66.

necessidade de controle sobre a (sexualidade da) mulher subjacente à ideia de moralidade e bons costumes, seja pelo próprio avanço da caminhada do direito, do que se extrai que a monogamia presta-se a justificar “um modelo de família exclusivamente baseado no casamento e funcionalizada à realização de interesses institucionais.”<sup>174</sup>

Em que pese não se questione o legado do saudoso mestre, é imperioso que não nos olvidemos que o direito não é estanque e os valores estão sujeitos à mudança com o transcurso do tempo. Se já podemos prever que “a família do futuro deve ser mais uma vez reinventada”<sup>175</sup>, podemos logicamente concluir que o Direito precisará evoluir para atender às novas demandas, ainda que para isso precise de uma reforma profunda em sua estrutura.

Embora a noção de família culturalmente remeta à ideia do casal heterossexual e seus filhos, é preciso reconhecer que a sociedade evoluiu e muitas famílias hoje se distanciam do perfil ortodoxo, o que conduz à inarredável conclusão de que a flexibilização da identificação da família se impõe, de sorte a abranger todas as conformações possíveis. Tratamento diverso, que implique a exclusão das entidades familiares compostas “a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente chancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.”<sup>176</sup>

A doutrina familista apoia-se na teoria de que no primeiro estágio da organização da humanidade como sociedade a promiscuidade entre pessoas pertencentes à mesma tribo era corriqueira, o que exigia que a entidade familiar fosse matriarcal, em decorrência da incerteza sobre a paternidade da prole.<sup>177</sup> Como bem destacado por Friedrich Engels, a família monogâmica surge apenas no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, baseando-se “no domínio do homem com a finalidade expressa de procriar filhos cuja paternidade fosse indiscutível e essa paternidade é exigida porque os filhos deverão tomar posse dos bens paternos, na qualidade de herdeiros diretos”.<sup>178</sup>

A família pré-monogâmica antes mencionada surgiu em dado momento entre as fases média e superior da barbárie, já estando estabelecida quando do surgimento da era que se intitula civilização. Tal modelo familiar era calcado no domínio pelo homem e na necessidade de uma paternidade indiscutível, visto que os filhos seriam seus herdeiros diretos. Por sua vez, a família monogâmica tem como diferencial a solidez dos laços conjugais, indissolúveis –

<sup>174</sup>SILVA, M., 2012, p. 113.

<sup>175</sup>ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 199.

<sup>176</sup>DIAS, 2015, p. 49.

<sup>177</sup>BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de familia**, 5.ed. Buenos Aires: Editora Astrea, 2000, p. 2.

<sup>178</sup>ENGELS, 2017, p. 85.

malgrado ainda pudesse o homem romper o vínculo ao repudiar sua mulher. Embora trate-se de família monogâmica – restringindo o casamento a duas pessoas –, o costume permitia ao homem a infidelidade conjugal, desde que não trouxesse concubina ao lar conjugal. Qualquer tentativa por parte da mulher de exercer semelhante direito é punida com rigor jamais visto.<sup>179</sup>

A história indica que a monogamia teve papel de grande importância em civilizações antigas, a exemplo da Mesopotâmia – embora admitisse a extraconjugalidade, por meio da contratação de “especialistas sexuais”<sup>180</sup> –, na qual o homem era senhor absoluto de sua esposa, animais e bens.<sup>181</sup>

Note-se que mesmo entre os egípcios, cuja origem da civilização data da pré-história (aproximadamente 5.000 a.C), a família básica era monogâmica, regra esta que incluía o faraó – embora a concubinação fosse uma instituição socialmente respeitada. A mulher gozava de posição de grande consideração, pois além de ser traçada a descendência pela linha feminina era permitida a sucessão de mulheres no trono.<sup>182</sup> No Egito helenístico, documentos que datam de IV ou III a.C. apresentam dados sobre a dinâmica do casamento. A mulher devia obediência ao marido, proibição de sair (de noite ou de dia) sem sua permissão, exclusão de relações sexuais com outros homens, obrigação de não arruinar a casa e de não desonrar o marido. Esse, por sua vez, estava obrigado à manutenção de sua esposa, bem como a não trazer concubinas para dentro do lar, não maltratar a esposa, não ter filhos bastardos. Mais tarde, surgem novas obrigações para o marido: torna-se mais precisa a obrigação de sustento da esposa e passa a ser

---

<sup>179</sup>ENGELS, 2017, p. 85.

<sup>180</sup>“Uma tal situação explique que, ao lado do amor “sujeito” às necessidades sociais, tivesse havido lugar para o que chamei de amor “livre”, praticado por cada um para seu próprio prazer. Para que não fosse prejudicial a ninguém, era exercido por “especialistas” numa função que nós chamaríamos de prostituição. Em função dos gostos e das maneiras de ver do tempo e do país, segundo as quais o amor não era necessariamente heterossexual, esses empregados do amor “livre” eram profissionais de ambos os sexos. Mas, diferentemente do que ocorre em nossos países, existem fortes possibilidades de que seu ofício fosse fortemente colorido de religiosidade. Não somente eles participavam nesta qualidade de cerimônia litúrgica, particularmente em alguns santuários, mas também lhes era atribuída como patrona e modelo a deusa chamada Inanna em sumério, Ishtar em acadiano, a mais notória do panteão, onde tinha o título de “Hieródula”: prostituta sobrenatural. Com o que foi dito acima, já se pode ter uma idéia das licenciosidades que um tal papel lhes autorizava...” (BOTTÉRO, Jean. Tudo começou na Babilônia. In: AMOR e sexualidade no Ocidente. Trad. Ana Maria Capovilla, Horácio Goulart e Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1992, p. 19).

<sup>181</sup>Na antiga Mesopotâmia as impulsões e capacidades amorosas foram tradicionalmente moldadas pela pressão da coletividade de modo a reforçar a célula do corpo social – a família – e prover sua continuidade. Por conta disso, o casamento era o destino comum de todo homem e toda mulher, condenando-se duramente à marginalidade aqueles que optavam por uma vida solitária e não viesse a ter filhos. Tal casamento, via de regra monogâmico, era arranjado entre os pais dos cônjuges ainda na infância destes – até mesmo antes de seus nascimentos – e ocorria muito cedo – mas aguardava-se a esposa atingir a idade núbil. A partir de então a esposa deixava sua família e era introduzida à casa paterna do seu marido. Malgrado fosse moralmente obrigado a casar, o homem não esgotava aí as possibilidades amorosas, haja vista que poderia ter, conquanto tivesse meios para tanto, mais esposas e também concubinas – isso sem falar na contratação de “especialistas” sexuais. O homem era senhor absoluto de sua mulher – assim como de seus animais e bens. (BOTTÉRO, 1992, p. 16-18).

<sup>182</sup>BECKER, Idel. **Pequena história da civilização ocidental**. 11. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1980, p. 31.

proibido que possua uma amante e de possuir outra casa (em que poderia manter uma concubina). A mulher passa a ser tão exclusiva quanto o homem. Os contratos de casamento entabulados nesses moldes impõem a homens e mulheres um sistema de deveres compartilhados, malgrado não iguais. O compartilhamento serve não à honra e respeito das famílias, mas como forma de preservação do próprio casal, com vistas à sua estabilidade e regulação interna.<sup>183</sup>

Mas é entre os gregos, no tempo dos heróis, que a família monogâmica se configura com a máxima severidade, em que a mulher se encontra humilhada pelo domínio do homem e pela concorrência das escravas<sup>184</sup> – diversamente da mitologia grega, segundo a qual em tempo anterior as mulheres ocupavam posições livres e prestigiadas. Segundo a lei grega vigente no período, os filhos nascidos das escravas seriam homens livres, com direito a parte da herança e ao nome do pai. À legítima esposa impunha-se o dever não só de castidade e fidelidade conjugal rigorosa, mas também de tolerar as práticas extraconjugais do homem. Para este, a sua legítima esposa nada mais é do que a mãe dos seus filhos legítimos, que administra a casa e comanda as escravas – que podem ser livremente transformadas por ele em concubinas.<sup>185</sup> Em suma, a monogamia só era imposta à mulher.<sup>186</sup> O casamento era o alicerce da sociedade. Era por meio dele que se constituía a família, a qual era, por sua vez, o núcleo principal e a base da preservação da raça. Os poemas homéricos enaltecem a importância do casamento, os quais são ilustrados frequentemente com modelos de casais a serem seguidos: Zeus e Hera, Heitor e Andrômaca, Odisseu e Penélope. Enquanto isso, heróis solteiros – Aquiles, Telêmaco, Nausícaa – manifestam desejo grande no casamento.<sup>187</sup>

A monogamia – e a indissolubilidade do casamento – só viria mesmo a se tornar prática geral por volta do século IX e X, inicialmente entre o povo, posteriormente entre a nobreza – primeiro entre os galo-romanos, posteriormente entre os francos. Relatos históricos dão conta

<sup>183</sup>FOCAULT, Michel. **História da sexualidade**: o cuidado de si. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 83.

<sup>184</sup>“Leia-se na Odisseia, com o Telêmaco interrompe sua mãe e a manda calar-se. Em Homero, os vencedores aplacam seus apetites sexuais nas jovens capturadas. Os comandantes, seguindo a ordem hierárquica, escolhem para si as mais lindas. E é sabido que toda a Ilíada gira em torno de uma disputa entre Aquiles e Agamenon por causa de uma escrava.” (ENGELS, 2017, p. 86)

<sup>185</sup>“O principal objetivo do concubinato era a procriação, o que não só era permitido como incentivado pelo Estado, caso a esposa legítima fosse estéril ou gerasse apenas meninas. Em Atenas, durante a Guerra do Peloponeso, todo cidadão ateniense casado foi encorajado (se não obrigado) a ter uma concubina, mesmo que fosse estrangeira, para aumentar o número de nascimentos legais e compensar as grandes perdas na guerra (Suidas). O próprio Sócrates tinha, além de sua esposa legítima, Xantipa, uma outra, cujo nome era Mirto [...]” (VRISSIMTZIS, Nikos A. **Amor, sexo e casamento na Grécia Antiga**. Tradução por Luiz Alberto Machado Cabral. São Paulo: Odysseus, 2002, p. 63)

<sup>186</sup>ENGELS, 2017, p. 86.

<sup>187</sup>VRISSIMTZIS, 2002, p. 40.

de práticas relativamente frequentes da concubinação ostensiva em períodos anteriores. É claro que quando se fala em abandono da poligamia e adoção da poligamia isso não quer dizer que o homem não gozasse de certa tolerância social para determinadas práticas. Mesmo com a mudança de costumes, é certo que “o concubinato com as criadas, fenômeno inerente a toda sociedade rural, continua, porém o divórcio e a poligamia desapareceram”.<sup>188</sup>

O fato é que o Ocidente herdou a tradição monogâmica, restando consolidado no inconsciente coletivo o modelo, embora não necessariamente atenda às necessidades de todos. Mas há sem dúvidas aspectos nevrálgicos que envolvem o embate de questões relevantes atinentes à monogamia e aos modelos não monogâmicos.

Inexiste qualquer dúvida acerca da importância da família em todas as sociedades, daí a razão pela qual em todas elas o casamento está presente, embora possa sofrer variações em maior ou menor grau de acordo com a cultura. O casamento é um ato em que publicamente os nubentes firmam uma aliança com o propósito de formação familiar. A partir de então estabelece-se uma relação familiar, passando o cônjuge a figurar como espécie de parente fictício, pois embora não possua relação genética reivindica emoções cujo intercâmbio regular se dá apenas com os parentes. Ademais, o casamento transforma parentes afins em aliados naturais, sendo a razão pela qual servem como instrumento para formação de alianças entre clãs e não apenas entre os cônjuges. Estando os genes dos cônjuges interligados – na figura dos filhos – também estão os dos seus parentes, estabelecendo-se o interesse comum na preservação de suas heranças genéticas.<sup>189</sup>

E considerando que a formação da família ao longo da história teve como propósito a continuidade da linhagem, os filhos possuem papel de grande relevância, impactando sobre a dinâmica familiar. O comportamento humano, embora culturalmente condicionado, só pode ser compreendido em sua origem pela identificação das pulsões que motivam o agir desde tempos primevos, quando ainda inexistente qualquer organização social que se pudesse chamar de civilização – à semelhança dos nossos parentes distantes: os primatas em geral. Dentre as muitas propensões naturais do ser humano, sem dúvida o desejo sexual figura como a mais social, indiscutivelmente, pois impele o indivíduo à busca do contato com outro ser humano, esforçando-se para transformá-lo em união.<sup>190</sup>

O estudo dos primatas indica que, assim como a maioria dos mamíferos, a única contribuição feita pelos machos em favor da prole é o seu gene. A falta de dedicação paternal

---

<sup>188</sup>ROUCHE, 1989, p. 461.

<sup>189</sup>PINKER, 1998, p. 458-459.

<sup>190</sup>BAUMAN, 2004, p. 55.

dos mamíferos não é inexplicável. Em virtude da anatomia feminina, o óvulo permanece embutido no interior do corpo da mãe, onde algum outro macho poderá fertilizá-lo. Isso gera no macho a incerteza sobre sua paternidade, estando assim presente o risco de que todo investimento que venha a realizar se dê sobre os genes de outro macho. Soma-se a isso o fato de o embrião desenvolver-se no corpo da fêmea, inacessível a qualquer auxílio direto do pai. Não se ignora o fato de que o estilo de vida de uma espécie pode influenciar a dedicação paterna, a depender do custo-benefício: vulnerabilidade da prole sem o pai, facilidade de nutrição dos filhos, facilidade de defender os filhos etc.<sup>191</sup>

À medida que os machos se tornam pais mais devotados, as regras do acasalamento mudam, pois a fêmea passará a levar em consideração a capacidade e disposição do macho de investir na prole como critério de escolha. A competição por parceiros é clara: machos competem por fêmeas dispostas a copular enquanto fêmeas competem por machos abastados e dispostos a investir na prole. Se um macho possuir muito mais a investir do que outros – como por exemplo se dominar um território melhor –, pode haver vantagem para as fêmeas compartilhá-lo,<sup>192</sup> pois a alternativa seria cada uma ter o seu próprio parceiro cujos recursos disponíveis sejam menores do que aqueles a que teria acesso se dividisse um macho com mais recursos com outras fêmeas. Por isso, “quando as contribuições dos machos são mais equitativas, a atenção indivisa de um deles torna-se valiosa, e a espécie decide pela monogamia.”<sup>193</sup>

Ademais, um elemento adicional nesse contexto são as crianças. O fato de serem completamente dependentes dos adultos durante um período expressivo de sua vida – especialmente em tempos primevos, considerando a baixa expectativa de vida humana –, o investimento paterno era determinante, já que o homem detinha as aptidões necessárias para obtenção de alimentos e outros recursos. Os homens passaram a exceder o investimento mínimo que sua autonomia lhe permitiria, atendendo às necessidades de alimentação, proteção e educação dos filhos. Por isso, a traição conjugal era uma preocupação para os homens, tanto quanto as mulheres se preocupariam com a disposição e capacidade de investimento nos filhos

---

<sup>191</sup>PINKER, 1998, p. 489.

<sup>192</sup>A esse respeito, Helen Fischer faz importante registro acerca de fenômeno ocorrido entre os índios blackfoot, situados nas planícies ao norte dos EUA no fim do século XIX: “Naquela época, a guerra era contínua e as baixas em grande número; por isso, os homens eram escassos. As mulheres precisavam de maridos e, por sua vez, os maridos precisavam de mais esposas. Os cavalos e as armas que haviam adquirido dos europeus permitiam que esses índios matassem mais búfalos do que quando caçavam a pé, utilizando arcos e flechas. Os caçadores bem sucedidos precisavam de mão-de-obra adicional para curtir as peles – a base de seu poder comercial. Isso equilibrou a balança; as mulheres solteiras preferiam ser a segunda esposa de um homem rico, em vez de a única esposa de um homem pobre ou uma mulher sem marido” (FISCHER, 1995, p. 73).

<sup>193</sup>PINKER, 1998, p. 489-490.

por parte do homem. Uma vez que homens e mulheres vivem em grandes grupos – à semelhança dos chimpanzés – e que os machos investem na prole – à semelhança das aves –, o casamento surgiu como solução para atender às principais preocupações de ambos os lados: limitar as demandas de terceiros ao acesso sexual e assegurar o investimento paterno.<sup>194</sup>

Isso provoca inexorável reflexão acerca da monogamia como valor estruturante da sociedade ocidental. Como demonstrado no resgate histórico introdutório, a monogamia surgiu pela necessidade de certeza acerca da filiação, visto inexistir até a segunda metade do século passado tecnologia suficiente para posterior verificação. Evidentemente tal necessidade já não subsiste na atualidade, uma vez que o avanço no campo da genética permite indicação segura da paternidade – muito mais segura do que a paternidade presumida que decorre da obrigatória fidelidade estabelecida pela monogamia. Assim sendo, é implacável o questionamento sobre a necessidade de imposição da monogamia nas relações atuais, já que o propósito pelo qual a monogamia foi instituída já se encontra superado.

Acerca da comparação entre sistemas monogâmicos e poligâmicos, é de grande contribuição o artigo publicado por Jonathan A. Porter, cuja conclusão que pode ser antecipada vem no sentido de que a monogamia – quando contraposta à poligamia – vai muito além de uma noção instintiva de um modelo a ser seguido. O autor apura que a monogamia contribui para o equilíbrio da oportunidade de casamentos, reduzindo dessa forma os comportamentos de risco – e atividades criminosas daí resultantes – por parte dos homens no processo competitivo por companheiras. A monogamia também contribui para o desenvolvimento mais saudável das crianças do lar e incentiva o uso otimizado de recursos, resultando em maior prosperidade e progresso da sociedade, segundo a percepção do autor.<sup>195</sup>

Outro argumento adotado em desfavor da poligamia guarda relação com o impacto sobre os índices de criminalidade. Segundo estudo feito e publicado no artigo *The puzzle of monogamous marriage*,<sup>196</sup> sociedades em que a poliginia é praticada sofrem com um nível mais

---

<sup>194</sup>PINKER, 1998, p. 491.

<sup>195</sup>PORTER, 2015, p. 2138.

<sup>196</sup>O trecho que segue, extraído do artigo em questão, aborda de forma bastante completa as conclusões a que chegou o autor: “Polygynous marriage increases competition for wives, as married men remain on the marriage market. This increased competition drives down the age of first marriage for females and increases the spousal age gap. The reduced supply of unmarried women, who are absorbed into polygynous marriages, causes men of all ages to pursue younger and younger women. The competition also motivates men to use whatever connections, advantages or alliances they have in order to obtain wives, including striking financial and reciprocal bargains with the fathers and brothers of unmarried females (see electronic supplementary material for North American examples). Once adolescent girls and young women become wives, older husbands strive to ‘protect’ their young wives from other males (guarding the paternity of any offspring) and dominate household decision-making. More competition also motivates men to seek to control their female relatives (e.g. sisters), as demand for wives increases. This results in suppressing women's freedoms, increasing gender inequality and stimulating domestic violence. Women's loss of influence on household

elevado de criminalidade, o que pode ser explicado pela alta competitividade entre os homens movida pela busca de recursos e parceiras, visto que nestas sociedades há um grande número de homens solitários. Por isso, o estudo sugere que em sociedades monogâmicas ocorra uma distribuição mais igualitária de mulheres, resultando em menor competitividade sexual, o que torna os homens menos dispostos à prática delitiva – usada como meio para alcançar os recursos necessários para a conquista de mulheres. No entanto, o estudo deixa de considerar o fato de que a raiz da criminalidade induzida pela poligamia (poliginia) é o grande número de homens solitários, algo que não necessariamente ocorreria com o exercício do poliamor, já que a proposta não promove disparidade de gêneros. Daí a razão pela qual é imperiosa a cautela na comparação entre os efeitos da poligamia e aqueles que se poderia esperar do exercício da poliafetividade. Numa sociedade que admita o poliamor, é imprevisível o resultado sobre a criminalidade, já que dois cenários são possíveis: i) a demanda pelas mulheres mais desejáveis poderia fomentar a competitividade e, por conseguinte, a criminalidade; ou ii) poderia reduzir a competitividade entre os homens diante da redução da chance de restarem solitários numa sociedade poliamorosa – já que as relações admitiram também pluralidade de homens. Diante da ausência de certeza, que depende de mais estudos sobre o tema, a imposição estatal da monogamia não poderia ser considerada legítima.<sup>197</sup>

Também o impacto econômico gerado pela escolha do regime monogâmico ou poligâmico é um argumento a ser apreciado, visto que em sociedades monogâmicas verifica-se um aumento de até 170% na produtividade per capita, o que repercute no Produto Interno Bruto per capita das nações. A explicação proposta é que nas sociedades monogâmicas o homem faz mais reservas financeiras do que nas sociedades poligâmicas, pois não pode usar os recursos para a obtenção de mais esposas. Assim, acabam tendo menos filhos e utilizam os recursos de formas mais produtivas. Ademais, estudos indicam que nas sociedades monogâmicas os homens aumentam sua dedicação para a criação dos filhos, enquanto nas sociedades poligâmicas investem seus recursos na busca de novas parceiras. Essa distinção de comportamento se reflete não apenas na “qualidade” dos descendentes, mas também em sua saúde e segurança. Segundo um estudo feito por uma equipe de antropólogos da Universidade

---

decision-making and their lower age of marriage results in higher fertility. By contrast, normative monogamy diffuses the pressure to bring younger brides into the marriage market, and thereby reduces the spousal age gap, male efforts to control (‘protect’) women, gender inequality and total fertility. We address below whether the effects on gender equality or the spousal age gap create—in themselves—any group-level benefits. (HENRICH, Joseph; BOYD, Robert; RICHERSON, Peter J. The puzzle of monogamous marriage. **The Royal Society Publishing**, 5 mar. 2012. Disponível em:

<https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rstb.2011.0290>. Acesso em: 9 jul. 2021)

<sup>197</sup>PORTER, 2015, p. 2116-2117.

de Harvard, homens casados e com filhos experimentam uma redução do nível de testosterona, o que reduz o comportamento de risco decorrente da pressão para adquirir recursos para atrair mulheres. Embora casados e com filhos, homens em relacionamentos poligâmicos não experimentam esta mesma reação; pelo contrário, aumentam seus níveis de testosterona, o que se explica pelo fato de estarem ainda envolvidos num processo ativo de conquista de parceiras.<sup>198</sup>

Este argumento, contrário à poligamia, é bastante consistente e de crucial importância, afinal em muitos dos feitos criativos da humanidade a monogamia pode ter figurado como uma *conditio sine qua non*.<sup>199</sup> Por outro lado, não se descarta o risco de haver uma falsa associação entre tais feitos e o regime monogâmico. Até mesmo a associação entre monogamia e maior renda *per capita* pode guardar certa dose de sofisma, haja vista que foi imposta pelo Estado em países mais desenvolvidos, sendo difícil saber se é uma causa para o desenvolvimento ou se não há correlação.

Se hipoteticamente os países mais ricos do mundo houvessem adotado a poligamia, poderíamos ter conclusão em sentido oposto, sob algum outro argumento como, por exemplo, a ideia hipotética de que homens que tentam conquistar parceiras são mais produtivos pois estão mais motivados a produzir recursos. Não parece haver dúvidas de que a monogamia estimula a atenção à família já formada, mas será que é possível extrair uma conclusão segura de que seja a monogamia a causa da fartura nas nações ricas?

Se fosse possível considerar que Henry Ford ou Thomas Edison não teriam êxito caso vivessem em sociedades poligâmicas, então poderíamos seguramente concluir que homens solteiros desempenham menor capacidade inventiva e/ou produtiva do que os casados, pois estariam utilizando seus recursos para a conquista de parceiras – tal como os homens das sociedades poligâmicas. Embora não se negue o mérito dos estudos que confirmam a existência de uma relação entre monogamia e riqueza das sociedades, é difícil saber se esta relação é de causa e efeito ou mera coincidência. Afinal, se o critério comparativo de produtividade invocado por Porter é o PIB, então é preciso considerar que há países, em que a poligamia ainda

---

<sup>198</sup>PORTER, 2015, p. 2120-2122.

<sup>199</sup>“Imagine a world where Henry Ford focused his efforts on wooing women instead of automobiles or where Thomas Edison invested in short-term projects rather than his many innovations. Would the option of taking additional wives have changed their incentives?” (PORTER, 2015, p. 2122).

é praticada, cujo PIB per capita é superior a outros em que monogamia é o único modelo permitido<sup>200</sup> – a exemplo, respectivamente, da Arábia Saudita<sup>201</sup> e do Brasil.

Portanto, ainda que os efeitos advindos de uma sociedade poligâmica fossem os mesmos daqueles verificados numa sociedade que admite a prática do poliamor, inexistente qualquer certeza de que isso traria algum impacto expressivo à economia. Mas essa equiparação entre os dois formatos de formação familiar é apenas ilustrativa, visto que se tratam de modos de se relacionar distintos, como será abordado no tópico seguinte.

Assim sendo, incerto é o benefício da imposição legal da monogamia, em detrimento da poliafetividade. Por conta disso, Rafael Santiago defende que deve competir a cada pessoa a valoração da “monogamia enquanto identidade relacional, optando (i) por segui-la, (ii) por não segui-la ou (iii) por fingir que a segue e, em virtude de aspectos morais, religiosos e/ou culturais, enganar seus parceiros e manter múltiplos relacionamentos fundados na traição e na desonestidade.”<sup>202</sup> Por óbvio, a terceira alternativa apresentada pelo autor situa-se no campo da retórica, manifestando desaprovação, razão pela qual não há de ser interpretada como uma opção juridicamente amparada, tratando-se de conduta desleal com potencial de ensejar reparação civil, se causadora de efetivo dano.

Não há tanto mais que precise se dizer sobre a monogamia que já não tenha sido exposto até este ponto do trabalho, especialmente após entender todo o contexto histórico em que se apoiou a construção da cultura monogâmica ocidental. Por outro lado, merece atenção a temática atinente às relações não monogâmicas, pouco trabalhadas no direito das famílias brasileiro.

---

<sup>200</sup>Para fins comparativos, dados públicos indicam que a Arábia Saudita (país com notória prática poligâmica) possui PIB per capita superior ao da América Latina e de países europeus como Sérvia, Ucrânia e Polônia, países estes que proíbem a prática da poligamia – assim como a América Latina em geral. Isso denota que não há uma obrigatoria associação desenvolvimento econômico e monogamia. (PIB per capita (US\$ atualizados).

**Google** [dados públicos], 8 abr. 2020. Disponível em:

[https://www.google.com/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9\\_&ctype=l&strail=false&bcs=d&nسلم=h&met\\_y=ny\\_gdp\\_pcap\\_cd&scale\\_y=lin&ind\\_y=false&rdim=world&idim=country:SAU:POL:SRB:UKR&idim=region:LCN&ifdim=world&hl=pt&dl=pt&ind=false&icfg&iconSize=0.5](https://www.google.com/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9_&ctype=l&strail=false&bcs=d&nسلم=h&met_y=ny_gdp_pcap_cd&scale_y=lin&ind_y=false&rdim=world&idim=country:SAU:POL:SRB:UKR&idim=region:LCN&ifdim=world&hl=pt&dl=pt&ind=false&icfg&iconSize=0.5). Acesso em: 8 nov. 2020).

<sup>201</sup>A Arábia Saudita permite o casamento poligâmico (poliginia), desde que obtida a autorização de sua(s) esposa(s). No entanto, a legislação do país impõe restrições quanto à nacionalidade das esposas, estando vedados os casamentos com mulheres do Paquistão, Bangladesh, Chade e Myanmar. (ARABIA Saudita proíbe casamento de cidadãos com mulheres de 4 países. **G1 Mundo** [site], 7 ago. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/08/arabia-saudita-proibe-casamento-de-cidadaos-com-mulheres-de-4-paises.html>. Acesso em: 31 out. 2020)

<sup>202</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 118.

### 2.2.3 Modelos de Conjugalidades Não Monogâmicos

Embora diversas tenham sido as tentativas de explicar a monogamia, até hoje não há um consenso científico a esse respeito. Posto que as contribuições de Friederich Engels e Steven Pinker já abordadas anteriormente sejam de grande valia para formular hipóteses plausíveis para a monogamia, o fato é que não se têm até o presente momento uma explicação precisa. Os estudos mais recentes a esse respeito também conflitam.<sup>203</sup>

Por outro lado, há evidência de que os seres humanos não são naturalmente monogâmicos; natural é o desejo sexual por diversas pessoas. Isso decorre da dissociação existente entre três sistemas cerebrais importantes para os relacionamentos: o impulso sexual, o amor romântico e o apego (ou conexão) entre as pessoas.<sup>204</sup>

Em seu estudo profundo sobre o tema, Helen Fischer levanta o questionamento: a monogamia é natural? A resposta apresentada pela própria autora é “sim”. Porém, prossegue esclarecendo que também a poliginia e a poliandria são naturais, embora figurem em caráter de exceção.<sup>205</sup> Portanto, embora a poligamia não seja a regra, é considerada natural, uma conduta que faz parte da natureza de alguns seres humanos em determinados contextos.

Como destacado por Porter, deve haver algo de bom que justifique a pretensão estatal de imposição normativa da monogamia e, sendo este o caso, cabe à sociedade apoiar isso. Do contrário, caso inexistente uma base racional para a obrigatoriedade da monogamia, então a legislação que exclua a possibilidade do exercício do poliamor não poderá fugir do escrutínio do judiciário. É claro que casais monogâmicos não podem ser forçados a aderir ao poliamor; o

<sup>203</sup>Porter reuniu dois distintos estudos realizados na última década acerca deste tema e realizou importante cotejo que denota conclusões incompatíveis para explicar a monogamia: “In August 2013, a team of social scientists released a report finding that monogamy occurs because of males’ desire to protect their offspring from other males. That same week, however, a team of zoologists from Cambridge University released a report in direct conflict with the infanticide theory, finding no correlation between infanticide and monogamy. The Cambridge zoologists instead found that monogamy develops where females live in low-density environments, out of a need for resource defense. The direct conflict between these two studies only highlights the vast and unproven nature of monogamy’s development.” (PORTER, 2015, p. 2113)

<sup>204</sup>A esse respeito, é de grande contribuição a pesquisa realizada por Rafael da Silva Santiago sobre os trabalhos desenvolvidos por Marianne Brandon, a respeito da evidência de que o ser humano não é naturalmente monogâmico, e Helen Fisher, relativamente aos sistemas cerebrais dos seres humanos. (SANTIAGO, R., 2015, p. 99-101).

<sup>205</sup>Segundo a autora, “sempre que têm oportunidade, os homens optam por ter diversas esposas, para aumentar sua linhagem genética. A poliginia também é natural. As mulheres passam a fazer parte dos haréns quando os recursos que podem obter superam as desvantagens próprias do sistema. A poliandria é natural. Mas as co-esposas brigam. Os co-maridos também brigam. Tanto os homens quanto as mulheres devem ser subornados com riquezas para dividir um cônjuge. Embora os gorilas, os cavalos e os animais de outras espécies *sempre* formem haréns, entre os seres humanos a poliginia e a poliandria parecem ser exceções opcionais e oportunistas – a monogamia é a regra. Os seres humanos quase nunca precisam ser subornados para escolher um parceiro – ao contrário, fazem isso de forma natural. Flertam, apaixonam-se e se casam. E a maioria se casa com uma pessoa de cada vez. A formação do casal é a marca registrada do ser humano” (FISCHER, 1995, p. 79).

que se pretende é analisar a imperatividade normativa da monogamia. Como destaca o autor, “*the argument against polyamory is the argument for normative monogamy*”.<sup>206</sup>

Diante da incerteza sobre a legitimidade do fundamento para a imperatividade legal da monogamia, pois desconhecidas as causas reais do seu exercício, a questão está posta para o direito. Afinal, se não entendemos o porquê de nossa sociedade ter se desenvolvido numa estrutura monogâmica, como podemos exigir a manutenção da obrigatoriedade da monogamia?<sup>207</sup> Mais do que isso, é preciso identificar ainda se o conjunto de bens jurídicos preservados pela monogamia imperativa é mais valioso em nosso ordenamento jurídico do que aqueles que estão sendo sacrificados – direitos fundamentais como a liberdade, a realização da personalidade, a inobservância ao princípio da afetividade, a desproteção de famílias legítimas etc.

Ademais, quando se transita pela dúvida acerca da licitude de determinada prática, imprescindível é a análise da redação da legislação aplicável ao tema. Embora tradicionalmente a vedação à existência de duas uniões estáveis concomitantes seja tratada como um dogma, deve-se alertar que tal perspectiva é uma construção da comunidade jurídica, visto que inexistente no texto da lei a vedação expressa à existência de múltiplas uniões estáveis simultâneas. Nos termos do art. 1.724 do Código Civil, a união estável tem a lealdade como um dever existente entre os cônjuges, diversamente do dever de fidelidade presente no casamento (art. 1.566, I). Embora sejam tratadas como sinônimas as palavras “fidelidade” e “lealdade” pela corrente conservadora de juristas, não há consenso a respeito, pois, em contraposição, também há defesa doutrinária sobre a inexistência do dever de fidelidade na união estável.<sup>208</sup> Nessa linha de raciocínio, é também curioso o proceder do legislador, que poderia ter adotado a mesma expressão em ambos os casos – ou, melhor ainda, ter feito remissão aos deveres do casamento no título que versa sobre a união estável – mas optou por redação diversa. Pela relevância desse tema, voltará a ser abordado no capítulo seguinte com a pertinente profundidade.

Seja como for, há um argumento sofismático que é comumente utilizado para defender a vedação a múltiplas uniões estáveis simultaneamente: a de que os impedimentos do casamento são aplicáveis também à união estável (art. 1.723, §1º), a qual não poderá ser caracterizada se presente algum deles.<sup>209</sup> O sofisma reside na constatação de que voluntariamente é ignorado

<sup>206</sup>Em livre tradução: o argumento contra o poliamor é o argumento pela monogamia normativa (PORTER, 2015, p. 2113).

<sup>207</sup>PORTER, 2015, p. 2114.

<sup>208</sup>DIAS, 2015, p. 251.

<sup>209</sup>No art. 24 do projeto de lei do Estatuto das Famílias (projeto de lei do Senado nº 470/2013, já arquivado) constava expressamente que os companheiros, enquanto vigente a união estável, estarão impedidos de casar. No entanto, o mesmo projeto trazia, em seu art. 14, parágrafo único, a abertura para o reconhecimento de

que a existência de prévia união estável não é um impedimento para o casamento (art. 1.521).<sup>210</sup> Até mesmo porque sabidamente não há qualquer óbice a que um indivíduo que possui união estável em curso venha a se casar com pessoa diversa. Em outras palavras, a preexistência de união estável não é impedimento para a celebração do casamento – o qual não poderá ser invalidado por essa razão.

Como bem destacado por Marcos Alves da Silva, não é justificável a transposição pura e simples dos impedimentos matrimoniais para a união estável, malgrado tenha sido exatamente o que fez o legislador quando da elaboração do Código Civil. Sendo a união estável constituída por ato-fato que, regra geral, é reconhecido juridicamente *a posteriori*, a aplicação dos impedimentos do art. 1.521 caracteriza remissão indevida ao casamento. A união estável é situação subjetiva de conjugalidade sem casamento e não uma subespécie deste. A excessiva regulação implicaria a destruição da essência da união estável. A caracterização da união estável estaria subordinada ao atendimento de quatro requisitos: continuidade, durabilidade, notoriedade e objetivo de constituição de família.<sup>211</sup> Destarte, o que se depreende é que a “união estável, juridicamente, só é reconhecida *a posteriorius*, ao contrário do casamento, para o qual, em razão de ser negócio jurídico formal e datado, os impedimentos se apresentam como *prius*. Logo, não faz sentido transferir para a união estável tais requisitos [...]”,<sup>212</sup> no que se baseia em Luiz Edson Fachin ao defender que a família é antes de mais nada uma realidade sociológica.<sup>213</sup>

Assim sendo, a norma há que passar pelo necessário processo hermenêutico, o que pode se dar por um dos distintos métodos de interpretação consolidados: gramatical, sistemático, teleológico etc. Nessa senda, se adotarmos uma interpretação gramatical da norma, não há vedação alguma à caracterização de mais de uma união estável simultaneamente. E, nesta linha de raciocínio, não podemos nos olvidar que o sistema de proteção de liberdades que vige em nosso ordenamento jurídico orienta a permitir a prática de qualquer ato que a lei não repute

---

uniões simultâneas. (MATA, Lídice da. **Projeto de Lei do Senado nº 470**, de 2013. **Senado Federal** [site], [21 dez. 2018]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 5 ago.. 2021).

<sup>210</sup>Acerca da imprópria invocação do concubinato para afastar o reconhecimento da poliafetividade, Duina Porto faz anotação pontual: “Admitindo-se, pois, que as multiconjugalidades poliamorosa não se ajustam nos modelos normativos e monogâmicos traçados para o casamento e para a união estável vigentes, emergindo como outra categoria de relacionamento conjugal-familiar, também não é factível afirmar que se afiguram como uniões concubinárias, em razão do consenso do envolvimento de pessoas que não são casadas pela lei. A inexistência do casamento afasta o impedimento preconizado no inciso VI do art. 1.521 e descaracteriza o concubinato, restringindo a incidência do art. 1.727m segundo o qual “as relações eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, ambos do CC/02.” (PORTO, 2017, p. 224-225)

<sup>211</sup>SILVA, M., 2012, p. 102-103.

<sup>212</sup>SILVA, M., 2012, p. 104, 2012.

<sup>213</sup>FACHIN, 1999, p. 74.

ilícito (art. 5º, II, Constituição Federal), do que se extrai que não deveria haver – pelo menos no plano teórico – restrição às pessoas que de boa-fé optam por estabelecer simultaneamente mais de uma união estável. Por óbvio, uma interpretação pelos métodos sistemático ou teleológico poderia autorizar a conclusão que hoje vigora em nosso ordenamento, impondo a vedação de coexistência de duas ou mais uniões estáveis simultaneamente. Neste caso, há o risco de esbarrar na orientação geral que se aplica à hermenêutica jurídica que estabelece a não aplicação de interpretação extensiva à hipótese de redução de liberdades.

Não se pretende com isso, sobremaneira, alçar a interpretação gramatical à posição de prevalência sobre os demais métodos. No entanto, é imperioso que a adoção dos métodos sistemático e teleológico, por mais adequados que sejam, como regra geral não agrida a literalidade da lei e nem os princípios orientadores da atividade hermenêutica, a exemplo da já referida vedação de interpretação extensiva que culmine em redução de liberdades. Do contrário, o método teleológico corre o risco de distanciar-se do propósito de encontrar a intenção da norma para aproximar-se da intenção do intérprete.<sup>214</sup> Como refere Pietro Perlingieri, o intérprete não está autorizado a saltar ou ignorar deliberadamente o texto, sendo imperiosa a sua observância.<sup>215</sup>

Por sua vez, o método sistemático demanda coerência com o sistema, não sendo legítima a sua adoção quando se sobrepõe à literalidade da regra objeto da interpretação sem que (para que isso se justifique) esteja em harmonia com o sistema. Num sistema que prevê como direito fundamental a liberdade e adota a não utilização de interpretação extensiva para reduzir liberdades que a regra não reduza expressamente, a vedação ao reconhecimento de determinadas entidades familiares demanda expressa previsão legal. Tal proibição inexistente em relação às uniões estáveis concomitantes; o que existe é uma vedação que decorre da interpretação sistemática, visto que para o casamento há expressa proibição no Código Civil – de dois casamentos (art. 1.521, VI) ou de uma união estável na vigência de um casamento em que não houve separação judicial ou de fato (art. 1.723, §1º, e art. 1.727).

<sup>214</sup>A esse respeito, Paulo Nader ressalta que “todo subjetivismo deve ser evitado durante a interpretação [...], mas o trabalho do intérprete deve visar sempre à realização dos valores magistrais do Direito: justiça e segurança, que promovem o bem comum. A melhor interpretação [...] será a que realize esses valores, não pela via da originalidade ou do subjetivismo, que levariam à arbitrariedade, mas seguindo-se o plano do próprio legislador” (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** [versão digital]. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 281).

<sup>215</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

A tentativa de tratar analogicamente união estável e casamento para suscitar a monogamia e o concubinato<sup>216</sup> – como impeditivos para reconhecimento de múltiplas entidades familiares – encontra obstáculo até mesmo na estrutura normativa do Código Civil, fazendo ruir a proposição de uma interpretação sistemática. Como sabido, a separação judicial ou de fato é impeditivo da celebração de novo casamento, nos termos do art. 1.521, inciso VI, e do art. 1.571, §1º, que estabelece que “o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio [...]”. Em contrapartida, o art. 1.723, §1º (parte final), já mencionado anteriormente, cria a possibilidade de configuração da união estável ainda que o casamento não tenha sido dissolvido. É clara a distinção de tratamento conferida aos dois institutos, sobrecarregando o ônus argumentativo para invocação de um tratamento analógico pela via da interpretação pelo método sistemático – mormente quando, já registrado alhures, dessa interpretação ampliativa resulta uma restrição de direitos.

Se partimos do corolário de que a norma não deve empregar palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*), o ponto de partida da atividade hermenêutica naturalmente será a redação da própria norma que se objetiva compreender o comando. Por isso, a interpretação gramatical poderá ser sobrepujada pelos demais métodos quando isso puder culminar na concretização de direitos fundamentais ou na aplicação de princípios jurídicos que sirvam como mandados de otimização à norma em questão.

Isso não deve ser visto como invocação do já abandonado princípio *in claris cessat interpretatio*, segundo o qual um texto bem redigido dispensa interpretação. Tal princípio apresentava inconsistência, revelada “a partir do conceito de clareza da lei, que é relativo, pois os textos são claros para alguns e oferecem dúvida para outros. Por outro lado, a conclusão de clareza da lei já implica um trabalho de interpretação. Há situações normativas que exigem maior ou menor esforço do intérprete [...]”.<sup>217</sup>

No entanto, o que se extrai da análise dos dispositivos em questão é que extensão da vedação de liberdades às múltiplas uniões estáveis concomitantes, quando todos os envolvidos estão de acordo, não vem ao encontro da proteção de direitos fundamentais (liberdade,

---

<sup>216</sup>Partindo de crítica de Maria Berenice Dias acerca da contradição e incoerência detectadas no cotejo entre os dispositivos legais atinentes ao tema, Marcos Alves da Silva explora o raciocínio e lança luz sobre a questão. O art. 1.727 do Código prevê que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.” No entanto, segundo o autor, a “contradição vem à tona porque aqueles que são separados judicialmente ou de fato estão impedidos de contrair casamento, mas eventual união estável por eles constituída será reconhecida como tal, e considerada merecedora de plena tutela jurídica (SILVA, M. 2012, p. 219). Por isso, é compreensível a posição adotada por aquela ao julgar que faltou coragem ao legislador para estabelecer mais clara distinção entre união estável e família paralela, de modo que “a norma restou incoerente e contraditória. Parece dizer – mas não diz – que as relações paralelas não constituem união estável.” (DIAS, 2015, p. 219-220).

<sup>217</sup>NADER, 2021, p. 283.

dignidade da pessoa humana) ou princípios jurídicos (pluralidade familiar, igualdade, liberdade). Trata-se pura e simplesmente de imposição de restrição de liberdade sem amparo legal, escorada em argumento moral que ceifa dos interessados o direito de exercerem a autodeterminação sobre algo que sequer invade a esfera jurídica de terceiros.

Logo, se não há em nosso ordenamento jurídico uma vedação legal expressa a múltiplas uniões estáveis, por analogia poder-se-ia deduzir que o exercício da união poliafetiva também não encontra proibição – malgrado não esteja prevista expressamente. Isso porque se, exemplificativamente, cada um dos componentes de uma relação poliamorosa a três estabelecer uma união estável concomitante com os outros dois, a relação estaria legalmente amparada. Claro que neste caso o óbice seria a jurisprudência dominante que veda duas uniões estáveis simultaneamente – ainda que já as tenha reconhecido em caráter excepcional, como se verá oportunamente na última parte deste trabalho.

Ademais, se nem mesmo a lei expressa é suficiente obstáculo à realização de direitos fundamentais – a exemplo da exigência de diversidade de sexos para a caracterização da união estável –, com ainda menos razão uma interpretação não literal o seria. Se por um lado é consabido que a interpretação literal corre sempre o risco de ser rasa, por outro é também importante que o intérprete não se distancie da redação legal, de modo a não ignorar o comando expresso do dispositivo normativo e nem criar uma obrigação ou vedação não presente na lei. A mudança de entendimento jurisprudencial é uma constante numa sociedade que evolui, e ainda mais facilitada se torna a solução quando a própria lei, se reinterpretada, autoriza a nova posição sem demandar grande esforço hermenêutico.

Por isso, convém trazer a lume o julgamento recente pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 1.045.273, sob o regime de Repercussão Geral que, ao menos por ora, vedou o reconhecimento de direitos advindos de uniões simultâneas. O julgamento resultou no Tema 529 fixando a tese,<sup>218</sup> embora seja oportuno o registro de que se tratou de maioria formada por apenas um voto de diferença. O voto vencido, da lavra do Ministro Edson Fachin, trouxe proposta de tese alternativa: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva.”

<sup>218</sup>“A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, §1º do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 529**: Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte. Brasília, [5 de maio de 2017]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4137234&numeroProcesso=656298&classeProcesso=ARE&numeroTema=529#>. Acesso em: 20 jun. 2021)

De toda sorte, ainda que a maioria formada por um voto a mais revele a falta de uniformidade de entendimento entre os Ministros componentes do Excelso Pretório, é seguro afirmar que, por ora, a celeuma das uniões paralelas encontra-se resolvida.

Embora a abordagem em questão diga respeito às uniões simultâneas (dois ou mais núcleos familiares) e não às uniões poliafetivas (um único núcleo familiar composto por três ou mais pessoas), a conclusão é de suma importância para a desconstrução do argumento esposado pelo Ministro João Otávio de Noronha no voto condutor da decisão proferida no pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Segundo ele, “hoje, a união ‘poliafetiva’ viola o direito em vigência no país, que veda expressamente a possibilidade de mais de um vínculo matrimonial simultâneo e proíbe, por analogia, uniões estáveis múltiplas”<sup>219</sup>.

Tal afirmação, por si só, desvela notória impropriedade técnica ou imprecisão conceitual, pois faz equivaler a união poliafetiva (um único núcleo familiar) às uniões estáveis múltiplas (diversos núcleos familiares). De toda sorte, embora não se deva confundir união poliafetiva com uniões simultâneas, ainda que fosse possível dar solução análoga a ambas, seria imperioso reconhecer que a vedação às uniões simultâneas está mais amparada em fundamento moral do que jurídico, este último construído para sustentar aquele, embora em bases inconsistentes – o que resta verificado pela frágil maioria formada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário tratando do tema.

Se oportunamente houvesse a evolução jurisprudencial em direção à desconstrução do tabu das uniões simultâneas<sup>220</sup> – em especial aquelas em que há ciência e concordância de todos os envolvidos – ainda poderia ser suscitada a fraude à lei<sup>221</sup> para barrar a pretensão dos poliamoristas que vierem a se utilizar da manobra das múltiplas uniões estáveis simultâneas para criar vínculo entre todos os membros da união poliafetiva. Mas, nesse caso, convém um novo questionamento: o que legitimaria a distinção de tratamento entre as uniões simultâneas e a união poliafetiva (em prejuízo dessa última)? Por que haveria de ser relegada à ilicitude a união poliafetiva enquanto lícitas, hipoteticamente, as uniões simultâneas? Se a fraude à lei

<sup>219</sup>BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000].

<sup>220</sup>Segundo Namur, para o exercício pleno da autonomia privada existencial e efetiva concretização da pluralidade de arranjos familiares o tabu da poligamia invariavelmente deverá ser revisado. A “primazia da monogamia” não seria regra jurídica superior, inexistindo sequer previsão legal para lhe conferir suporte. Portanto, sua imposição como norma cogente, ao trata-la como “elemento estruturante da sociedade” vai na contramão da sociologia contemporânea (NAMUR, 2014, p. 169-172).

<sup>221</sup>Trata-se, em sucinta explicação, da prática de ato nos moldes da lei, mas com vistas à obtenção de objetivo ilícito. Sobre o tema, Edilson Pereira Nobre Júnior contribui para o esclarecimento: “Para a configuração da fraude à lei, faz-se indispensável, inicialmente, que alguém realize um ato invocando o amparo de determinada norma, chamada lei de cobertura. A particularidade está em que, ao assim agir, labora o sujeito de direito com o propósito de concretizar um fim ou escopo vedado por outra norma legal, sendo esta de colorido imperativo” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Fraude à lei. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 136, p. 125-146, dez. 2014, p. 126).

pressupõe a obtenção, por meio lícito, de um resultado reprovável pela ordem jurídica, seria elevado o ônus argumentativo de decisão que discriminasse a união poliafetiva num ordenamento que já houvesse superado a vedação às uniões simultâneas de boa-fé.

Ademais, não se deve descuidar de outra iminente demanda de prestação de tutela jurisdicional envolvendo vínculos múltiplos de conjugalidade que também exige resposta: a poligamia legalmente permitida em ordenamentos estrangeiros. Num mundo globalizado é latente o risco de cedo ou tarde o judiciário ter de resolver conflitos que resultem de casamentos poligâmicos válidos realizados por alguns dos países de cultura árabe, probabilidade essa que só aumenta diante do atual quadro de êxodo de refugiados oriundos de zonas de guerra do Oriente Médio.

Rodrigo da Cunha Pereira já alertava há quase duas décadas o fato de não termos solução para esse problema, que precisaria ser resolvido pela invocação de uma base principiológica. Em sua conclusão sobre a questão, o entendimento manifestado, com base no respeito à identidade cultural<sup>222</sup> e invocando a solução aplicada por países como França e Inglaterra, veio no sentido de que é “possível o registro de casamento poligâmico estrangeiro em cartório brasileiro, aliás requisito obrigatório para que eles tenham eficácia no Brasil, da mesma forma que é possível o registro de um casamento francês, espanhol etc.”<sup>223</sup>

A título de exemplo, pode-se invocar o art. 10 da LINDB, que determina a aplicação da lei sucessória do domicílio do falecido; isso cria a possibilidade de que uma família resultante de casamento poligâmico, realizado validamente pela legislação estrangeira, venha a se deparar com a legislação brasileira por ocasião da sucessão do varão falecido, quando caracterizada a hipótese de incidência da norma sucessória brasileira. E, em sendo este o caso, o mais provável é que se aplique solução similar àquela dada a alguns casos pontuais de uniões paralelas que não poderiam ser julgados com a frieza positivada no Código Civil.

Seja como for, para este propósito específico a solução conferida à poligamia e ao poliamor será semelhante, senão idêntica. Assim, ainda que ordenamento jurídico resista, por

---

<sup>222</sup>Apoiando-se nos apontamentos de Jürgen Habermas, Zygmunt Bauman enfatiza que o reconhecimento das diferenças culturais é o ponto de partida para um debate racional acerca do compartilhamento de valores humanos, entendendo que o regime democrático constitucional é o arcabouço capaz de dar azo ao debate acerca do tema. Isso porque uma sociedade autônoma é impensável sem um mínimo grau de autonomia dos seus membros, da mesma forma que uma república é inconcebível sem o desenvolvimento e respeito dos direitos dos seus cidadãos. Portanto, sem as práticas democráticas dos indivíduos livremente autodeterminados não há como ser feito o enfrentamento do debate – e tampouco ter esperança vê-lo resolvido. Qualquer política de reconhecimento cultural tem como corolário a universalidade (da espécie humana) e o respeito aos direitos reais dos cidadãos. A universalidade da espécie humana é o que conduz à aceitação da pluralidade das formas de vida, fazendo dela uma forma do bem, capaz de estimular e manter uma discussão perene sobre o que seja de fato o bem-estar comum (BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. 1.ed. Tradução por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 63-64).

<sup>223</sup>PEREIRA, 2005, p. 124-126.

hipótese, ao reconhecimento da família poliafetiva, não poderá escapar da necessidade de ter uma resposta para as demandas envolvendo vínculo conjugal complexo.

É de bom alvitre esclarecer, no entanto, pois de enorme importância, que não se deve confundir a união poliafetiva com a poligamia.<sup>224</sup> Embora as soluções para as demandas advindas de ambas as formações familiares possam ser semelhantes, quando não idênticas, as diferenças entre tais formas de conjugalidade não monogâmicas são patentes. A começar pela distinção de mentalidade hierárquica que rege as duas relações: enquanto na poligamia (mais praticada em formato de poliginia) há uma tendência à existência de certo grau de submissão interna, como se os cônjuges estivessem em diferentes níveis hierárquicos, na união poliamorosa prima-se pela máxima igualdade. Claro é, no entanto, que essa é uma distinção sutil – subjetiva – demais para ser bastante, até mesmo porque há uma grande variação de características entre um relacionamento e outro.

Mas a principal distinção entre poligamia e poliamor diz respeito à forma como a união se estabelece. A poligamia é caracterizada pela união entre uma pessoa com vários parceiros. Assim, exemplificativamente, na poliginia praticada no Oriente Médio um homem casa-se com mais de uma mulher, que não terão relação entre si, embora, por questões pragmáticas de ordem doméstica, possam acabar por desenvolver uma boa relação, incluindo a possibilidade do afeto – ou de conflitos.<sup>225</sup> Por sua vez, a união poliamorosa capaz de caracterizar uma entidade familiar é formada entre todos os membros da relação.<sup>226</sup> Isso é especialmente reforçado pelo fato de o poliamor ser pautado pela igualdade, diversamente da poligamia ordinariamente conhecida. Segundo Cláudia Viegas:

[...] poliamor, no entanto, é composto por um único núcleo familiar composto de vários membros, permeado pelo afeto e boa-fé, em que todos apresentam o objetivo da busca da felicidade comum. A poligamia, por sua vez, pressupõe mais de um casamento concomitante, sendo patriarcalista e machista, [...] contrária ao viés democrático do poliamor, que aceita a liberação sexual da mulher, tão reprimida outrora.<sup>227</sup>

<sup>224</sup>Duina Porto, alerta para a indevida comparação entre poliamor e poligamia, trazendo especificamente para o contexto da prática poligâmica mórmon: “A poligamia mórmon dos primeiros tempos destoa profundamente do ideal poliamorista objeto deste estudo, porquanto estava atrelada a uma estrutura de poder, reprodução e supremacia masculinas, além de ter tido um quê de racismo ou mesmo eugenia ao estimular casamentos entre homens brancos e nativas americanas para purificar a raça.” (PORTO, 2017, p. 184).

<sup>225</sup>Como bem destacado por Porter, é relativamente comum a existência de conflitos: “A recent anthropological look at polygamous societies found no evidence of relationships between co-spouses that could be categorized as “harmonious.” Instead, the study found significant disputes between the co-spouses in polygamous homes. This cuts against the notion that polyamorous relationships create an ideal marital form by suggesting that innate senses of jealousy are not so easily removed from the relationship paradigm.” (PORTER, 2015, p. 2119).

<sup>226</sup>PORTER, 2015, p. 2101.

<sup>227</sup>VIEGAS, 2017, p. 179-180.

Adicionalmente, ainda há que ser feito o registro de que o poliamor não se baseia nas razões tradicionais que servem de fundamento à poliginia, haja vista que não se trata de uma escolha motivada por religião ou cultura. Está antes relacionada com os movimentos de liberdade de amar das décadas de 60 e 70 do século passado, que resistiam à imposição estatal do casamento monogâmico.<sup>228</sup> Por isso, se por um lado a poligamia é uma imposição à mulher por força da lei e/ou da religião, por outro o poliamor é uma opção que ela tem, a qual poderá ser exercida livremente.<sup>229</sup>

O poliamor pode ser sintetizado como uma forma de não monogamia responsável que leva em consideração o consentimento de todos os envolvidos, recusa a traição e ressignifica a fidelidade, que resta dissociada da noção de exclusividade sexual. Trata-se de forma de relação que prima pela manutenção do vínculo, resistindo ao término de uma relação antiga apenas pelo surgimento de interesse em outra pessoa, pois inexistente a necessidade de escolher por apenas uma das pessoas, em detrimento da outra, sendo, por isso, até mesmo mais ética que a “monogamia em série”.<sup>230</sup>

Por outro lado, deve ser feita também a distinção entre o poliamor e as “relações livres”. Nessas, prevalece a ideia de liberdade afetiva e sexual, a individualidade e autonomia dos sujeitos. O poliamor, por outro lado, busca o estabelecimento de múltiplos vínculos focados no sentimento amoroso.<sup>231</sup>

Assim, apresentados os aspectos relevantes à compreensão do vínculo poliafetivo capaz de conduzir a uma formação familiar, restando esclarecidos pontos sensíveis como a distinção entre poliamor e poligamia, outra questão há de ser respondida: sob que fundamentos jurídicos a união poliafetiva poderia se albergar para viabilizar o reconhecimento como entidade familiar?

### 2.3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA POLIAFETIVA

<sup>228</sup>PORTER, 2015, p. 2100.

<sup>229</sup>PORTER, 2015, p. 2123.

<sup>230</sup>SILVA, Vania Sandeleia Vaz da; NERES, Geraldo Magella; SILVA; Rosângela da. Michel Foucault e o poliamor: cuidado de si, parresia e estética da existência. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 87-108, jul./dez, 2017. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc>. Acesso em 29 jul. 2021, p. 92-93.

<sup>231</sup>FRANÇA, Matheus. “Um é pouco, dois é bom”, três (ou mais) é demais?: processos de negociação em torno de (in)definições êmicas do poliamor. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 45-61, jul./dez., 2017. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc>. Acesso em 29 jul. 2021, p. 54.

No voto condutor, defende o relator que “os declarantes podem afirmar seu comprometimento uns com os outros, mas o fato de declará-lo perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar”<sup>232</sup>, ignorando que o mesmo argumento se aplica à união estável – já que a mera declaração não faz surgir uma união que de fato não preencha os requisitos. Embora a escritura pública seja prova da manifestação de vontade dos declarantes, não tem o condão de mudar os fatos. Portanto, uma união estável comprovadamente inexistente não poderá ser reconhecida como tal, a despeito da existência de escritura pública, como se verá oportunamente.

Além disso, a assertiva que afasta a união poliafetiva da condição de entidade familiar vem desacompanhada de qualquer fonte idônea sobre o tema para lhe dar sustentação, corroborando a impressão de ser um voto que manifesta as crenças e valores pessoais do relator e se afasta dos princípios que hodiernamente orientam o Direito das Famílias.

A esse respeito convém tecer algumas considerações acerca do realismo jurídico e sua vertente conhecida como realismo psicológico radical, segundo a qual não há processo racional, lógico e objetivo na produção jurídica por parte dos julgadores; há apenas a interação entre fatores inconscientes e irracionais. O intérprete é efetivo colaborador na tarefa de criação legislativa, pois o que determina o legislador não é conhecido com exatidão, mas apenas pelas metáforas que compõem o enunciado normativo. Dessa feita, no processo decisório o juiz utiliza a norma apenas para justificar, posteriormente, a decisão já tomada: “assim, não haveria uma decisão enquanto dedução a partir da lei, mas uma decisão que a lei somente justificaria posteriormente. A lei, nessa perspectiva, forneceria as razões da decisão interna, como um revestimento *a posteriori*.”<sup>233</sup>

Nessa mesma senda, o realismo norte-americano sustenta o princípio da prevalência das decisões sobre a lei, concluindo que não há qualquer força na norma senão aquela concretizada pela decisão. O que faz o direito é a decisão – e não o oposto. Dessa feita, para o realismo jurídico norte-americano não há nada no direito de uniforme e seguro, já que o único direito certo é aquele presente na decisão tomada. Até a sentença, tudo está no plano das possibilidades/probabilidades. As verdadeiras fontes primárias são os motivos internos, psicológicos e emocionais, não expressos no ato de decidir, mas implícitos. As regras jurídicas terão relativa influência sobre a decisão servindo apenas para confirmar as decisões já tomadas em um nível interno, do que advém importante alerta: “conhecer os instintos, as pulsões, os

---

<sup>232</sup>BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000]

<sup>233</sup>TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 52-53.

mecanismos de defesa, os preconceitos, as conexões subterrâneas que se estabelecem no plano do inconsciente é obrigatório para conhecer o direito vivo.” As decisões resultam das circunstâncias emocionais inconscientes de quem decide, “sendo determinante a personalidade do julgador, seus objetivos pretéritos internalizados, suas vivências, especialmente as infantis, na medida em que as relações primárias constituem a matriz fundamental dos modos de se relacionar com o futuro.”<sup>234</sup>

Como a natureza de todo este estudo é de ordem acadêmica e, como tal, demanda o enfrentamento do objeto em análise, críticas com vistas ao amadurecimento da ciência jurídica serão inevitáveis. Não se coloca aqui em questionamento o saber jurídico do relator, reconhecidamente elevado. No entanto, é preciso reconhecer que distintas são as áreas do saber e a definição do que seja uma entidade familiar não compete ao direito, que se valerá daquilo que houver sido produzido de conhecimento nos ramos do saber que detenham autoridade para tanto. E é justamente neste ponto que é preciso pedir vênias, uma vez que no voto o relator não se vale de qualquer base para categoricamente excluir as uniões poliafetivas do rol de entidades familiares protegidas pelo direito.

A proteção às múltiplas entidades familiares, prudentemente invocada pelo IBDFAM, demanda interpretação aberta e criativa, que se ajuste à miríade de desentendimentos familiares possíveis; as decisões daí advindas devem sobremaneira ter como sustentáculos os princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e proteção à intimidade e à privacidade.<sup>235</sup> E a importância dos princípios na hermenêutica jurídica é inegável, como já abordado alguns nesta pesquisa.

Segundo o discurso adotado no voto condutor, não há previsão constitucional de proteção às uniões poliafetivas como entidade familiar, o que culminou na conclusão de que estão à margem do direito de família e, por consequência, são ilícitas. Tal abordagem entra em choque com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 4.277/DF. No julgado, merece destaque, pois oportuno, o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que consignou expressamente que o rol previsto no art. 226 da Constituição Federal é exemplificativo.<sup>236</sup> No mesmo sentido foi o entendimento consolidado no julgamento

<sup>234</sup>TRINDADE, 2012, p. 54-58.

<sup>235</sup>BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 276.

<sup>236</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. Tribunal Pleno. Min. Rel. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

da ADPF 132, constando expressamente da ementa do julgado que, em matéria de constituição de família, a norma constitucional deve receber interpretação não reducionista.<sup>237</sup>

Portanto, a correta interpretação, ditada pelo guardião da Carta Magna, é de que não sejam excluídas as entidades familiares não albergadas pela redação do aludido dispositivo. Tal orientação não poderia ser mais sensata, considerando que há hoje nas sociedades ocidentais a identificação de pelo menos 196 tipos diferentes de famílias.<sup>238</sup> Essa realidade levou estudiosos do tema a sinalizarem a necessidade de que se passe a falar de *famílias*, no plural, com o conseqüente abandono do termo no singular, visto não ser possível um conceito único para tão complexa relação.<sup>239</sup>

A Constituição trouxe significativas alterações para o ordenamento jurídico brasileiro, ampliando o conceito de família e reconhecendo algumas das entidades já existentes na sociedade, mas não limitando a noção de família a elas. Por isso, quaisquer outras entidades familiares que surjam da evolução social não podem ter o seu reconhecimento impedido. Dentre elas está o arranjo poliafetivo, destinatário de preconceito e resistência dos grupos conservadores.<sup>240</sup>

Como bem destacado pelo conselheiro Luciano Frota em seu voto, único a negar procedência ao pedido de providências, a proibição da formalização oficial de uniões poliafetivas “com base em um conceito vetusto de entidade familiar, não abrigado pela Constituição, significa perpetuar uma situação de exclusão e de negação de cidadania que não se coaduna com os valores da democracia.”<sup>241</sup>

Neste aspecto, relevante identificar a historicidade das formações familiares, a fim de que sejam rechaçados quaisquer elementos que suscitem a inexistência de fundamentos jurídicos.

### 2.3.1 Noção Jurídica de Família

<sup>237</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Tribunal Pleno. Min. Rel. Ayres Britto. Brasília, 5 maio 2011. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>238</sup>DESSEN, Maria Auxiliadora. Estudando a família em desenvolvimento: desafios conceituais e teóricos.

**Psicologia: Ciência e Profissão**, n. 30, p. 202-219, 2010. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/pcp/a/R498b6yFx3wnG7ps8ndBFKb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 maio 2021, p. 211.

<sup>239</sup>WAGNER, Adriana et al. Os desafios da família contemporânea: Revisitando conceitos. In: WAGNER, Adriana et al. **Desafios psicossociais da família contemporânea**: pesquisas e reflexões. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 19.

<sup>240</sup>MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e na condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

<sup>241</sup>BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000].

Diante da inexistência de um conceito legal de família, a tarefa de conceituá-la é um desafio elevado. Inexiste identidade de definições entre o Direito, a Sociologia e a Antropologia. Trata-se de conceito que oscila no espaço e no tempo,<sup>242</sup> tal qual ocorre com quase todo fenômeno social. E, para agravar o quadro, nem mesmo há identidade de definição da família nos diferentes ramos do Direito, visto que não coincidem as noções de família para o direito penal e fiscal, a título de exemplo. Em nosso ordenamento, ora há um alargamento da noção de família, ora uma restrição à composição nuclear de pais e filhos.<sup>243</sup>

Não se pode perder de vista que a noção de família antecede o Direito. Mais especificamente, coube à religião a autoridade para defini-la ao longo da história do último milênio. Assim, propagou-se em nosso meio um modelo tradicional e conservador de família, não por ser o mais humano, mas por atender aos costumes históricos e dogmas. As religiões são essencialmente instrutivas, pois influenciam severamente os padrões da conduta humana, fazendo uso generalizado do apelo ao sobrenatural, capaz de instaurar um medo cósmico – instrumento este utilizado abusivamente durante a existência humana. A imposição de um modelo maniqueísta, que não admite meio-termo é de todo conveniente, pois fixa dois polos de conduta: o certo e o errado. E é “essa lógica que é transmitida para o espaço familiar, em que existem duas espécies de família: a correta e a incorreta.”<sup>244</sup>

É de bom alvitre esclarecer que de duas espécies distintas são as naturezas das relações de família. São, portanto, situações jurídicas subjetivas que se enquadram em perfis distintos. A primeira é aquela formada na relação entre adultos, a qual leva em consideração a manifestação da vontade dos partícipes na formação familiar. A outra é a relação que se forma entre adultos e crianças ou adolescentes (e entre estes), que tem por objeto precípua a criação dos últimos, o que se viabiliza por meio do poder familiar. A diferenciação entre as duas situações jurídicas subjetivas é de suma importância. No primeiro caso a autonomia privada é elemento determinante para a operacionalização da situação e os princípios jurídicos constitucionais que incidem sobre tal relação (entre adultos) são os da igualdade e liberdade. Por sua vez, no segundo caso a relação familiar é regrada pela autoridade parental e orientada

---

<sup>242</sup>Convém o registro de que, além do significado específico que se conferia à noção de família entre os romanos, também o seu propósito era bastante peculiar. O que unia os membros da família antiga – aqui incluídos tanto os gregos quanto os romanos – era a religião do fogo sagrado e dos antepassados. A família era uma só, nesta vida e no além. Destarte, a família antiga pode ser vista como uma associação religiosa, da qual faziam parte os filhos (consanguíneos ou adotivos) não emancipados – ou renunciando ao culto – e as suas esposas. A importância do culto familiar era tamanha que impactava sobre o direito sucessório, sendo de menor importância o vínculo de parentesco natural. Se não foi a religião que criou a família, foi seguramente ela que lhe conferiu as regras (FUSTEL DE COULANGES, 1975, p. 33-34).

<sup>243</sup>VENOSA, 2017, p. 17.

<sup>244</sup>NAMUR, 2014, p. 32-33.

pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.<sup>245</sup> Notoriamente, a presente pesquisa guarda relação com a primeira delas.

Para um adequado estudo da família – e das famílias possíveis – o ponto de partida não há de ser outro: a espécie de família acolhida no sistema clássico, detentora de características primordiais que justificam os seus contornos jurídicos – patriarcal, heterossexual, matrimonializada, hierarquizada e “transpessoal”. No Brasil, tal família é fruto da transplantação e adaptação da família portuguesa ao cenário colonial, que gerou um modelo com características patriarcais e tendências conservadoras em sua essência.<sup>246</sup>

### 2.3.1.1 A Família Tradicional

Antes do Concílio de Trento o casamento era ato privado,<sup>247</sup> havendo inclusive reconhecimento de efeitos pelo simples convívio por tempo superior a um ano. Foi somente a partir deste evento que o monopólio do casamento como estrutura familiar teve início, pois o ato seria válido apenas se registrado pelo pároco em livro próprio. Tal imposição da Igreja – casamento monogâmico como única forma de família aceita – acabou por ser oportunamente aproveitada para exercer uma função bastante específica dentro do direito: a proteção econômica da propriedade privada. Assim é estruturado o Código Civil francês na modernidade, no que foi seguido por outros tantos ordenamentos do Ocidente. Nesse período, o bem-estar individual não era o escopo do direito de família, que era voltado a atender o alto interesse moral e bem-estar social que orbitavam o casamento.<sup>248</sup>

No Brasil, o direito de família do início do século passado era centrado no casamento, sendo a maior parte da normatização de algum modo a ele vinculado: celebração, validade, efeitos e relações (pessoais e econômicas) resultantes do casamento – e tão somente dele. Era o casamento um legalizador das relações sexuais. Um dos importantes efeitos advindos do casamento tocava à prole, que funcionava como importante reforço do casamento – e da

<sup>245</sup>NAMUR, 2014, p. 120-121.

<sup>246</sup>MATOS, 2000, p. 18.

<sup>247</sup>Ironicamente, a “união livre nasce verdadeiramente com o Concílio de Trento, que lança num concubinato ilegal os casais que vivem juntos sem terem comparecido perante um pároco. Certos prelados querem ir além e excomungar os concubinos, ou mesmo puni-los como adúlteros ou heréticos. Propõem-se penas que podem ir até ao exílio da mulher. Mas os protestos são veementes e não se vai além de permitir ao ordinário (e não ao inquisidor) que pronuncie as penas contra os casais não casados. Como a França não promulgou o Concílio de Trento, estes dependem apenas, na verdade, da justiça régia, que só toma medidas se o escândalo se tornar público. Se os tribunais eclesiásticos tentarem impor sanções, é fácil interpor o apelo por abuso, junto dos Paramentos. Na ausência de queixa, com efeito, só a Inquisição tem o direito de <<abrir inquérito>> e punir.” [sic] (BOLOGNE, 1999, p. 341-342).

<sup>248</sup>NAMUR, 2014, p. 143.

monogamia –, qual seja, a presunção de paternidade. Num momento histórico em que não havia um princípio da igualdade aplicável aos filhos de distintas origens, a presunção de paternidade do filho nascido na constância do casamento era por demais importante, haja vista que sua consequência era o reconhecimento da legitimidade da prole. A despeito de ser ou não filho do marido da mulher que deu à luz, a presunção estabelecia o vínculo de paternidade, o qual só poderia ser questionado posteriormente por meio de ação negatória. Tal mecanismo era garantidor de significativa segurança jurídica, pois tinha o condão de estabelecer desde logo a vocação hereditária, sendo assim previsível o destinatário do patrimônio em caso de sucessão. Como esclarece Namur, essa regra cria a distinção entre família natural e família jurídica,<sup>249</sup> sendo esta última a destinatária da tutela e, por óbvio, formada exclusivamente pelo casamento – ocorria aqui a juridicização do afeto e da convivência, assumindo-se que as relações familiares mais sólidas e com laços mais estreitos só poderiam florescer no seio do casamento. Os filhos advindos de tal união seriam legítimos pelo simples fato de que, por força da própria lei<sup>250</sup>, a mulher jamais seria infiel.<sup>251</sup>

O que determinou a estrutura familiar predominante foi o estágio de desenvolvimento das forças produtivas e o processo de divisão social do trabalho. A família monogâmica consolidou-se com o surgimento da propriedade privada, como visto no primeiro capítulo, num processo histórico gradativo que impôs cada vez mais restrições às possibilidades de intercuro sexual. A finalidade era precipuamente assegurar a transmissão da herança aos filhos legítimos do homem, o que por sua vez impelia a mulher ao exercício de sua sexualidade tão somente no âmbito do casamento – o que acentuou fortemente a importância da virgindade e fidelidade da mulher.<sup>252</sup>

Embora a família guarde certa autonomia em relação à economia, de modo que as mudanças econômicas não afetem de imediato as relações familiares, é impossível entender a formação familiar sem contextualizá-la na complexa trama social e histórica em que está inserida. A família não é algo estritamente natural, biológico; é antes disso uma instituição criada pelos homens, que se configura de modo diferente em contextos culturais e temporais

<sup>249</sup> “[...] é justamente na criação de uma forma burocratizada e publicizada de constituição da família que a proteção do patrimônio se revela mais acentuada. A regulação das relações pessoais, preocupação que deveria ser central, acaba rebocada pela regulação das relações patrimoniais, escopo do tónus codificador.” (NAMUR, 2014, p. 144-145).

<sup>250</sup> O Código Civil de 1916, em seu art. 364, estabelece que “A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira (art. 358)” e em seu art. 358 define que “Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos”.

<sup>251</sup> NAMUR, 2014, p. 143-144.

<sup>252</sup> REIS, José Roberto Tozoni. Família, emoção e ideologia. *In*: LANE, Sílvia T. M.; CODO, Wanderley. **Psicologia social: o homem em desenvolvimento**. 12. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994, p. 101

diferentes, com vistas à adequação às demandas sociais. Por se tratar de instituição social, possui uma representação socialmente elaborada que orienta a conduta dos seus membros.<sup>253</sup>

Até a sociedade industrial a família nuclear tradicional era a unidade mais bem equipada para lidar com as demandas próprias do período, já que um adulto (homem) poderia assumir o papel de provedor enquanto o outro (mulher) permaneceria em casa promovendo a educação da prole. No entanto, essa visão hodiernamente é inadequada e ultrapassada, visto que as teorias funcionalistas acerca da família têm sido duramente criticadas, já que partem da premissa de que a divisão doméstica das tarefas entre homens e mulheres é natural e incontroversa. Embora em seu próprio contexto histórico tais teorias sejam compreensíveis, é certo que em tempos atuais deixam de levar em consideração aspectos importantes, a exemplo do papel de outras instituições sociais (governo, mídia, escolas) na socialização infantil e da existência de variações nos padrões familiares.<sup>254</sup>

A noção de família sofreu significativa oscilação ao longo da história, a depender do local e da época. A evidência dessa variação a depender do momento histórico e contexto social pode ser extraída da análise das famílias aristocrática e camponesa (séculos XVI a XVII) ou proletária e burguesa (século XIX). No final da idade média a aristocracia era marcada por uma sexualidade que obedecia a padrões próprios. Seu exercício era reconhecido tanto para adultos de ambos os sexos quanto para crianças. O sexo era praticado entre os aristocratas e também com a criadagem. Não se olvidavam as necessidades sexuais das mulheres, havendo registros de mulheres da nobreza que ganharam fama pela intensa vida erótica, sem que houvesse por isso prejuízo aos seus direitos ou aceitação social. As concubinas eram reconhecidas publicamente. O sexo não era assunto privado ou secreto.<sup>255</sup>

Mais tarde, a família nuclear burguesa estabeleceu novos padrões de sexualidade, reforçando a diferenciação dos papéis sexuais. A interdição à sexualidade feminina fora do casamento e ao seu prazer sexual foi colocada em prática com elevado rigor. A sexualidade feminina deveria restringir-se à procriação, o que conferiu às mulheres burguesas a ideia de seres angelicais que se encontravam acima das necessidades animais de sexo. A família era, portanto, a morada do afeto, mas não do prazer sexual – o qual era buscado, pelos homens, fora do lar, frequentemente com mulheres de classes inferiores.<sup>256</sup>

Em vista da exigência moral, exsurgiu a imperatividade jurídica de que as famílias fossem compostas por pai, mãe e filhos. Quaisquer formações que estivessem à margem desse

---

<sup>253</sup>REIS, 1994, p. 102

<sup>254</sup>GIDDENS, Antony. **Sociologia**. Tradução por Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 153.

<sup>255</sup>REIS, 1994, p. 106-107.

<sup>256</sup>REIS, 1994, p. 111.

modelo seriam relegadas à pecha da ilegalidade e imoralidade. Em especial na sociedade ocidental, a família nuclear é idealizada sob um projeto de vida duradouro composto por duas pessoas – tradicionalmente de sexos diferentes – e sua prole, sendo requisito a presença do elemento sexual e a monogamia. Assim sendo, a moral repele – ou repelia – relacionamentos afetivos não baseados em relações sexuais (entre amigos ou parentes, exemplificativamente) ou poligâmicos.<sup>257</sup>

O fato é que não há como estabelecer uma definição absoluta do conceito de família, pois há tipos de famílias que sobrevivem no tempo e se entrelaçam com outros tipos completamente novos. O pluralismo familiar é reflexo do próprio pluralismo cultural, demandando assim resposta normativa adequada.<sup>258</sup> Nesse campo é inegável que a psicologia possui muito mais propriedade do que o Direito, indicando que “uma definição contemporânea de família, portanto, deve estar baseada na opinião de seus membros, considerando a afetividade e a proximidade com os entes queridos [...]”, do que se extrai como conclusão que “familiares são aqueles com os quais mantemos um vínculo baseado na intimidade e nas relações intergeracionais”.<sup>259</sup>

E quando adentramos no delicado problema da identificação de uma entidade familiar, é preciso ter clareza quanto ao papel da moral. Sem dúvidas “a família é organização humana sujeita ao extremo à incidência da moral”<sup>260</sup> e por isso é imprescindível a reflexão acerca de quais sejam as orientações de moral a serem utilizadas como baluarte. Se por um lado parece haver certa clareza na constatação de que a família nuclear burguesa continua predominando<sup>261</sup> – pelo menos até o presente momento histórico –, por outro é preciso estar atento aos problemas que o anacronismo próprio do conservadorismo exacerbado pode trazer, cujas lições históricas em matéria de direito das famílias são abundantes. O futuro não pode ser rigorosamente delimitado pelo passado, pois do contrário as mudanças jurídicas necessárias para o acompanhamento da mutação social restarão prejudicadas. Quer isso dizer que a noção de família presente não pode ser ditada tão somente por aquilo que julgávamos ser família tradicionalmente. O conservadorismo deve encontrar limite no ponto em que passa a invadir em demasia a esfera privada e “uma das maiores armas do conservadorismo na luta pela

---

<sup>257</sup>NAMUR, 2014, p. 23.

<sup>258</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiene, 1991, p. 475.

<sup>259</sup>DESSEN, 2010, p. 211.

<sup>260</sup>NAMUR, 2014, p. 22.

<sup>261</sup>REIS, 1994, p. 118.

manutenção dos padrões tradicionais ainda é a educação desenvolvida segundo os moldes da família burguesa.”<sup>262</sup>

Sem qualquer resistência expressiva, o Código Civil brasileiro (de 1916) foi editado sob o molde do patriarcalismo e patrimonialismo, atendendo não às necessidades da população local, mas às da nobreza oriunda da Europa – sendo desta classe o ideal de justiça empregado. A base monarquista e católica característica do Império Português ecoou na legislação brasileira, o que implica concluir que “instituições básicas como a família, a herança e a produção foram reguladas de maneira que se amoldassem aos interesses da classe dominante”.<sup>263</sup>

Nesse particular, convém o registro de que o direito das famílias e das sucessões foram os ramos mais atingidos pelo conservadorismo social. O Código de 1916 positivou a indissolubilidade do matrimônio, a comunhão universal de bens como regime legal, a família patriarcal dentre outros. O casamento, baseado na transmissão de bens pelos dotes, foram aqui – assim como em tantos outros lugares do mundo ao longo da história – “muito mais um negócio conduzido pelas famílias envolvidas”.<sup>264</sup>

Entretanto, é preciso reconhecer que o afeto passou a ser reconhecido como elemento de suma importância para a compreensão da própria pessoa humana, sendo possível que dele decorram efeitos jurídicos. Traduz-se a ideia de afetividade como a confiança existente entre os membros do núcleo familiar, que se concretiza no respeito às peculiaridades de cada membro, de modo a preservar a dignidade de todos.<sup>265</sup> A tutela do afeto visa à plena realização da personalidade humana dentro dos padrões de dignidade humana alcançados na atualidade histórica da civilização.<sup>266</sup>

A entidade familiar de que trata a Constituição Federal tem vistas à concretização do princípio da pluralidade das formas de família – uma cláusula geral de inclusão, e não de clausura. Portanto, admite outras tantas entidades familiares em que estejam presentes laços de afeto, estabilidade e ostentabilidade.<sup>267</sup> Considerando o papel central do afeto e do lar por ele

---

<sup>262</sup>REIS, 1994, p. 118.

<sup>263</sup>NAMUR, 2014, p. 64.

<sup>264</sup>NAMUR, 2014, p. 64-65.

<sup>265</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 259.

<sup>266</sup>BARROS, Sérgio Resende. A Tutela constitucional do afeto. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 889.

<sup>267</sup>GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os arranjos plurais e seus efeitos jurídicos. **Revista síntese**: Direito de Família, v. 12, n. 62, out./nov. 2010, p. 124.

constituído e mantido, os direitos familiares não podem ser recusados a nenhuma forma de família existente na sociedade brasileira, em especial pelo caráter aberto do rol de entidades familiares de que trata o art. 226 da Constituição.<sup>268</sup>

Embora não seja a melhor solução a fixação de uma definição legal de família inspirada no ideal de liberdade, em virtude da natural imprecisão da noção, tal caminho ainda é mais acertado do que a definição advinda de um modelo pré-definido, pronto, estanque. Não são poucas as injustiças históricas praticadas em nome de uma verdade absoluta; mas não há notícias delas quando observadas a pluralidade e a tolerância. Quando há uma única noção do que seja o certo, a mensagem dada é clara: “o direito ao monopólio do poder para alguns, o dever total da obediência para outros”.<sup>269</sup>

A defesa por parte de muitos sociólogos é que não se fale sobre “família”, no singular, visto que não há um único modelo de vida familiar que possa ser adotado como universal. O núcleo familiar tradicional gradativamente foi perdendo predominância a partir da segunda metade do século XX. Na Grã-Bretanha, menos de um quarto dos núcleos domésticos encontra-se em consonância com a família tradicional. Não obstante, também é possível verificar uma variação nos padrões familiares entre grupos étnicos minoritários: núcleos domésticos asiáticos tendem a conter mais de uma família com crianças; comunidades negras tem como característica marcante um grande número de famílias de pais solteiros. Por isso, mais apropriado falar de “famílias”, no plural, como forma de enfatizar a diversidade de formas familiares.<sup>270</sup>

Uma outra falácia a ser derrubada é a que sustenta rígidos papéis dos componentes da família, o que não passa de condicionamento social. A alegação de que há papéis pré-definidos na família – como pai, mãe e filhos – e que a desvirtuação dos modelos familiares poderia causar transtornos, em especial para os filhos, não se sustenta. Isso porque o que há na família não são papeis pré-definidos, mas funções pré-definidas. A consciência humana está preparada para tais funções, sendo de menor importância o papel fixo do componente que avoque essa função, mesmo que isso signifique que o exercício da função não se dê pela figura biológica que corriqueiramente o faz. Isso significa que homens podem exercer funções normalmente exercidas por mulheres na criação dos filhos – como os cuidados básicos da prole – e vice-versa; e também significa que uma mesma pessoa poderia ocupar funções normalmente exercidas por duas – a exemplo do que ocorre com as mães que criam sozinhas os filhos.

<sup>268</sup>BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 619-620.

<sup>269</sup>NAMUR, 2014, p. 109.

<sup>270</sup>GIDDENS, 2005, p. 152.

Portanto, para o autor, a autonomia privada para a escolha do modelo familiar é compatível com as demandas da psique humana, a qual é maleável e se adaptará à realidade posta.<sup>271</sup>

### 2.3.1.2 Ampliação Histórica da Noção de Família

O direito privado brasileiro poderia ser hoje definido pela conjugação de duas grandes forças: de um lado, toda a legislação civil infraconstitucional – no que se inclui o próprio Código Civil em vigor – acometida de anacronismo e obsolescência em certos pontos; de outro, a Constituição Federal, rica em conteúdo principiológico, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. E é neste particular que se desvela importante função dos princípios jurídicos: a interpretação de normas infraconstitucionais. Este paradigma pós-positivista tem como pressuposto a abertura do sistema jurídico, sempre sujeito à acomodação das necessidades vindouras. Logicamente, em vista da incompletude tacitamente admitida do sistema, os princípios figuram como indispensáveis propulsores de seu funcionamento. Não há como elaborar normas específicas para toda uma miríade de possibilidades futuras, até mesmo pela imprevisibilidade da casuística.<sup>272</sup> Um exemplo apropriado no direito das famílias dessa ocorrência é a concepção doutrinária e jurisprudencial da multiparentalidade, hoje pacificada e que será oportunamente abordada no último capítulo desta pesquisa.

Num passado não tão distante, quando excluída a união estável da noção de entidade familiar, impensável era assegurar direitos à concubina semelhantes àqueles a que fazia jus a esposa.<sup>273</sup> O companheirismo, por sua conotação espúria, não gerava qualquer efeito jurídico positivo. Sendo uma união contrária à concepção de família então vigente – fundada no casamento – não advinha dela qualquer efeito patrimonial favorável aos partícipes. Com o tempo, diante das situações injustas envolvendo tais casais a tese da sociedade de fato passou a ser acolhida pelos tribunais.<sup>274</sup> A evolução neste sentido foi gradual, iniciando pela jurisprudência, ao admitir remuneração à concubina por serviços (domésticos ou rurais) prestados durante o tempo da união, direito este que tinha por fundamento a inadmissibilidade do enriquecimento sem causa.<sup>275</sup>

---

<sup>271</sup>NAMUR, 2014, p. 162.

<sup>272</sup>NAMUR, 2014, p. 80-81.

<sup>273</sup>VENOSA, 2017, p. 48.

<sup>274</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dois Tribunais, 2001, p. 297.

<sup>275</sup>CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O concubinato e as inovações introduzidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/94**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 24.

A adequação do ordenamento às demandas da sociedade desvela-se não apenas pela modificação de interpretação da regra – quando não do texto da própria regra –, mas também pela necessária flexibilização do rigor legal diante de casos excepcionais. A exemplo disso, embora ainda subsista como regra geral a vedação de reconhecimento de uniões simultâneas, não são inexistentes os casos em que os tribunais detectaram a necessidade de abrir exceção e reconhecer direitos a ambas as uniões. É prudente não perder de vista que “essa ampla abertura à pluralidade de arranjos familiares pode encetar possibilidade, em tese, de ingresso no sistema, inclusive, de formações familiares que sejam qualificadas pela marca da simultaneidade.”<sup>276</sup>

Embora a Constituição promova a proteção da liberdade e da dignidade, valores estes que por si só já bastariam para assegurar uma completa abertura para os mais variados formatos familiares, o óbice se verifica na estrutura da legislação infraconstitucional, planejada para o casamento – e, pela grande semelhança, também para a união estável. Até mesmo as formações familiares admitidas fora do casamento possuem estrutura semelhante: a união estável (cuja luta pela aceitação teve início em meados do século passado) e mais recentemente a união homoafetiva (apenas na última década recebeu a proteção como entidade familiar). Qualquer pretensão a ver reconhecida a entidade familiar que se configure fora do modelo tradicional demandaria o enfrentamento da incerta e morosa via judicial. Do contrário, desejando o indivíduo a proteção conferida à família na acepção jurídica, daí advindo efeitos próprios do direito das famílias, deverá abrir mão daquilo que não se enquadre no molde inflexível do sistema: uma relação monogâmica em que inexiste vínculo de parentesco.<sup>277</sup>

Em nosso sistema jurídico é fácil extrair a conclusão de que a união estável (ainda) é tutelada como união informal que precede o casamento, como se fosse um casamento informal e não como uma possibilidade de constituição familiar a despeito de qualquer formalidade e sem priorizar a preocupação patrimonial. Trata-se sobremaneira de um reflexo da preocupação com o fluxo patrimonial e com a segurança jurídica, a demanda primária da economia de mercado para a livre circulação de bens. Normativamente, tanto Código Civil (art. 1.726) quanto Constituição da República (art. 226, §3º) sinalizam a inferioridade da união estável, quando trazem em suas redações a previsão de facilitação de sua conversão em casamento, sendo possível inclusive encontrar defesas no sentido de que este último é instituição-fim enquanto aquela é instituição-meio.<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup>PIANOVSKI, 2006, p. 204.

<sup>277</sup>NAMUR, 2014, p. 161-162.

<sup>278</sup>NAMUR, 2014, p. 127-128.

A resistência à aceitação das entidades familiares não consolidadas na cultura, sob o argumento de preservação da família, é uma grande contradição. Como esclarece Pietro Perlingieri, em comentário ao contexto italiano, “a família como formação social, como ‘sociedade natural’, é garantida pela Constituição (art. 29, §1) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa.”<sup>279</sup>

Detecta-se com clareza um descompasso entre a família na sociedade – aquela existente de fato – e a família no direito. Embora outros formatos de família tenham passado a receber tutela do direito de família, o casamento continua a ser o modelo interessante para o mercado e economia. O comportamento social muda, mas o direito de família não acompanha o ritmo das mudanças da sociedade, permanecendo anacrônico em certa medida. Ademais, dentro da própria doutrina familista é possível detectar a resistência de alguns autores, que persistem na defesa do casamento como o meio de formação de família e críticos ao crescente número de divórcios, mentalidade essa que não se amolda à noção de família eudemonista – e de modo geral à noção de realização pessoal. Soma-se a isso o argumento de que as formações familiares ensejam dificuldades de acomodação no sistema jurídico, o qual não deve prosperar, pois não podem as questões de ordem legal e procedimental serem um entrave à tutela jurídica dos relacionamentos formadores de famílias.<sup>280</sup>

Por isso, formações familiares que desafiem as regras já estabelecidas não podem ser barradas tão somente pelo trabalho que se terá para sintonizá-las ao ordenamento jurídico, o que demandará esforço para a construção das soluções jurídicas que sejam necessárias. Não se pode ignorar que tal argumento seja mera pirotecnia que desvia o foco da verdadeira motivação: a moral e a tradição. O direito das famílias é ramo vulnerável aos desmandos da moral cristã,<sup>281</sup> ainda tão influente no Ocidente, o que deixou marcas de injustiça histórica: prejuízo a direitos de filhos ilegítimos, restrição de faculdades da mulher casada e exclusão de entidades familiares hoje reconhecidas pelo nosso ordenamento como merecedoras de tutela.

Exemplo disso foi o processo de desconstrução do casamento como uma estrutura familiar sólida e inabalável, e por isso única forma de entidade familiar aceita por nosso

<sup>279</sup>PERLINGIERI, 1997, p 243.

<sup>280</sup>NAMUR, 2014, p. 157-158.

<sup>281</sup>Belmiro Pedro Welter relembra que no século XVII as relações jurídicas brasileiras passaram a ser disciplinada pela legislação portuguesa, mas “os dogmas da religião cristã estabeleceram como deveriam se comportar as famílias lusitanas e brasileiras, cuidando dos impedimentos matrimoniais, que decorriam do parentesco e da consanguinidade, que tornavam nulo o casamento, até a sua indissolubilidade, pelo que o adultério era visto como crime contra a República e, para a Igreja Católica, considerado pecado.” (WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 43).

ordenamento até meados do século passado. A constatação de que pais e mães acabavam por criar filhos sozinhos após o fim do casamento foi a prova de que o casamento estava longe de trazer a segurança e estabilidade prometida. Com isso a imagem do concubinato começou a mudar. Se no passado (década de 70) tratava-se o concubinato como coabitação juvenil e transitória adotada especialmente nos meios sociais menos favorecidos, na década de 90 já havia se tornado passagem normal da vida das pessoas sendo comum que pelo menos metade dos casamentos ainda realizados sejam precedidos de coabitação e cerca de 80% das uniões iniciam fora do casamento. Um dos aspectos mais relevantes para o desenvolvimento das uniões livres é o risco do divórcio no casamento, ato este moroso e oneroso – além do desgaste emocional do processo. Soma-se a tudo isso a evolução das mentalidades, ritmo de vida e visão de mundo. As demandas da frenética sociedade em que vivemos não raras vezes exigem mudanças de domicílio por razões profissionais, para outras cidades ou até mesmo países, desencorajando a construção de planos de longo prazo. O casamento indissolúvel cada vez mais torna-se um vestígio insólito do passado.<sup>282</sup>

Outro exemplo, mais recente, é a união homoafetiva, juridicamente desamparada por longo período em vista da suposta agressão aos valores vigentes, segundo linha mais conservadora de pensamento. Mas é bem verdade que, no caso da união homoafetiva, o problema residia no campo axiológico, inexistindo maiores percalços para operacionalizar as ditas relações em termos práticos – especialmente no tocante à partilha de bens. Quando admitida, união homoafetiva foi (inicialmente) apenas acomodada na previsão da união estável,<sup>283</sup> que por sua vez é tolerada desde que não se afaste das balizas do casamento.

Todavia, o rigor das regras e dificuldade de acomodação de novas realidades no ordenamento vigente não deve figurar com óbice para o reconhecimento de direitos que se mostrem legítimos sob a ótica da dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais. Exemplo bem-sucedido desse raciocínio jurídico foi o reconhecimento da multiparentalidade, que rompeu paradigmas, mesmo diante da certeza de que demandará adequação de um sistema que fora planejado sobre o molde da família tradicional espelhada no casamento – e no vínculo biológico. Problemas de ordem sucessória ainda estão por se apresentar, mas sem dúvidas no momento oportuno solução adequada será encontrada pelos nossos tribunais, inspirados pelas propostas elaboradas pela doutrina. É papel do direito encontrar soluções para os problemas

---

<sup>282</sup>BOLOGNE, 1999, p. 368-369.

<sup>283</sup>“Não obstante a “boa intenção” das decisões, frisa-se que se trata de medida que matrimonializa a família, que transmite aos casais e à sociedade a noção de que o casamento civil é a forma padrão de constituição de família e não uma entre tantas outras e que sequer deveria gozar dessa prioritária preferência jurídica”. (NAMUR, 2014, p. 169-172).

decorrentes de questões não previstas pelo legislador; não é papel do direito negar a ocorrência de fenômeno social que demande tutela jurídica sob o fundamento da impossibilidade – que, em verdade, é mera dificuldade – de adequação à ordem vigente.

Derradeiramente, quando trazida a discussão para a seara da formação familiar, é a relação entre três fatores que indicará o quanto o indivíduo poderá manifestar genuinamente a sua escolha livre: liberdade, sociedade e sexualidade. A pessoa cuja liberdade não é efetivamente permitida pela sociedade será coagida a exteriorizar sua intimidade e sexualidade em conformidade com as referências socialmente aceitas, o que resulta eventualmente em condutas nocivas – ao indivíduo em primeiro lugar e ao grupamento pela via reflexa. Isso justifica, ilustrativamente, o machismo, a homofobia, a heterossexualidade e a monogamia. Ao ceifar-se do indivíduo seu poder de escolha, uma série de consequências se desencadearão. A primeira delas é a falta de oportunidade de se descobrir diferente e, por isso, viver a infelicidade por não manifestar sua natureza. A segunda será a falta de preparo psicológico para lidar com a descoberta tardia, o que dificultará a expressão dessa diferença e conduzirá à repressão de sua natureza, o que novamente desaguará na infelicidade. Além do prejuízo psicológico a que submetido o indivíduo, há ainda os prejuízos sociais decorrentes dos conflitos de convivência resultantes da não manifestação da sexualidade e afetividade de que necessitaria aquele para a sua realização pessoal.<sup>284</sup>

No entanto, é importante que se ressalte que embora a perspectiva libertária e individualista deva figurar como norte para a família contemporânea, o excesso desvirtuaria o propósito da concepção de família. Isso porque a formação da entidade familiar vem acompanhada de deveres de solidariedade, o que implica dizer que a proteção legal da família será fruto da conjugação entre liberdade e responsabilidade. Ou seja, com a formação familiar surgem direitos e deveres como o de assistência material – consubstanciado no dever de prestar alimentos – e aqueles que decorrem da sucessão. O mesmo raciocínio não se aplica à imposição de determinado regime de bens que vise a vincular economicamente as pessoas. A liberdade familiar não está atrelada ao estabelecimento de limites, mas à verificação da função da família para os seus componentes.<sup>285</sup>

A função da família, constitucionalmente protegida, não pode ser perdida de vista: “a função constitucional atribuída à família é que abre margem à sua concepção plural. Se não é à

---

<sup>284</sup>NAMUR, 2014, p. 109.

<sup>285</sup>NAMUR, 2014, p. 158.

família surgida do matrimônio que se confere tutela especial, mas, sim, àquela que realiza a função que lhe é atribuída pela Constituição, desmorona o modelo único.”<sup>286</sup>

No entanto, há questões polêmicas que precisam ser enfrentadas quando se defende a liberdade das pessoas para a criação de suas entidades familiares em decorrência da autonomia privada existencial. Nesse particular, em densa obra dedicada ao assunto, Samir Namur elenca dois temas espinhosos: idade mínima e relação de parentesco. Em nosso ordenamento, a idade mínima para o exercício de atos guarda relação com a capacidade de compreender e ter clareza para decidir, ou seja, discernimento. Sendo este o caso, propõe que há que se ponderar se a ausência de idade mínima<sup>287</sup> deveria ser um impedimento à caracterização da família, mesmo quando a casuística der conta de demonstrar com clareza que a pessoa tem suficiente entendimento e está de acordo. O segundo ponto suscitado pelo autor diz respeito à existência de relação de parentesco, condição essa que não poderia caracterizar impedimento para o reconhecimento da família num sistema em que inexistente um rol fechado de entidades familiares.<sup>288</sup>

Aliás, a possibilidade de formação de uma entidade familiar entre irmãos é o que propõe a família anaparental. A presença de relações sexuais não é um requisito para a formação de uma entidade familiar, sendo a solidariedade o cimento da família, não cabendo ao Estado a gestão do afeto. Essa última observação é fundamental para fazer justiça aos questionamentos do autor, sob pena de incorrer-se em errônea interpretação que permita inferir que se estaria defendendo práticas que colidam com os valores básicos da sociedade – a exemplo do exercício da sexualidade plena por crianças, hipótese que caracteriza tipo penal próprio.

A considerar que Richard Sennett, invocado por Zygmunt Bauman, crê que as relações amorosas duradouras não devam ser erigidas sobre uma base de intimidade mútua, é necessário levar em consideração as implicações que isso poderá ter para o formato familiar do tradicional matrimônio. Segundo o autor, as diferenças existentes entre as pessoas são tão contundentes que os parceiros farão demandas entre si que serão de impossível cumprimento – seja por estrita impossibilidade, seja por falta de vontade de pagar o preço para isso. Esse processo resultará em sofrimento e frustração, o que será o veículo que conduzirá à porta de saída da relação.

---

<sup>286</sup>SILVA, M., 2012, p. 236.

<sup>287</sup>“Isso não inclui as crianças, obviamente. Ilícitos em geral podem ser regulados por meio de legislação criminal e civil que aplique a devida responsabilidade, não cabendo por si só como fundamentos para a previsão legal do casamento.” (NAMUR, 2014, p. 185).

<sup>288</sup>NAMUR, 2014, p. 165-166.

Algum dos componentes da relação acabará desistindo da relação e buscando realização de suas necessidades de autoconfirmação fora.<sup>289</sup>

Quando se defende a pluralidade familiar retornamos à demanda por uma definição do que seja família. Se há a configuração do “estado de família”, consistente em posição jurídica complexa, com caráter duradouro e que atrai para si direitos e deveres especificamente incidentes no âmbito familiar. Compete ao sistema jurídico apenas reconhecer quando tal situação de fato está configurada para que possa então proteger a família, sem estipular como deva ela funcionar internamente. A verificação será feita caso a caso, a considerar as circunstâncias subjetivas e sociais que se imiscuem, haja vista que inexistente meio concreto de positivizar-se a intenção do indivíduo, sendo este um elemento imprescindível na formação da família. Assim, a abertura do sistema jurídico deve dar conta de construir soluções não previstas pela legislação.<sup>290</sup>

Nesse particular, vale o registro de que a dificuldade de enquadramento da união poliafetiva na estrutura normativa vigente foi um dos argumentos adotados pelo relator por ocasião da decisão do pedido de providências do CNJ. No entanto, como já comentado anteriormente, a necessidade de nova legislação para atender a uma necessidade legítima da sociedade não pode ser fundamento suficiente para deixar de atendê-la. A legislação existe para o propósito de atender a sociedade e não para poupar a necessidade de nova atividade legislativa, em detrimento do interesse social – ainda que de uma minoria. A esse respeito, é de grande contribuição a lição de Pietro Perlingieri, quando esclarece que a família não fundada no casamento, desde que atenda à função precípua da família, ou seja, o atendimento às necessidades de seus membros (incluindo os filhos), representa um valor merecedor de tutela. Segundo o autor, “é um problema de costume e não somente de leis. Diante de uma mudança de costume – que todavia continua dentro do quadro constitucional – representaria um comportamento veleitário e perdedor (por parte) do legislador, cristalizar um costume já mudado ou já superado.”<sup>291</sup>

É comum que dentre os requisitos elencados pela doutrina para a caracterização de uma família estejam o afeto, a estabilidade e a ostensividade (ou ostensibilidade<sup>292</sup>). No entanto, é

---

<sup>289</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Trad. Alaxandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 140.

<sup>290</sup>NAMUR, 2014, p. 162.

<sup>291</sup>PERLINGIERI, 1997, p 257.

<sup>292</sup>Como bem destacado há quase duas décadas por Paulo Luiz Netto Lôbo em artigo versando sobre a pluralidade das famílias, em todos os tipos familiares até então verificados estavam presentes três características: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem

de se questionar a razoabilidade dessa última como requisito, haja vista que a ausência de publicidade, reconhecimento social, não descaracterizará por si só uma família.<sup>293</sup> Ao nosso ver, o que se pretende é evitar a clandestinidade e não impor ostensividade ou publicidade.

O outro requisito comumente demandado é a estabilidade, que pode ser compreendida como as noções de “contínua e duradoura” na redação do art. 1.723 do Código Civil, o qual é de suma importância, pois trata da caracterização da união estável. Entretanto, nosso ordenamento teve a oportunidade de amadurecer o tratamento dado ao instituto da união estável nesse tocante, pois sabidamente não há como exigir-se – ao menos objetivamente – que haja um tempo mínimo para a caracterização da entidade familiar. Portanto, não é o tempo que definirá a intenção dos envolvidos na formação de um núcleo familiar, haja vista que “a consolidação da intenção da pessoa não requer tempo para produção de efeitos jurídicos e essa obviedade já foi reconhecida no tocante à união estável”.<sup>294</sup>

Num Estado democrático que prime pela inclusão e respeito ao pluralismo não há espaço para um único formato impositivo de conjugalidade. Ainda que este seja o caminho mais fácil na busca da tão almejada segurança jurídica, tal escolha ignora o fato de que a vida é caracterizada pelo devir e é natural que os relacionamentos sejam dinâmicos, voláteis, criativos e mutantes. A diversidade pode ter como preço certa medida de conflitos, mas nem por isso deve ser sacrificada em prol de um único modelo conjugal legalmente definido.<sup>295</sup>

Trata-se de uma necessária evolução da noção de família, que já não pode mais ser satisfeita exclusivamente pelo modelo inspirado na família colonial. Ana Carla Harmatiuk Matos explica que “a ideia do homem como chefe da sociedade conjugal liga-se à necessidade de uma autoridade para manterem ordem e unidade, tão importantes para o sistema de produção da Grande Família”.<sup>296</sup>

O efetivo reconhecimento da diversidade familiar implica estender a chancela jurídica de família aos mais distintos arranjos que denotem a intenção de convivência. Apenas estender o casamento civil a outros arranjos familiares resultará num engessamento anacrônico da família no formato milenar. Plural é a família e não o casamento, instituição essa caracterizada

---

comunhão de vida; c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente” (LÔBO, 2002).

<sup>293</sup>Embora a notoriedade da formação familiar seja relevante para fins processuais, visto que fazer prova de sua caracterização é imprescindível em determinadas demandas, isso não importa afirmar que a falta de ostensividade impeça a formação de uma entidade familiar. Trata-se de requisito indevidamente estabelecido para o exercício da autonomia privada existencial. Essa exigência é fruto da própria redação legal, pois a entidade familiar alternativa ao casamento, qual seja, a união estável, depende da “publicidade” da união, do que se conclui, por extensão, ser requisito para a caracterização de uma família (NAMUR, 2014, p. 164).

<sup>294</sup>NAMUR, 2014, p. 165.

<sup>295</sup>SILVA, M., 2012, p. 143.

<sup>296</sup>MATOS, 2000, p. 24.

pelo excesso de formalidades e sobrecarregada orientação moral. Ao estender o casamento às demais formações familiares, sob o pretexto de melhor proteger as famílias, o que se obterá é apenas a hierarquização das entidades familiares, pois notoriamente quer-se afirmar que o casamento é formação familiar sob a qual recai maior proteção. Por isso, Namur entende que se for possível chegar ao momento em que exista apenas “família”, e não mais modelos estanques de família, finalmente restará instituído o verdadeiro patamar de igualdade e dignidade de todos os indivíduos, incluindo aqueles que escolham formas alternativas de convivência.<sup>297</sup>

É possível invocar em favor da união poliafetiva tratamento assemelhado àquele conferido à união estável, primeira forma de família baseada na informalidade e que por longo período permaneceu marginalizada. Nessa, mesmo quando ausente algum dos requisitos comumente elencados pela doutrina (publicidade, continuidade, *intuito familiae*, inexistência de impedimentos matrimoniais) não restará necessariamente descaracterizada a união, cuja essência é que exista uma família formada com a relação de afeto.<sup>298</sup> Não há razão para não aplicar idêntico raciocínio às demais formas de família.

### 2.3.1.3 A Família Eudemonista

A proposta da família eudemonista pode ser encontrada no princípio da função social da família, segundo visão de Gagliano e Pamplona Filho. A família contemporânea perdeu muitas das funções que exerceu ao longo da história da humanidade. No entanto, numa perspectiva constitucional, “a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um.”<sup>299</sup>

A valorização das funções afetivas da família foram causa de significativa transformação social, em que os núcleos familiares se voltaram à realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros. Na percepção de Maria Berenice Dias, à medida que regride o aspecto instrumental da família testemunha-se o avanço da concepção eudemonista. Como a comunhão de afeto é incompatível com a imperatividade de um único modelo familiar

---

<sup>297</sup>NAMUR, 2014, p. 190-191.

<sup>298</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 221.

<sup>299</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 99.

fundado no casamento, a afetividade acabou por ingressar nas reflexões da comunidade jurídica, com vistas a explicar as relações familiares contemporâneas.<sup>300</sup>

Há muito tempo Paulo Luiz Netto Lôbo defende que a norma não tem por objeto “a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir famílias ‘ilícitas’, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento)”.<sup>301</sup>

A família é o local e meio para o desenvolvimento da pessoa, a busca pela satisfação de suas demandas afetivas e existenciais. Não reside na família um interesse superior àquele dos próprios indivíduos. E não há formação familiar que seja superior às demais, malgrado o conservadorismo procure situar o casamento e a família nuclear em posição de enaltecimento. Cada família possui seu próprio ordenamento interno, embora se reconheça que os estatutos internos da família devam ser orientados pelo princípio da igualdade – não se admitindo que pessoas em situação igual recebam tratamento diverso ou que pessoas em situações distintas recebam tratamento igual. Portanto, não é a família tutelada externamente, como se fosse instituição que vá além de seus próprios membros, em especial quando isso vai de encontro ao pleno desenvolvimento da personalidade dos seus membros, razão pela qual não compete ao Estado a intervenção nessa esfera, ditada pela vontade daqueles. Por isso, é inexorável a conclusão de que não há famílias que gozem de superioridade e é ilegítima qualquer intervenção do Estado na defesa da família em detrimento de seus membros, no que se inclui a vedação à proibição ou criação de dificuldades para a dissolução do vínculo conjugal sob o pretexto de preservação da família. Como tutela à dignidade dos componentes da família, exsurge a legítima tutela à família eudemonista, em que a realização pessoal daqueles que formam a relação familiar é o elemento preponderante a ser considerado.<sup>302</sup>

Isso vem ao encontro da lição de Perlingieri, ao lembrar que não há um “interesse familiar” superindividual, de tipo público e corporativo, devendo ser rechaçadas as teorias que adotam tal premissa. Segundo ele, “a família não é titular de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular de um interesse jurídico separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa.”<sup>303</sup>

Por isso, Samir Namur defende que:

---

<sup>300</sup>DIAS, 2015, p. 53.

<sup>301</sup>LÔBO, 2002, p. 40-55.

<sup>302</sup>NAMUR, 2014, p. 85-86.

<sup>303</sup>PERLINGIERI, 1997, p 245.

O cerne da família para o direito deve ser a intenção de indivíduos de terem um projeto de vida coletivo, uma vida em conjunto, uma comunhão de vida (nas comuns palavras da legislação). Ressalte-se que não se trata de investigar a vontade, mas sim a conduta adotada na relação com o outro, que denota a intenção de constituir família. Isso pode ser realizado com ou sem afeto, a não ser que se subsuma o afeto justamente nessa intenção. O mesmo quanto à noção de estabilidade, que deve ser entendida na existência dessa intenção por tempo indefinido (ao menos em tese), o que evidentemente caracteriza a família.<sup>304</sup>

Se o foco for deslocado do indivíduo para o grupo familiar será possível detectar que cada família possui uma vida e crescimento próprios, com uma identidade psicológica e social característica, uma face interior e outra exterior, bem como lutas, valores e expectativas correspondentes. Surge um padrão de unidade e estabilidade, e uma configuração de relações de papéis familiares própria. O desenvolvimento da família através do tempo decorre dos níveis de experiência conjunta de seus componentes. O padrão integrativo da família molda o nível de reciprocidade nos pares familiares, resultando também na padronização da abordagem para a solução dos problemas internos. Esse padrão determina o modo específico de comportamento exigido dos membros da família nas suas variadas relações, com vistas à execução das funções familiares. É moldada a identidade psicológica dos pares (homem-mulher, pais-filhos etc) e os padrões de comportamento de educação dos filhos. A estrutura familiar em evolução reflete a forma com que a entidade familiar se molda às novas experiências e sua capacidade de mudar e continuar crescendo. E só então, dentro desse esboço de vida familiar, é que os potenciais para o desenvolvimento e criatividade individual se revelam.<sup>305</sup>

Com a revisão dos critérios para a caracterização da família, uma das ocorrências que mais sofrem a exclusão de tutela passa ser reconsiderada: as uniões paralelas (ou simultâneas). São uniões cuja exclusão decorre unicamente da monogamia como regra inexorável. O quadro completo forma-se em etapas, vindo a ser excluída da proteção jurídica a união formada em segundo lugar, quando já existente previamente um casamento ou outra união. E o que não pode ser olvidado é que a escolha de um arranjo familiar está sujeita a uma miríade de variáveis. Diversamente das relações mercantis, em que há certo grau de previsibilidade, as relações afetivas são frequentemente marcadas pela imprevisibilidade. E, também por isso, a boa-fé que marca as relações civis não pode ser exigida com idêntico rigor no campo das emoções que permeia o ambiente familiar. Isso significa dizer que “a incidência do princípio constitucional

---

<sup>304</sup>NAMUR, 2014, p. 164.

<sup>305</sup>ACKERMAN, Nathan W. **Diagnóstico e tratamento das relações familiares**. Trad. Maria Cristina R. Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1986, p. 326.

da liberdade para constituir família não pode ser lida como liberdade para constituir família com boa-fé”.<sup>306</sup>

A esse respeito, Marcos Alves da Silva alerta que parece descabida a extensão da boa-fé objetiva à hipótese das famílias paralelas, pois a pessoa que vem a formar um núcleo familiar com alguém que já compõe outra família não possui relação jurídica com as pessoas que compõem o primeiro núcleo – e, por isso, não há para com elas qualquer dever de boa-fé objetiva. O que se poderia suscitar, no máximo, seria a existência de um dever moral negativo – de abstenção de exercício da conjugalidade com pessoa casada –, o qual não poderá, no entanto, ser transposto para o campo jurídico e albergado sob o manto da boa-fé objetiva.<sup>307</sup>

A inexistência da relação jurídica entre a companheira da segunda união e a da primeira é o aspecto que revela má técnica na invocação da boa-fé objetiva para este contexto. Isso porque a boa-fé, como cláusula geral, “impõe deveres de lealdade e respeito à confiança recíproca entre as partes de uma relação jurídica, à margem da expressa constituição de obrigações nesse sentido”,<sup>308</sup> o que permite inferir que até se poderia cogitar a invocação da boa-fé objetiva para a relação entre companheiros, mas não entre pessoas sem vínculo.

É relevante o esclarecimento, no entanto, que a defesa de Namur pela flexibilização da boa-fé não deve ser estendida às uniões poliafetivas, até mesmo porque desnecessária, a considerar que se tratam de um modelo conjugal que exige transparência e consentimento válido por parte de todos os componentes da relação. O que o autor propõe, em nosso entendimento, é que a união conjugal formada enquanto cientes os envolvidos de que havia ali um impedimento – e, por isso, considerada de má-fé – não seja rigorosamente excluída da tutela de direitos apenas pela inexistência da completa boa-fé. A exemplo disso, a hipótese em que um homem opte por ter duas diferentes companheiras e cada uma tenha conhecimento da outra relação e não se oponha.

Nesse contexto de imperiosa revisão do que deva se considerar família, a abertura conceitual dá azo à reconsideração dos critérios. Assim como no passado o direito empresarial viu a necessidade de migrar do enfoque objetivo dos chamados atos de comércio para o enfoque

---

<sup>306</sup>Essa é a conclusão de Namur, que complementa ainda esclarecendo que isso vale tanto para o viés subjetivo – pois o conhecimento sobre a existência da família anterior não impede a formação da família posterior, haja vista que as relações humanas são complexas e muitas situações se formam gradualmente, às vezes de forma imperceptível – quanto para o objetivo – pois nenhum de seus três efeitos (cânone hermenêutico, criação de deveres jurídicos e limitação de direitos subjetivos) se aplica à formação fática de uma família, que a partir de então estará sujeita ao regramento próprio da legislação (NAMUR, 2014, p. 168).

<sup>307</sup>SILVA, M., 2012, p. 156, 2012.

<sup>308</sup>SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 132.

subjetivo que buscou identificar o empresário a partir das características de sua atividade,<sup>309</sup> semelhante processo vem sendo demandado do direito das famílias quando da definição de um conceito basilar: a família. É cada vez mais patente a percepção de que definir uma família com base em sua estrutura atende de forma menos adequada à demanda do direito do que a busca pela função da família, o seu propósito.

Por isso, em vez da utilização de um critério objetivo para a definição da família (família matrimonial, família convivencial, família monoparental, família homoafetivas, família anaparental, família mosaico etc), mais apropriado parece ser a adoção de um critério subjetivo, que leva em consideração as características do grupo de pessoas para que possa ser considerada como uma entidade familiar. Assim, desde que presente a afetividade (intuito de constituir família), a estabilidade (duração ininterrupta e duradoura) e a ostensividade/ostensibilidade (não clandestinidade),<sup>310</sup> pode-se concluir que há uma entidade familiar, a despeito do reconhecimento jurídico.

Diante dessa demanda é que a família eudemonista ganha a simpatia da doutrina familista. O eudemonismo,<sup>311</sup> em matéria de composição familiar, opera sob a premissa de que a família deva ser meio para a busca da felicidade dos seus membros, que mutuamente estabelecem entre si laços de afeto e percebem-se como família. O que está em jogo não é a proteção a entidade familiar acima das necessidades dos seus membros, mas a proteção da entidade familiar desde que apta à realização das necessidades dos seus integrantes. Isso confere um novo norte, razoavelmente seguro, para balizar a noção do que seja a família.

Até mesmo porque, como concluem Gagliano e Pamplona Filho na tentativa de conceituar família, “não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a

---

<sup>309</sup>Abandonando o critério dos atos de comércio (art. 19 do Decreto 737 de 1850) (BRASIL. **Decreto n° 737**, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm). Acesso em: 28 jul. 2021) para a caracterização da empresa, o Código Civil, em seu art. 966, passou a considerar empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” (BRASIL, 2002 [CC]).

<sup>310</sup>Características invocadas por significativa parcela da doutrina, tendo como um dos precursores Paulo Lôbo (LÔBO, 2002, p. 40-55).

<sup>311</sup>“O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A felicidade individual ou coletiva é fundamento da conduta humana moral, sendo consideradas boas as condutas que levam à felicidade. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa, devendo o afeto ser reconhecido como único modo eficaz de definição da família. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos familiares. Envolve os membros na busca da realização pessoal [...]. Não se protege a família por si própria, mas como o *locus* para realização da pessoa humana, tendente à felicidade individual de cada membro na convivência familiar, permitindo-lhe a realização pessoal.” (CARVALHO, 2017, p. 60-61).

aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias.”<sup>312</sup>

Disso se infere que não sendo possível fixar modelos rígidos do que seja uma composição familiar, o caminho mais seguro para uma concepção moderna de família reside no intuito de constituir família, o que vem ao encontro da proposta eudemonista. Nessa senda, os autores propugnam, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana: “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes”.<sup>313</sup> Esse conceito reúne, portanto, três elementos:

- a) Núcleo existencial composto por mais de uma pessoa: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas;
- b) Vínculo socioafetivo: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. A família é um fato social, que produz efeitos jurídicos;
- c) Vocação para a realização pessoal de seus integrantes: seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e conveniência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social.<sup>314</sup>

Destarte, o que se denota é que em última análise a proposta da família eudemonista vem ao encontro da valorização dos indivíduos, que se unem em família por laços de afeto e em busca da felicidade. A família é, por conseguinte, meio para a plena realização da personalidade dos seus componentes. Essa constatação provoca a análise dos direitos da personalidade e sua contribuição para o estudo, o que será oportunamente abordado.

Como assevera Rolf Madaleno, em alusão à família eudemonista, “o Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade.”<sup>315</sup>

Portanto, o que propõe a família eudemonista, em suma, é que a família seja o ambiente para que o indivíduo encontre a felicidade por meio do exercício do afeto com quem considera ser sua família, a despeito dos laços consanguíneos. Em última análise, a proposta eudemonista

<sup>312</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 39.

<sup>313</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 44.

<sup>314</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 45.

<sup>315</sup>MADALENO, 2017, p. 75-76.

vem no sentido de que família seja a instância da realização da personalidade pelo exercício do amor.

A afirmação da família eudemonista surge como superação da família transpessoal, tornando-se assim referência no direito contemporâneo. Por isso, “não parece razoável admitir que existam interesses públicos de família que justifiquem a intromissão do Estado no recôndito da intimidade de um indivíduo para lhe impor um dever referente ao exercício de sua sexualidade”.<sup>316</sup>

O que se conclui, portanto, é que a intervenção do Estado no seio familiar não encontra amparo normativo; pelo contrário, pode resultar em sacrifício de bens jurídicos a serem tutelados, no que se inclui a família formada com base no genuíno afeto. O afeto, convém lembrar, teve sua importância reconhecida no Direito das Famílias, dando azo à formulação do princípio da afetividade, tão caro ao tema em estudo.

#### 2.3.1.4 Princípio da Afetividade

A família passou por significativa mutação ao longo da história da humanidade, em especial no tocante à sua função. Com o desaparecimento das antigas funções da família, que passaram a ter papel secundário, a entidade familiar passou a ser formada por motivações afetivas.<sup>317</sup> Partindo da proposta eudemonista de família, o princípio da afetividade vem ao encontro da família voltada ao bem-estar dos seus membros, vinculados por elos afetivos dos quais decorre a solidariedade mútua.<sup>318</sup>

É certo que o afeto passou a ter sua relevância reconhecida no Direito em tempos mais recentes. Isso significa que o amor passou a ser tema de primeira importância em matéria de formação familiar. E, a considerar que a noção de família comumente orbita a ideia de uma relação conjugal central – herança da cultura do casamento e da geração de filhos –, entender o amor que permeia a conjugalidade é de todo oportuno.

A presença do amor (afetividade) nas relações familiares é deveras marcante. Ontologicamente a raiz da família está na afetividade, a considerar a moderna acepção de família, cujo molde se dá pelo liame afetivo que vincula os seus membros (malgrado preservadas as suas individualidades). Por isso, a inafastável conclusão a que chegam Gagliano e Pamplona Filho vem no sentido de que o Direito Constitucional de Família brasileiro deve

---

<sup>316</sup>SILVA, M., 2012, p. 113, 2012.

<sup>317</sup>CARVALHO, 2017, p. 90.

<sup>318</sup>NAMUR, 2014, p. 137.

reconhecer como entidade familiar arranjos para além da tríade casamento – união estável – núcleo monoparental.<sup>319</sup> É notória a abertura para a poliafetividade por força do princípio da afetividade.

Como esclarece Rolf Madaleno, o afeto advém “da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um ao outro, decorre das relações da convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre parentes, como está presente em outras tantas categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar”.<sup>320</sup>

A busca pela individualidade pessoal perpassa pela implacável busca do ser humano por amor – ou seja, amar e ser amado. Zygmunt Bauman, aludindo a Niklas Luhmann, esclarece que ser amado implica tratamento especial, único, por parte de outra pessoa – a que ama. Por sua vez, amar é respeitar a autonomia do companheiro amado, é entendê-lo a nível extraordinário.<sup>321</sup> Se por um lado é certo que o amor é uma experiência subjetiva, vivida por cada um dos amantes em seu próprio universo mental, por outro é também possível concluir que o amor exteriorizado não é uma experiência solitária – já que haverá ao menos uma segunda pessoa envolvida, um destinatário do amor, que figurará como objeto com o qual se relaciona aquele que experimenta o amor.

Aqui há de se olhar com a necessária compreensão aos praticantes de relações não monogâmicas, que buscam encontrar alternativas para preservar um relacionamento em que já se esgotou o elemento paixão (atração), mas ainda estão presentes a intimidade e o comprometimento, em alusão aos três elementos da Teoria Triangular do Amor<sup>322</sup> – que posteriormente viria a dar azo ao surgimento da Teoria Tetrangular do Amor.<sup>323</sup>

<sup>319</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 90-91.

<sup>320</sup>MADALENO, 2017, p. 165.

<sup>321</sup>BAUMAN, 2010, p. 137-138.

<sup>322</sup>Pela Teoria Triangular do Amor, desenvolvida na Universidade de Yale por Rober J. Sternberg, há três componentes essenciais do fenômeno do amor: intimidade, paixão e decisão/comprometimento. A intimidade é de fácil explicação, pois caracterizada pelos sentimentos de proximidade da relação, que geram a experiência de “aconchego”. A paixão é o aspecto instintivo do amor, ou seja, atração física e contato sexual. Por fim, o fator decisão/comprometimento manifesta-se por meio de dois distintos aspectos, um a curto e outro a longo prazo, que nem sempre caminham juntos: i) a decisão de alguém que ama outra pessoa; ii) o comprometimento em manter esse amor. A combinação entre os componentes (intimidade, paixão e decisão/comprometimento) pode gerar sete distintos formatos de relação: três formatos de relação que possui apenas um dos componentes; outros três formatos de relação que possui quaisquer dois deles; e, por fim, um formato em que estão presentes os três (RODRIGUES, Aroldo. **Psicologia social para iniciantes**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 118).

<sup>323</sup>Freire explica que, a partir do modelo teórico de Sternberg, “Yela (1996) percebeu a partir de resultados de suas pesquisas que a paixão poderia ser dividida em dois fatores: paixão romântica e paixão erótica. Diante desses resultados, propôs a *Teoria Tetrangular do Amor* (Yela, 1998, 2000), passando a considerar uma estrutura de quatro fatores para explicar o fenômeno do amor: *paixão erótica, paixão romântica, intimidade e compromisso*.” (FREIRE, 2013, p. 85).

É preciso reconhecer que há certo grau de razoabilidade na escolha por um formato de união que permita superar a falta de completa satisfação sem que haja a necessidade do sacrifício da relação já existente. Embora não se trate de uma solução que agrade a todos ou que atenda indistintamente às necessidades das pessoas, parece ser desarrazoado ceifar o direito daqueles que optam por exercer tal escolha. Esse é particularmente o contexto que leva muitas relações repletas de cumplicidade à bancarrota. Embora a intenção de comprometimento permaneça hígida, insatisfações pontuais acabam por mover um ou ambos os membros do relacionamento a desenvolverem interesse por terceiros. Numa relação poliafetiva poderia haver compatibilidade entre as duas demandas – a manutenção de uma relação de confiança e cumplicidade concomitante com o desenvolvimento de uma nova relação com novidade e potencialidades – mas numa relação convencional a fórmula inviabiliza essa composição. Se é certo que a relação poliafetiva não serve para todos, há de se perguntar se a recíproca também não é verdadeira: a relação monogâmica atende à necessidade de todos?

Aqui convém trazer a lume importante anotação sobre a “relação convencional” feita por Aldo Carotenuto. Ao contrário do que se pensa, não é uma substituta do relacionamento autêntico, mas precisamente o seu oposto. Isso porque numa relação assim as palavras não têm real poder expressivo, já que a comunicação depende do intercurso por profundo sentimento. O que daí resta, portanto, são situações de falsidade, em que se intenta sobremaneira a defesa da aparência. E quando surge a possibilidade de ser vivido um relacionamento autêntico, somos tão despreparados para isso que o temor de não sermos adequados nos conduz à adoção de comportamentos falsos. Por isso, o autor conclui que não há saída, visto que de um lado está a possibilidade de viver relações convencionais, falsas e portadoras de sofrimento; e de outro há os vínculos autênticos que igualmente nos levam ao sofrimento, pois requerem de nós uma atitude que não somos capazes de manter.<sup>324</sup>

A reflexão do autor joga luz sobre o tema, pois nos permite perceber que na esfera dos relacionamentos afetivos há demandas ontológicas dos indivíduos que esbarram nas convenções sociais a que está sujeito. E então o indivíduo vê-se diante de um dilema: a infelicidade de sacrificar a sua necessidade ou a infelicidade de sofrer o julgamento social por manifestar preferências não ortodoxas. É impossível mensurar quantos amores genuínos e possíveis de florescer tiveram de sucumbir ao império da monogamia.

No que toca propriamente à afetividade como princípio jurídico, em suma pode-se dizer que “funciona assim como um vetor que reestrutura a tutela jurídica das famílias, ocupando

---

<sup>324</sup>CAROTENUTO, Aldo. **Eros e Pathos**: amor e sofrimento. Tradução por Isabel F. L. Ferreira. São Paulos: Paulus, 1994, p. 139.

mais dos laços afetivos exteriorizados para formação do núcleo familiar do que com os laços de sangue ou o formalismo na sua constituição.”<sup>325</sup> A importância da afetividade para a família é patente, pois “é dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais.”[sic]<sup>326</sup>

Convém esclarecer que tal princípio encontra opositores. Dentre os argumentos elencados por eles está aquele que entende inexistir um princípio da afetividade devido à constatação de que de modo geral as consequências pretendidas “pela suposta existência desse que seria um princípio implícito podem ser remetidas a outros princípios constitucionais [...]. Embasar um princípio da afetividade nos princípios da igualdade, dignidade e solidariedade nada mais é do que repetição.”<sup>327</sup>

No entanto, apesar da pertinente crítica, o princípio da afetividade encontra-se bastante consolidado na doutrina familista e jurisprudência atinente às causas de família em geral. A expressão *affectio societatis*, tão utilizada no Direito Empresarial, pode ser também invocada para o Direito das Famílias para expor a ideia de afeição entre pessoas com o intuito de formar uma sociedade: a família.<sup>328</sup>

Segundo Maria Berenice Dias, o direito ao afeto – que compreendemos como direito ao exercício do afeto – está ligado ao direito fundamental à felicidade, que se realiza tanto pela vedação de interferência estatal no âmbito familiar, quanto pela adoção de uma postura ativa pelo Estado com vistas à promoção dos projetos racionais de realização de preferências ou desejos íntimos.<sup>329</sup>

É oportuno o esclarecimento de que o afeto, a que alude o princípio da afetividade, “equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o *afeto positivo* por excelência. Todavia, há também o *ódio*, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo.”<sup>330</sup>

Em vista disso tudo é que do julgador exige-se especial cuidado quando estiver diante de um caso de direito das famílias, qual seja, o de buscar compreender livre de preconceitos o cenário, respeitando diferenças e valorizando sobremaneira os laços de afeto que unem os membros da relação. Compete ao juiz, portanto, julgar evitando a “parcialidade indesejável de

<sup>325</sup>CARVALHO, 2017, p. 94.

<sup>326</sup>OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 235.

<sup>327</sup>NAMUR, 2014, p. 138.

<sup>328</sup>DIAS, 2015, p. 52.

<sup>329</sup>DIAS, 2015, p. 52.

<sup>330</sup>TARTUCE, Flávio. **Direito de família** [Livro digital]. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a, p. 29.

dogmáticas convicções pessoais, em uma interpretação, para além de simplesmente racional e lógica, mais compreensiva, solidária e sensível”.<sup>331</sup>

Em suma, dentre outras aplicações, o princípio da afetividade apresenta-se como balizador para a busca de soluções, no âmbito das relações familiares, que levem em consideração a carga emocional que envolve os componentes, com vistas à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, ao pleno desenvolvimento da personalidade e à redução da animosidade eventualmente existente.

Dessa feita, o princípio da afetividade é sustentáculo para a proteção da família formada com base no afeto, no que se inclui por esta orientação geral a família formada pela união poliafetiva, vindo ao encontro da realização dos demais princípios até aqui estudados. Partindo dessa premissa, resta verificar até onde vai a legitimidade do Estado para intervir na formação de uma entidade familiar, a qual tem muitos propósitos importantes, dentre os quais a plena realização da personalidade dos seus componentes.

Para encerrar o tópico, convém invocar a valiosíssima e extremamente oportuna lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, que entende que a importância do princípio da afetividade para a caracterização de uma entidade familiar não pode ser menosprezada. Segundo o autor, o princípio da afetividade pode ser assim traduzido: “onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.”<sup>332</sup>

### **2.3.2 Fundamentos Para o Acolhimento da Nova Entidade Familiar**

No caminho até este momento da pesquisa, foi possível desconstruir uma série de dogmas socioculturais atinentes à família, a começar pela percepção da significativa mudança da estrutura e função familiar ao longo da história da humanidade. A própria noção de família tradicional foi fruto de longo processo histórico, no qual a monogamia exerceu um papel imprescindível à certeza da paternidade, hoje uma cautela dispensável em vista dos avanços científicos.

Viu-se que a função da família deixou de guardar relação com as demandas de ordem patrimonial e passou a figurar como instrumento de realização da personalidade e concretização da felicidade de seus membros, proposta essa consolidada pela família eudemonista. Não obstante estar à margem da lei, o exercício do poliamor já é um fenômeno social verificável,

---

<sup>331</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 94.

<sup>332</sup>LÔBO, 2002, p. 40-55.

embora incipiente – até mesmo pelo temor da estigmatização<sup>333</sup>. Apesar disso, ainda assim casos de uniões poliafetivas vieram a se tornar notórios, indicando que a realidade posta é diferente daquilo que fora concebido pelo legislador.

Portanto, até aqui já sabemos que (i) a imperatividade da monogamia como regime único de união tem bases inconsistentes na realidade hodierna, (ii) a função da família mudou e se coaduna atualmente com a proposta eudemonista e (iii) o poliamor vem sendo praticado, a despeito de previsão legal, e por isso exige uma resposta jurídica apropriada. Resta saber: no estágio em que se encontra o nosso ordenamento jurídico, o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar é juridicamente viável e sustentável?

Para tentar responder a esse questionamento, mister uma incursão nos direitos da personalidade, pois partindo-se da premissa de que a família eudemonista visa à realização da personalidade dos seus componentes, há que se investigar se efetivamente o reconhecimento de entidade familiar poliafetiva viria ao encontro desse interesse.

### 2.3.2.1 Direitos da Personalidade no Âmbito da Família

A liberdade figura como valor primordial em nossa sociedade, o que lhe conferiu status de direito fundamental em matéria de direito constitucional e direito da personalidade em matéria de direito privado. Embora nem sempre a liberdade tenha se apresentado como um estandarte a ser observado no direito de família, a conquista já se faz presente há algumas décadas, seja na manifestação livre de vontade de casar-se, seja na liberdade para escolha de regime de bens e para a administração das demandas internas da família. À medida que nossa sociedade evolui o direito busca acompanhá-la, ainda que com atraso na marcha, o que se reflete em novas aplicações da proposição de liberdade na esfera do direito das famílias. Os princípios da afetividade e da pluralidade das entidades familiares acentuaram a presença da liberdade no exercício do afeto e da formação familiar. A razão de a liberdade restar classificada como direito da personalidade reside na simples constatação de que sem ela o indivíduo não estará apto à realização plena de sua personalidade, tema este que será abordado com maior vagar. Por isso, modernamente a doutrina de direito das famílias reforça constantemente a máxima de que o

---

<sup>333</sup>É possível traçar paralelo entre a realidade do concubinato até meados do século passado e a realidade dos poliamoristas nos dias atuais. No que toca ao concubinato no passado da sociedade brasileira e o prejuízo de direitos que possam advir do tabu da monogamia, “a invisibilidade da concubina é algo inclusive desejado e aplaudido pelas conveniências sociais. [...] O que se revela como problema, atualmente, é que a invisibilidade por força das conveniências sociais, de cunho notadamente moralista, seja albergada pelo sistema jurídico, com negação de reconhecimento de direitos fundamentais, especialmente, da mulher que vive em união estável” (SILVA, M., 2012, p. 84).

escopo da tutela não deva ser a instituição família acima – e em detrimento – das necessidades legítimas de seus componentes, mas a realização do indivíduo como pessoa no seio da família. Portanto, desloca-se o foco do direito da rígida instituição – a família – para a pessoa.

A concepção da pessoa como valor universal a ser protegido – e com respectivo reconhecimento pelo ordenamento jurídico – é recente,<sup>334</sup> ainda que se possa identificar ao longo da história variados graus de proteção ao homem com sistemática diversa da atual.<sup>335</sup> A vinculação entre o respeito pelos direitos existenciais e as crenças religiosas na Antiguidade vinha de mãos dadas com o jusnaturalismo clássico; era visto como ato de justiça o amparo dos direitos existenciais.<sup>336</sup> Entretanto, como destacado por Canotilho, “quando se põe a pergunta da existência da ideia de direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa”, recordando que mesmo Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão algo natural.<sup>337</sup>

Na antiga Roma, civilização de extensa duração – e, por conseguinte, com mutações significativas em matéria de direito ao longo de sua história –, embora não houvesse ainda sido teorizada dogmaticamente a categoria de direitos da personalidade, estavam presentes direitos que tutelavam, em essência – por meio da *actio injuriarum*<sup>338</sup> –, atributos da personalidade da pessoa,<sup>339</sup> tais como a vida e a integridade física e, mais tarde, a liberdade<sup>340</sup> e a honra.<sup>341</sup>

A Idade Média também não foi propícia – ao menos na Europa – para a tutela dos direitos existenciais, sendo mantido de modo geral os critérios romanos. Homicídios e outros

---

<sup>334</sup>E igualmente recente, na história da humanidade, é a construção de teoria dos direitos de personalidade. (BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade em face do projeto de Código Civil. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 60, p. 105-128, out./dez., 1978. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181034>. Acesso em: 07 set. 2018, p. 116).

<sup>335</sup>DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

<sup>336</sup>RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho civil**: parte geral. Buenos Aires: Editora Astrea, 2000, p. 158.

<sup>337</sup>CANOTILHO, 2003, p. 380-381.

<sup>338</sup>BITTAR, 1978, p. 116.

<sup>339</sup>No entanto, nem todas as pessoas possuíam os mesmos direitos: os cidadãos romanos (cives) tinham plenos direitos civis; os latino veteres possuíam quase todos os direitos, mas não podiam exercer a magistratura; os latinos coloniais, além desta mesma restrição, também não podiam casar com cidadãos romanos, nem votar ou ser votado; os peregrinos ordinários (estrangeiros aliados de Roma) somavam todas essas limitações a mais algumas: estavam sujeitos a estatuto e justiça próprios, aplicados pelo pretor peregrino; e, por fim, os peregrinos deditícios (estrangeiros subjugados em guerra por Roma) não tinham direito algum, nunca obteriam cidadania romana e não podiam fixar residência a menos de 100 milhas da cidade de Roma. (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma. **Doutrinas essenciais de direito civil**, v. 3, p. 197-214, out. 2010.

<sup>340</sup>Já a situação dos escravos suscita incerteza, pois embora a literatura predominante indique que eram considerados meras *res* pelos romanos – e, como tal, sem direito algum –, há menor corrente doutrinária que qualquer indivíduo (*cives, peregrinus, sui iuris, alieni iuris, liberreservus*) era pessoa, portanto, sujeito de direitos. (SZANIAWSKI, 2010 p. 6).

<sup>341</sup>SZANIAWSKI, 2010 p. 9.

atentados hediondos contra os bens fundamentais eram moeda corrente na Alta Idade Média.<sup>342</sup> Foi na Baixa Idade Média que o cenário passou a mudar, quando grupos que suportavam humilhações atrozes à liberdade e honra começaram a reagir. A Carta Magna inglesa de 1215 – e a guerra civil que se relacionou a ela no período – foi um importante marco em matéria de direitos existenciais, embora seus efeitos tenham ganhado força gradualmente ao longo dos séculos.<sup>343</sup> Mas foi somente na segunda metade do século XIX, fruto das doutrinas germânica e francesa, que surgiu a categoria dos direitos da personalidade, essenciais à proteção da dignidade e integridade da pessoa humana.<sup>344</sup>

Carlos Alberto Bittar elenca três fatores determinantes para a origem da teoria dos direitos da personalidade: o cristianismo, com a ideia da dignidade do homem; a Escola de Direito natural, com a defesa dos direitos naturais do homem, unidos à natureza humana de forma indissolúvel e anterior à existência do Estado; e, por fim, os pensadores do Iluminismo, devido à valorização do indivíduo frente ao Estado.<sup>345</sup>

Mas foi somente a partir do século XX que a preocupação em tutelar os direitos do homem ganhou corpo. Isso se deu em decorrência das brutais violações contra bens fundamentais da existência humana, dentre os quais o genocídio generalizado de muitos povos – armênios, judeus, ciganos, bósnios e incontáveis povos da África – e mortes em massa em conflitos na Ásia e América do Sul, bem como o uso de armas químicas, biológicas e nucleares.<sup>346</sup> Diante da crescente necessidade de adoção de medidas para a proteção do ser humano, em 1948 a Organização das Nações Unidas emitiu a Declaração Universal de Direitos Humanos.<sup>347</sup>

No entanto, o prestígio conferido a tais direitos no momento atual dá azo ao surgimento de outras questões, tendo em vista que a justificada preocupação com a proteção da personalidade conduziu os ordenamentos jurídicos à adoção de regras rígidas no tocante a essa categoria de direitos. Assim, quando conflitantes os direitos da personalidade entre si ou com outros direitos ditos fundamentais, surge para o intérprete a difícil tarefa de encontrar solução harmônica e coerente com a sistemática em voga.

Quando se defende de um lado a liberdade dos indivíduos de construir uma entidade familiar – merecedora de tutela jurídica – com formatação incomum, há de outro lado a

---

<sup>342</sup>RABINOVICH-BERKMAN, 2000, p. 160.

<sup>343</sup>RABINOVICH-BERKMAN, 2000, p. 162-163.

<sup>344</sup>TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional Brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b, p. 26.

<sup>345</sup>BITTAR, 1978, p. 117.

<sup>346</sup>RABINOVICH-BERKMAN, 2000, p. 184-185.

<sup>347</sup>RABINOVICH-BERKMAN, 2000, p. 187.

resistência a tal pretensão, que deve se basear, ao menos em teoria, em algum fundamento de igual ou superior grandeza. Do contrário, o direito estará a cancelar a privação de um direito com fundamento (real) no simples arbítrio de quem possui o poder decisório, malgrado travestido de aparente fundamentação jurídica.

### 2.3.2.2 Direito Fundamental da Personalidade?

Trabalhosa é a definição de direito da personalidade, pois embora induza à conclusão de ser direito relacionado à personalidade humana, há quem suscite controvérsia acerca do tema. As divergências não dizem respeito à existência dessa categoria de direitos, mas à sua definição e delimitação. A personalidade é tutelada por normas civis, penais e constitucionais ao mesmo tempo, o que, invariavelmente, exige compreensão da relação existente entre elas para a correta compreensão dos direitos da personalidade.<sup>348</sup>

Sendo os direitos da personalidade aqueles essenciais do ser humano, ou seja, aqueles que abarcam o conteúdo mínimo e imprescindível da personalidade humana, naturalmente exsurge a necessidade de definir os seus limites (inicial e final) no tempo. Nessa esteira, a teoria do direito inato apresenta solução simples: os direitos de personalidade existem a partir do momento em que a pessoa passa a existir.<sup>349</sup>

Por isso, Pontes de Miranda esclareceu com singular clareza que “o direito à personalidade como tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo [...]”.<sup>350</sup> No entanto, isso não autoriza afirmar que os direitos da personalidade estão temporalmente restritos aos marcos do nascimento e da morte.<sup>351</sup>

<sup>348</sup>RAMOS, Erasmo Marcos. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista dos Tribunais**, v. 799, p. 11-31, maio 2002, p. 11.

<sup>349</sup>BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11

<sup>350</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. v. 7: Direito de personalidade. Direito de Família: Direito Matrimonial (Existência e Validade do Casamento), p. 11-12.

<sup>351</sup>Do ponto de vista biológico há de se levar em conta que a vida tem início antes mesmo do nascimento, o que denota inúmeros debates acerca do tema. Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que “a esse respeito existem três teorias na doutrina brasileira. A primeira delas é a denominada teoria natalista, que possui assento no art. 2.º do CC/2002 e afirma que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida. A segunda teoria, defendida por Clóvis Beviláqua, é a chamada “teoria da personalidade condicional”, que reconhece a personalidade desde a concepção, apresentando-se o nascimento com vida como condição da personalidade. A corrente concepcionista afigura-se como terceira teoria, sustentando que a personalidade tem início desde a concepção do ser e não está sujeita a qualquer condição.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos da personalidade e o Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea**. **Revista dos Tribunais**, v. 853, p. 58-76, nov. 2006, p. 2). A discussão tem como principais reflexos jurídicos a proibição do aborto e a proteção dos interesses do nascituro. Portanto, há de se proteger também direitos da personalidade daquele que, embora já concebido, ainda não cruzou o marco do nascimento (BELTRÃO, 2014, p. 126-127). E se o nascimento não é requisito para que se possa falar em direitos da personalidade, sob o fundamento de que a vida já existe, seria possível então chegar a conclusão segura de que com a morte cessam os direitos da

Direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa. Essencialmente, são direitos subjetivos que constituem o mínimo necessário ao conteúdo da personalidade, sob pena de tornar a personalidade uma suscetibilidade irrealizável, sem valor concreto. São, portanto, direitos essenciais que formam a medula da personalidade.<sup>352</sup>

São direitos que decorrem do simples fato de o homem nascer e viver, do que se extrai conclusão de serem aspectos imediatos de sua existência, consoante magistério de Silvio Romero Beltrão<sup>353</sup> – que nos explica que tais direitos são projeção da personalidade humana. São os direitos da personalidade um conjunto de bens tão próprios ao indivíduo que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem manifestações de sua personalidade.<sup>354</sup>

Entretanto, o direito de personalidade não é direito sobre a própria pessoa, mas direito que se irradia a partir do fato jurídico da personalidade. São direitos da personalidade todos aqueles necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas.<sup>355</sup> O objeto do direito de personalidade como tal não é a personalidade, mas o direito subjetivo de exercício dos poderes contidos no conceito de personalidade, uma decorrência do fato jurídico do nascimento com vida.<sup>356</sup>

---

personalidade? Seguramente a resposta é negativa, pois há certos bens da personalidade que dizem respeito ao próprio falecido que continuam a receber proteção após o fim da vida, a exemplo da memória do morto. Claro que há aqui uma série de peculiaridades que precisam ser observadas para a construção de raciocínio adequado, haja vista que a dificuldade de definição do que seja juridicamente o cadáver, bem como pelo fato de haver previsão legal expressa de legitimação dos herdeiros para a defesa desses interesses do morto. Embora o cadáver não seja pessoa, certamente não é coisa. Portanto, deverá ser regrado pelos princípios relativos às pessoas (BELTRÃO, 2014, p. 129). No entanto, por estar morto, não poderá exercer pessoalmente – ou por mandatário – a defesa dos direitos subjetivos que lhe dizem respeito. Por tal razão, prevê o parágrafo único do art. 12 do Código Civil que o cônjuge ou sucessores (na linha reta ou colaterais até terceiro grau) terão legitimação para a adoção das medidas cabíveis para a proteção de direito da personalidade do falecido. Tal previsão está presente igualmente em outros ordenamentos jurídicos, como o português, no qual o questionamento sobre quem seja o efetivo detentor do direito subjetivo violado levou a controvérsia doutrinária que culminou em três correntes: a primeira corrente estabelecia que a extinção da personalidade ocorreria em algum momento depois da morte; a segunda defendia que a personalidade encerra-se com a morte e a proteção não é de direitos de personalidade do falecido, mas de sua memória, um bem autônomo; por fim, a terceira esposava a ideia de que a tutela se faz aos vivos, os verdadeiros lesados pela ofensa à memória do morto (BELTRÃO, 2014, p. 132). A primeira e terceiras correntes não prosperaram. A primeira porque inviável a extensão da personalidade para depois da morte; o morto não tem direitos ou deveres e com a morte cessam os direitos, inclusive os de personalidade (BELTRÃO, 2014, p. 43). A terceira porque a proteção conferida à personalidade diz respeito à personalidade do falecido, indissociável deste; o que se confere aos sucessores é legitimação excepcional para a defesa da memória do morto. Embora o falecido não tenha mais personalidade, entende-se que não é justo que a sua dignidade seja atacada. A extinção da personalidade jurídica não afasta o direito à proteção à memória (BELTRÃO, 2014, p. 131). Portanto, não se trata de prorrogação da existência da personalidade; tampouco de transmissão de direitos aos sucessores, pois tais direitos são indissociáveis do seu titular, ponto este que será abordado com maior vagar ao final do tópico seguinte.

<sup>352</sup>BITTAR, 1978, p. 111.

<sup>353</sup>BELTRÃO, 2014, p. 52.

<sup>354</sup>BELTRÃO, 2014, p. 158.

<sup>355</sup>BELTRÃO, 2014, p. 13.

<sup>356</sup>BELTRÃO, 2014, p. 11-12.

Nessa senda, Ricardo D. Rabinovich-Berkman trata tais direitos como aqueles voltados à proteção da existência, daí a razão pela qual os intitula como direitos existenciais. Segundo o autor, tais direitos, inseridos num grupo muito especial de proteção, recebem também outros nomes: direitos humanos, direitos essenciais, direitos fundamentais ou, ainda, direitos de personalidade (ou personalíssimos). Não parece que os direitos existenciais sejam uns e os direitos humanos sejam outros, embora tais conceitos pertençam respectivamente ao direito privado e público. Ao fim e ao cabo, os objetos são os mesmos, pelo menos no que toca aos direitos humanos de primeira geração.<sup>357</sup>

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são utilizadas com relativa frequência como sinônimas, embora exista entre elas distinção segura a ser feita: enquanto os direitos do homem aplicam-se a todos os povos em todos os tempos, os direitos fundamentais são estes mesmos direitos institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo. Os direitos do homem decorrem da própria natureza humana – e por isso são invioláveis –, enquanto os direitos fundamentais são direitos objetivamente vigentes em determinada ordem jurídica.<sup>358</sup>

Evidente é que a distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade não só é possível como é comumente realizada pela doutrina. Se de um lado direitos fundamentais pressupõem relações de poder, de outro os direitos da personalidade tocam às relações de igualdade. Direitos fundamentais têm influência publicística imediata, enquanto direitos de personalidade tem incidência privatística. Portanto, os direitos fundamentais estão inseridos no domínio do Direito Constitucional; direitos de personalidade pertencem ao Direito Civil.<sup>359</sup>

Mas embora não seja dificultosa a distinção dogmática entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, é possível a verificação de uma certa tendência à constitucionalização dos direitos da personalidade.<sup>360</sup> Daí a razão pela qual Fernanda Borghetti Cantali defende que não há diferença substancial entre as duas categorias de direitos, pois os direitos da personalidade não seriam mais do que os direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, o que torna a distinção cada vez menos relevante diante do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Está-se, portanto, diante do que a autora nomeia direitos fundamentais da personalidade.<sup>361</sup>

---

<sup>357</sup>RABINOVICH-BERKMAN, 2000, p. 155.

<sup>358</sup>CANOTILHO, 2003, p. 393.

<sup>359</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. v. 4, p. 69.

<sup>360</sup>BELTRÃO, 2014, p. 53

<sup>361</sup>CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 129.

A proposta de direitos fundamentais da personalidade está sintonizada com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tema que “veio a empolgar estudos e decisões judiciais em todos os países em que o nosso modelo constitucional se abebera”, embora inexista consenso sobre o modo como isso se dá e os limites para essa ocorrência.<sup>362</sup>

Por isso, ao ser analisada a questão Direitos Fundamentais *versus* Direitos da Personalidade, verifica-se que se tratam de complementos recíprocos, pois o primeiro garante a exigibilidade do segundo, o qual é aplicado nos casos práticos.<sup>363</sup> A dicotomia existente entre direitos de personalidade e direitos fundamentais não os colocam em posição definitiva de oposição; em vez disso, dá ensejo a “uma dogmática incentivadora de relacionamento internormativo capaz de reforçar a tutela da personalidade.”<sup>364</sup>

É de bom alvitre que não se perca de vista que a interpretação das normas do Código Civil deve corresponder ao intento de promoção dos direitos subjetivos garantidos pela Constituição Federal, não bastando a utilização de exegese generalizada de um princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>365</sup> Isso porque são os direitos da personalidade direitos subjetivos pertencentes a uma categoria especial, pois se fundam na dignidade da pessoa

---

<sup>362</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176.

<sup>363</sup>TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. Direito Civil e Constituição. *In*: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. **Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução: comentários e perspectivas**. São Paulo: Método, 2003. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce\\_corte.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_corte.doc). Acesso em: 28 ago. 2018, p. 17.

<sup>364</sup>MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

<sup>365</sup>CACHAPUZ, Maria Cláudia Mercio. Direito de personalidade como direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. *In*: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SCHWARTZ, Germano. **O direito da sociedade**. Canoas: Unilasalle, 2015, p. 257.

humana,<sup>366</sup> de sorte a assegurar o gozo e respeito ao próprio ser, em todas as suas manifestações – físicas ou espirituais.<sup>367</sup>

Por isso, Judith Martins-Costa salienta que a interpretação do Código Civil em voga exige uma pré-compreensão do fenômeno jurídico, que não se dá só por dados fáticos, mas por *critérios de valor* que direcionam o exame do fato segundo a “ética da situação”. Conclui que tais critérios, claramente sinalizados no Código Civil, indicam nova ideologia que se nutre diretamente dos Direitos Fundamentais.<sup>368</sup>

Destarte, há de ser considerada a hipótese de que o Direito Civil não basta por si só para a construção de uma doutrina geral da personalidade, do que se conclui ser fundamental a ligação com os direitos fundamentais.<sup>369</sup> Essa conexão parece ter ainda mais propósito quando levado em consideração que, segundo lição de Pietro Perlingieri, a tutela da personalidade não se volta somente ao direito individual, mas ao direito individual social, o que denota forte carga de solidariedade como fundamento.<sup>370</sup>

---

<sup>366</sup>Essa estreita ligação entre direitos da personalidade e direitos fundamentais acaba por fomentar controvérsia no que toca ao sujeito de direitos: se a pessoa jurídica tem personalidade e, segundo jurisprudência consolidada, pode demandar reparação por danos morais, deve ser considerada titular de direitos da personalidade? Embora não sejam desprovidas de razoabilidade as defesas nesse sentido (MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106-107, p. 121-158, 2011/2012, p. 125-127; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e pessoa jurídica: uma abordagem contemporânea. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 22, p. 1-20, jul./dez., 2012, p. 18), ao que parece a resposta é negativa, consoante magistério de Sílvio Romero Beltrão, que entende que, malgrado possa sim a pessoa jurídica buscar a reparação de danos extrapatrimoniais, tal direito não é uma decorrência da existência de direitos da personalidade, mas da proteção de direitos fundamentais (BELTRÃO, 2014, p. 141).

Danilo Doneda traz luz ao tema ao recordar que embora tanto pessoa jurídica quanto pessoa humana compartilhem da condição de sujeito de direitos, seus fundamentos são completamente diversos, e aquela é estranha ao processo histórico formador dos direitos da personalidade. Por conta disso, embora seja a pessoa jurídica merecedora de tutela – a exemplo da proteção do sigilo industrial, do nome comercial ou da reparação por dano moral –, a proteção dos seus interesses por meio dos direitos da personalidade é uma proposta que não se adapta à trajetória histórica e à função dessa categoria de direitos em nosso ordenamento jurídico. Conclui o autor esclarecendo que a tutela de interesses de pessoas jurídicas que guardem semelhança com os direitos da personalidade deve ser cogitada apenas em caráter suplementar e se não conflitar com direitos da personalidade, os quais são exclusivos da pessoa humana (DONEDA, 2003, p. 54-57).

É também nesse sentido a posição de Gustavo Tepedino sobre o tema. Em comentário à redação do art. 52 do Código Civil, o autor elogia a escolha do legislador de não conferir à pessoa jurídica direitos decorrentes de valores inerentes à pessoa humana, concluindo que se limitou “o dispositivo a permitir a aplicação, por empréstimo, da técnica da tutela da personalidade, e apenas no que couber, à proteção da pessoa jurídica” (TEPEDINO, 2008a, p. 60).

<sup>367</sup>BELTRÃO, 2014, p. 12

<sup>368</sup>MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 63-87.

<sup>369</sup>CANTALI, 2009, p. 130.

<sup>370</sup>No original: “La tutela dela personalità non è rivolta soltanto ai dirittiti individuali, appartenenti al soggetto nel suo precípulo e desclusivo interesse, ma ai diritti individuali sociali, che hanno una forte carica di solidarietà che ne costituisce il pressuposto e anche il fondamento.” (PERLINGIERI, 1991, p. 170).

Esse apanhado permite concluir que direitos da personalidade e direitos fundamentais não são essencialmente direitos diferentes, senão pela abordagem privada ou pública, respectivamente, restando os primeiros assegurados pelos últimos. Sendo a dignidade humana um fundamento da nossa Constituição e, por conseguinte, um norte ao ordenamento jurídico como um todo, não há como dissociar a realização da personalidade – no que se inclui o legítimo exercício do afeto no seio familiar – da dignidade humana. Resta saber se os direitos da personalidade são aptos a também fundamentar o exercício da liberdade de composição familiar como manifestação legítima da personalidade.

### 2.3.2.3 Liberdade de Formação Familiar Como Direito da Personalidade

Em matéria de estruturação dogmática, a primeira grande questão posta diz respeito à existência de uma multiplicidade de direitos da personalidade (teoria pluralista) ou de um único direito geral da personalidade, defendido pela teoria monista, segundo a qual a pessoa é um valor unitário e indivisível.<sup>371</sup> A celeuma está posta, com correntes fortes para ambos os lados. Enquanto na Alemanha o entendimento é de um direito geral de personalidade, na França isso não ocorre. E em Portugal a divisão de visões é ainda mais gritante, pois as Faculdades de Direito de Coimbra e de Lisboa adotam posicionamentos antagônicos.<sup>372</sup>

Adriano de Cupis, seguramente um dos maiores nomes na doutrina dedicada aos Direitos da Personalidade, preocupou-se em classificar os direitos da personalidade na sua relação com o sistema jurídico. Assim, defende o autor que tais direitos são, predominantemente<sup>373</sup>, de direito privado. São também direitos “não-patrimoniais”, pois entende o autor que sendo o seu objeto um modo de ser físico ou moral da pessoa, não há utilidade imediata econômica. O autor conclui que os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma no sistema dos direitos subjetivos.<sup>374</sup>

---

<sup>371</sup>BELTRÃO, 2014, p. 39.

<sup>372</sup>MATTIETTO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. **Revista fórum de direito civil**, v. 1, n. 1, 2012, p. 17-18.

<sup>373</sup>Predominantemente, pois há alguns pontuais direitos da personalidade, a exemplo do direito à liberdade, que fogem a essa regra. A esse respeito, o autor é categórico ao afirmar que “não pode, pois, contestar-se que direito público e direito privado à liberdade, sem serem entidades distintas, constituem manifestações diversas do mesmo direito” (CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução por Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 112).

<sup>374</sup>CUPIS, 2008, p. 34-38.

Diversas foram as classificações dos direitos da personalidade já elaboradas pela doutrina. Dentre elas, ganhou especial relevância no cenário local a de autoria de Carlos Alberto Bittar, que estabelece três grupos de direitos da personalidade: físicos, psíquicos e morais.<sup>375</sup>

Em vista das diversas classificações possíveis, o que já fora destacado há 40 anos por Alberto Bittar,<sup>376</sup> de caráter muito mais dogmático do que pragmático, evitar-se-á a vinculação dos direitos a uma ou outra classe, visto não se tratar de uma necessidade para a abordagem neste estudo. Mais proveitosa será a incursão nos próprios objetos de que tratam os direitos da personalidade. E o primeiro de todos os direitos à personalidade é, segundo magistério de Pontes de Miranda, o de adquirir direitos e assumir deveres. Não se trata de pré-condição, mas de um direito essencial do indivíduo, que deve ser, portanto, atrelado à sua personalidade.<sup>377</sup> Deste direito decorrem todos os demais.

Dentre todo o rol de direitos da personalidade previstos pela legislação (art. 11 a 21 do Código Civil) ou reconhecidos pela doutrina, importa aqui tratar daqueles que guardam relação direta com o exercício da autonomia privada no âmbito existencial, melhor definida pela ideia de autodeterminação: a privacidade e a liberdade.

A vida privada é protegida por previsão geral encontrada no art. 20 do Código Civil e pelo art. 5º, X, da Constituição Federal. A noção de vida privada é abrangente, incluindo intimidade (vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual), correspondência (incluindo todos os meios de comunicação privada), dados pessoais informatizáveis, lazeres, rendimentos

---

<sup>375</sup>Segundo tal classificação, direitos físicos são aqueles que protegem vida, integridade física, corpo, cadáveres, imagem e voz. Direitos psíquicos tutelam a liberdade (pensamento, expressão, culto etc.), intimidade, integridade psíquica e segredos. Por fim, direitos morais buscam a proteção da identidade, honra (objetiva e subjetiva), respeito e criação intelectual (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 161-183, 2010, p. 162). Seguindo semelhante classificação, Rubens Limongi França divide o rol de direitos da personalidade em três grupos, de acordo com sua natureza dominante: integridade física, integridade intelectual e integridade moral. No entanto, o autor esclarece que este não é o único critério que pode ser utilizado para a classificação de direitos da personalidade. Elenca, dessa forma, outros critérios: extensão, esfera do Direito, aspectos fundamentais da personalidade e, por fim, estado – o qual divide em duas perspectivas: a faixa vital e da validez (FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**, v. 3, p. 653-667, 2010, p. 5-6). Outras tantas classificações já foram apresentadas. A exemplo disso, Ricardo D. Rabinovich-Berkman propõe uma classe de direitos da personalidade que não coincide com a proposta de Alberto Bittar, a qual denomina *biodireitos*, em que estão inseridos os direitos à vida, ao corpo e à liberdade física (RABINOVICH-BERKMAN, 2000, p. 236). Gustavo Tepedino faz distinção dos direitos da personalidade em dois grupos: os direitos à integridade física (vida, corpo, cadáver) e os direitos à integridade moral (honra, liberdade, recato, imagem, nome). Entende o autor que este conjunto de direitos decorre da Constituição, Código Civil e leis especiais (TEPEDINO, 2008a, p. 38).

<sup>376</sup>O autor elenca as distintas formas de classificar apresentadas por Adriano de Cupis, CastanTobeñas, Orlando Gomes, Limongi França, Raymond Lindon, Pontes de Miranda, os Mazeaud, Antonio Chaves e Anacleto de Oliveira Faria. (BITTAR, 1978, p. 109-111).

<sup>377</sup>BELTRÃO, 2014, p. 11.

patrimoniais e elementos da atividade profissional e econômica.<sup>378</sup> Evidentemente, o direito à privacidade não é absoluto.<sup>379</sup>

As premissas daí extraídas são de pura lógica: se a vida privada abrange a intimidade e a intimidade abrange aspectos da vida pessoal, familiar, sentimental e sexual, então poder-se-ia inferir que a própria formação de uma família, calcada na monogamia ou poliafetividade, adentraria na esfera da privacidade. Embora, neste caso, a privacidade diga respeito exclusivamente à não invasão ou exposição da esfera íntima das pessoas, também permite concluir que o que se passa na intimidade de uma família não diz respeito a ninguém e nem ao Estado – salvo quando necessária a proteção de direitos violados. Qualquer argumento moralizador esbarrará no interesse exclusivo dos integrantes da família.

De toda sorte, o conteúdo do direito à intimidade é determinante para a definição da possibilidade de invocá-lo como fundamento para a proteção da formação familiar ante a intervenção estatal. E, nesse particular, ao entender que o que o direito à intimidade protege é a não exposição das práticas ocorridas no campo da intimidade,<sup>380</sup> conclui-se ser fundamento insuficiente para o propósito de barrar a intervenção estatal no direito de formar livremente uma entidade familiar nos moldes desejados pelos seus componentes. Isso porque o Estado não precisa ter conhecimento das práticas íntimas da união conjugal. Basta que a união seja ostensiva, de modo que possa gerar direitos e obrigações. Por isso, embora não se ignore a importância do direito à intimidade, parece-nos não ser argumento suficiente para a proteção da família poliafetiva.

---

<sup>378</sup>SOUZA, Habindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 318-323.

<sup>379</sup>Quando estiver o indivíduo em ambiente público o direito em questão sofrerá mitigação – embora não anulação. Fatos públicos não podem restar aprisionados no espaço da reserva da privacidade, de modo que, estando presente o interesse público imperiosamente o direito à privacidade será relativizado. Por conseguinte, uma figura pública pode acabar tendo sua vida privada exposta se isso guardar relação com o interesse público – mas não naquilo que tocar estrito aspecto de sua vida privada. Assim, havendo necessidade para a administração da justiça ou manutenção da ordem pública esse direito estará sujeito à relativização, possibilitando-se, por exemplo, a quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico mediante ordem judicial (BELTRÃO, 2014, p. 201).

<sup>380</sup>Gilmar Mendes *et al* esclarece que “embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade –, á os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades próximas” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 280). Portanto, a despeito de se tratar de privacidade ou intimidade, o que objeto a ser alcançado por este direito reside na proibição de que as informações que digam respeito à intimidade ou privacidade não saiam do círculo de sujeitos que seja considerado privativo ou íntimo, conforme o caso.

Mas ainda mais importante do que a privacidade é a liberdade,<sup>381</sup> já referida alhures, protegida amplamente pelo ordenamento jurídico, tanto no âmbito do direito civil quanto do direito constitucional. E, especificamente no direito das famílias, a liberdade de composição familiar é reforçada pelo art. 1.513 do Código Civil, que prevê expressamente que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

A liberdade é um direito da personalidade sem previsão expressa no Código Civil, mas amplamente aceito como tal pela doutrina, por compor um dos atributos básicos do desenvolvimento do indivíduo. À base de todo direito de liberdade está a personalidade, razão pela qual todos os direitos de liberdade são direitos da personalidade.<sup>382</sup>

Pela perspectiva adotada por Adriano de Cupis, o direito da liberdade tem por objeto a ausência indiscriminada de obstáculos para o desenvolvimento da atividade do sujeito. Embora difícil seja determinar as manifestações do direito à liberdade, entende que seja possível uma distinção: atividades puramente materiais e atividades produtoras de efeitos jurídicos. Nas primeiras estão direitos como movimentar-se, comer, olhar etc. Em relação às segundas, ganha especial destaque a liberdade negocial, que se manifesta como liberdade contratual, matrimonial etc. No que toca às liberdades que devam ser garantidas contra violação pela autoridade pública, deve-se ter em vista que não é possível a enumeração e todas as diversas manifestações de liberdade, razão pela qual eventual rol de liberdades deve ser interpretado como demonstrativo, e não taxativo.<sup>383</sup>

Liberdade é todo o poder de autodeterminação do homem, autorregulando o seu corpo, pensamento, inteligência, vontade, sentimentos e comportamento (ação ou omissão). Pela liberdade o indivíduo abraça para si os valores que reputa válidos e promove as transformações em si e no mundo. Portanto, a liberdade tutelada pelo direito civil é de caráter interior e exterior,

---

<sup>381</sup> Adriano de Cupis adverte sobre a impossibilidade de reconhecimento de um direito à liberdade sem que antes se defina o que é a liberdade. Por isso, entende que, genericamente “consiste, como é sabido, na ausência de impedimentos. Enquanto existente *in rerum natura* (na natureza; na realidade), pertence à simples ordem dos fatos. É sobre este *substractum natura* (a essência; o princípio da coisa) que a razão do direito traça o modelo da liberdade jurídica. A liberdade jurídica é assim definida em relação com a liberdade natural, como em relação com o ordenamento jurídico. Do primeiro ponto de vista, é uma entidade nova e mais restrita, pois que através da seleção ou separação efetuada pelo ordenamento jurídico, a liberdade natural sofre uma transformação essencial, acompanhada de uma limitação na sua esfera de extensão. Do segundo ponto de vista, representa um produto do ordenamento jurídico. Na verdade, se a liberdade natural constitui o seu *substractum*, o ordenamento jurídico é a sua causa eficiente. O complexo dos direitos subjetivos criadores de posições de proeminência realizáveis, mediante o arbítrio individual, não é senão um complexo de posições de liberdade, não já antiéticas do *vinculum* da lei, mas derivadas da norma jurídica e por ela garantidas.” [sic] (CUPIS, 2008, p. 103).

<sup>382</sup> BELTRÃO, 2014, p. 30.

<sup>383</sup> CUPIS, 2008, p. 110-113.

pois, calcada no princípio da igualdade, implica equilíbrio jurídico no relacionamento interpessoal e no exercício da liberdade de cada indivíduo – respeitados os limites impostos.<sup>384</sup>

A conclusão que disso se extrai é que a liberdade a ser tutelada como direito da personalidade é sensível às distintas demandas do ser humano, podendo ou não gerar determinado *status*.<sup>385</sup> A proteção abrange liberdades físicas (movimentação corporal e eventual disposição corporal), espirituais (sentimentos, pensamentos, decisão, ação ou omissão, criação etc.), socioculturais (nacionalidade, estado civil, religião, manifestação, associação, educação), socioeconômicas (força do trabalho, iniciativa econômica, negociação, propriedade e transmissão) e sócio-políticas (participação política de modo geral).<sup>386</sup>

Destarte, é possível valer-se da proteção à liberdade de sentimentos, decisão, estado civil, associação dentre outros pertinentes para reforçar a liberdade de formação familiar, já defendida em diversas frentes: por dispositivos legais (art. 1.513 do Código Civil), constitucionais (interpretação vigente do Supremo Tribunal Federal acerca da abertura do rol de entidades familiares do art. 226 da Constituição), princípios de direito (pluralidade das entidades familiares, afetividade) e pela doutrina de direito das famílias moderna, baseada essencialmente em todos esses fundamentos conjugados.

Dessa feita, a proteção da liberdade dos indivíduos remete à autonomia privada para a conformação familiar. Ao ser reconhecida a autonomia privada de uma pessoa no âmbito familiar, a proteção de sua personalidade e de seu desenvolvimento são prioritários, o que implica dizer que a formulação da família se dará pelos indivíduos nela inseridos. Em vez de tutelar a família em detrimento dos indivíduos como historicamente fez o direito nacional, tutelar os indivíduos no exercício do seu direito de escolher a forma de família que melhor satisfaça seus anseios subjetivos. Um direito que pretenda impor modelo de família, deveres dos cônjuges e regime de bens extrapola sua função e invade a esfera de autonomia dos indivíduos.<sup>387</sup>

Por fim, o direito à igualdade é visto por Pontes de Miranda como direito de personalidade à medida em que todo homem deve receber tratamento equânime, dentro dos

---

<sup>384</sup>SOUZA, 1995, p. 258-259.

<sup>385</sup>Algumas dessas liberdades gerarão à pessoa um determinado status, razão pela qual Pontes de Miranda traz a lume o direito ao status. Entende o autor que, embora houvesse doutrinadores em sua época que defendessem tal direito como um direito da personalidade (nacionalidade, cidadania, conjugalidade, filiação etc.), não se tratam efetivamente disso, pois não é da pessoa que se irradiam esses direitos; é da pessoa e mais algum fato jurídico, demasiado peculiar a cada um para que possa estar atrelado à personalidade humana. Alguns desses direitos são inatos, outros não; outros são irrenunciáveis ou irrevogáveis, outros não. Por isso, não há que se falar no status como direito da personalidade. (BELTRÃO, 2014, p. 8-9).

<sup>386</sup>SOUZA, 1995, p. 262-283.

<sup>387</sup>NAMUR, 2014, p. 159-160.

seus limites, ou seja, de acordo com o direito supraestatal e o direito interno, constitucional ou não. Respeitados tais limites, trata-se de direito absoluto, pois quem tem tal direito – e todo indivíduo o tem –, pode a todos impor, inclusive o Estado e seus poderes.<sup>388</sup>

A despeito de concordarmos ou não com a proposição do autor de se tratar de um direito absoluto – uma afirmação por si só polêmica –, essencialmente aderimos à defesa acerca da importância do direito à igualdade. E, como se sabe – e se verá adiante –, a igualdade visa também à redução de injustiças, estabelecendo tanto quanto possível uma relação equalizada entre as pessoas. Proteger o direito à família por parte daqueles que se identificam com uma unidade familiar poliafetiva é uma das formas de manifestação do princípio da igualdade num ordenamento jurídico que busca tutelar toda forma de entidade familiar.

Isso se torna ainda mais claro quando a conclusão que se extrai é que a formação familiar é uma manifestação genuína do exercício da liberdade como direito da personalidade, que, por sua vez, figura também como meio de realização da personalidade dos indivíduos componentes da família formada, seja ela poliafetiva ou não. De tudo que se apurou até aqui, o que se verifica é que o único óbice à realização do direito (da personalidade) à liberdade de escolha familiar seria a existência de proibição legal. Por isso, o enfrentamento da licitude de uma unidade familiar poliafetiva será abordado nos tópicos seguintes.

#### 2.4 EFEITOS DA ESCRITURA PÚBLICA E ILICITUDE PRESUMIDA

Chama atenção a conclusão do voto condutor, no sentido de que dentre os requisitos de validade da escritura pública encontra-se o conteúdo lícito. Com isso, situações contrárias à lei não podem ser objeto de escritura pública,<sup>389</sup> hipótese em que se enquadraria a relação poliafetiva, concluindo que nem toda relação afetiva representa uma família.<sup>390</sup>

Há algumas razões pelas quais, neste particular, o voto em questão demanda críticas. A começar porque não é atribuição do CNJ definir o que deva ser considerado família – questão a ser tratada em tópico exclusivo. A inexistência de qualquer base para afastar a união poliafetiva leva a crer que tal assertiva reside no campo da opinião pessoal, o que nos remete

<sup>388</sup>BELTRÃO, 2014, p. 67-68.

<sup>389</sup>“Além de observar os elementos formais, essenciais para a validade da escritura pública, o notário formaliza juridicamente a manifestação de vontade do declarante. Para ser lavrado em escritura pública declaratória, o conteúdo deve ser lícito. Situações contrárias à lei não podem ser objeto de escritura pública.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>390</sup>“Não se nega o papel jurídico do afeto como substrato da formação familiar, mas nem toda relação afetiva representa família. A escritura pública não tem condão de criar direitos e uma nova estrutura familiar não se cria por mera declaração de vontade.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

novamente ao já invocado realismo jurídico norte-americano. E, sendo esta a hipótese, é desarrazoada a vinculação entre a opinião pessoal de inexistir entidade familiar formada por esse tipo de união e os efeitos decorrentes da lavratura de escritura pública. Até mesmo porque o voto condutor trata como ilícita a união poliafetiva, embora não haja vedação na Constituição, na lei ou na jurisprudência dos tribunais superiores. E é cediço que inexistindo proibição a determinada prática, pressupõe-se ser lícita, como será visto no próximo tópico.

Ademais, convém o oportuno esclarecimento de que a escritura pública se presta a conferir autenticidade à declaração dos componentes da união em questão, inexistindo qualquer outro direito assegurado aos declarantes, perante terceiros, em virtude desse ato. Em outras palavras, a escritura faz prova da declaração, mas os demais efeitos jurídicos ainda são uma incógnita. Nesse sentido, o voto do conselheiro André Godinho lançou luz sobre a discussão e alertou que o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar e a lavratura de escritura pública são demandas distintas e independentes.<sup>391</sup> Isso porque a escritura pública apenas faz prova do que foi declarado pelos presentes – o que não se confunde com a ata notarial, que não caberia ao caso por faltar ao notário a certeza sobre a efetiva existência da dita união.<sup>392</sup>

Se remetermos a questão à já praticada escritura pública de união estável, verificaremos que o instrumento por si só não implementa no mundo dos fatos o relacionamento declarado, pois a configuração da união estável depende do atendimento de requisitos previstos em lei. A formulação da escritura serve como forte indício da existência da união. Nesse sentido, a escritura guarda similitude com o pacto antenupcial, uma vez que os seus efeitos dependem da concretização da união, e não apenas pela vontade manifestada no instrumento público. Por isso, ainda que existente contrato firmado pelos supostos conviventes, é possível questionar pela via judicial o relacionamento.<sup>393</sup> A escritura é declaração de vontade exarada por pessoas

---

<sup>391</sup>“No mérito, data venia, penso que a simples lavratura de escritura pública de “união poliafetiva” não viola as normas jurídicas vigentes, eis que, nesta hipótese, estar-se-á apenas declarando a existência de situação de fato, que não é, diga-se de passagem, vedada por lei. As eventuais consequências jurídicas deste fato social haverão que ser verificadas à posteriori no foro próprio.” (Voto do Conselheiro André Godinho) (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>392</sup>“Portanto, é cabível no caso a utilização de escritura declaratória, na qual o(s) comparecente(s) manifesta(m) a sua vontade perante o Notário, que a materializa nos termos em que foram declarados. Observe-se que não se pode confundir tal instrumento com a ata notarial, a qual não se mostra apropriada para o caso, já que, nela, o comparecente é o próprio Notário que, a pedido, narra um acontecimento que pessoalmente não presenciou. Não é o que se tem na hipótese.” (Voto do Conselheiro André Godinho) (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>393</sup>MANICA, Sérgio Afonso. **Direito notarial**: síntese de ciência, história do direito notarial, organização do notariado, conceito e definições de atos notariais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 270-271.

perante o tabelião, dotada de fé pública e apta a produzir prova plena<sup>394</sup> – da manifestação da vontade!

A fé pública advinda do ato diz respeito ao campo dos fatos e não do direito. Afirma a existência – no caso, da declaração inequívoca dos componentes da relação poliamorosa – e não a legalidade. A falta de legalidade só pode ser questionada pela via judicial, dependendo de sentença que a declare.<sup>395</sup>

Portanto, há duas importantes conclusões a serem extraídas disso: a uma, que a existência de uma escritura pública faz prova apenas da autenticidade da declaração dos presentes no ato, não estando revestida de presunção absoluta da existência da união, já que ainda admitiria prova em contrário; a duas, a simples existência da escritura pública de união estável não interferirá nos efeitos materiais daí advindos, já que a escritura pública, como simples prova do ato praticado, não cria direitos; apenas faz prova de fato que pode ou não gerar direitos e obrigações.

A estas conclusões soma-se ainda outra importante reflexão: mesmo que hipoteticamente a declaração da vontade dos companheiros poliafetivos não tenha o condão de criar uma entidade familiar, sem dúvida subsiste a possibilidade de surgir daí uma sociedade de fato,<sup>396</sup> a ser tutelada pelo direito das obrigações.

Entretanto, o voto afirma que não há família numa união poliafetiva e que, por isso, tal união situa-se na ilicitude. Partindo dessa premissa, suscita a necessidade de objeto lícito para a lavratura de escritura pública, o que não estaria sendo atendido quando o objeto é uma união poliamorosa, pois à margem da lei. E, ignorando que a sociedade de fato é por si só objeto lícito a justificar a escritura pública, conclui pela proibição de lavratura de escritura pública sob o argumento de inexistir objeto lícito. Analogicamente, esta seria a solução conferida à hipótese de lavratura de escritura de união estável a uma união que, de fato, caracterize o concubinato (art. 1.727, Código Civil<sup>397</sup>). A existência do instrumento público não terá o condão de mudar os fatos.

---

<sup>394</sup>NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1: Parte geral, p. 473.

<sup>395</sup>CASTRO JUNIOR *apud* PUGLIESI, Roberto J. **Direito notarial brasileiro**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1989, p. 71.

<sup>396</sup>Ana Carla Harmatiuk Matos registra a importância da jurisprudência para o reconhecimento da família não fundada no casamento, fruto da sensibilidade dos julgadores frente à realidade da vida. Tal formação familiar deixa de ser vista apenas como relação fática, passando a ser tutelada juridicamente. Consequência disso foi a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. A lacuna legal restou preenchida pela regra da sociedade de fato, resolvendo-se as questões patrimoniais pela via do direito obrigacional. (MATOS. 2000, p. 50-53).

<sup>397</sup>Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Se por um lado é verdade que a doutrina notarial defende que o ato instrumentalizado há de ser lícito,<sup>398</sup> devendo, portanto, ser essa uma preocupação do notário,<sup>399</sup> por outro não demanda excessivo esforço a percepção de que o raciocínio proposto no voto condutor acerca da ilicitude da união poliafetiva não se apresenta de forma fluída e livre de questionamentos. A começar pela própria ilicitude atribuída à união. É cediça em nosso ordenamento a presença de um sistema de proteção de liberdades nas relações de direito privado, que trata como lícito tudo aquilo que não for proibido, de tal sorte que, se não houve vedação pela lei e nem jurisprudência consolidada sinalizando a ilicitude de determinada prática, a presunção é necessariamente de licitude do ato.

Assim, a despeito da licitude da sociedade de fato, há que se atentar também que não compete ao CNJ, nesse tocante, adentrar na atividade judicante – missão restrita aos tribunais – ou editar normas que invadam a competência do Legislativo. Por isso, dividir-se-á a desconstrução do argumento em dois pontos: o primeiro de mérito, dedicado à abordagem do objeto lícito; e o segundo de forma, voltado à identificação dos limites de atuação do CNJ.

#### **2.4.1 Inexistência de Objeto Ilícito**

Começando pela abordagem do princípio da legalidade, trata-se de ponto nevrálgico que compromete a legitimidade da decisão proferida pelo CNJ. Tal princípio, que muito mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual – pois não tutela um bem da vida, mas assegura ao particular a proteção contra injunções que lhe sejam impostas por via diversa da lei – sinaliza que não basta que exista preceito normativo para impor algo a alguém; é preciso ainda que tal norma tenha sido produzida com estrita observância aos ditames da Constituição, tarefa essa historicamente atribuída com exclusividade ao Parlamento.<sup>400</sup>

O princípio da legalidade guarda íntima relação com a proteção às liberdades, as quais decorrem da liberdade-matriz, que se constitui essencialmente pela ideia da liberdade geral de atuar, decorrência do art. 5º, II, da Constituição Federal (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). A legitimidade do sistema coativo depende de que a lei que restrinja liberdade seja proveniente de ato legislativo regular advindo de representantes eleitos pelo povo. Nessa toada, o aludido dispositivo constitucional revela duas dimensões: o princípio da legalidade e a liberdade de ação. Por isso, trata-se de um dos

---

<sup>398</sup>PUGLIESI, 1989, p. 102.

<sup>399</sup>MARTINS, Cláudio. **Teoria e prática dos atos notariais**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 132.

<sup>400</sup>MORAES, A., 2015, p. 42.

mais importantes comandos constitucionais, pois contém simultaneamente a previsão da liberdade de ação (liberdade-base para as demais liberdades) e o fundamento jurídico às liberdades individuais, de modo a correlacionar liberdade e legalidade. A partir do art. 5º, II, extrai-se a ideia de que “a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção), provenientes do Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição.”<sup>401</sup>

A cláusula de reserva legal subsidiária prevista no art. 5º, II, da Constituição Federal autoriza a limitação de direitos fundamentais pela edição de leis. No entanto, tal ação limitadora deve vir acompanhada de cautela, devido ao risco de abusos na imposição de restrições a direitos fundamentais não submetidos à reserva legal expressa. Por isso, a limitação de direitos fundamentais deve vir calcada também em norma constitucional.<sup>402</sup>

E é importante o registro de que “o exercício das liberdades não depende de normas reguladoras, porque, como foi dito, as normas constitucionais que as reconhecem são de aplicabilidade direta e imediata, sejam de eficácia plena ou de eficácia contida.”<sup>403</sup> Daí a razão pela qual a proteção à pluralidade familiar – ou a inexistência de vedação específica à união poliafetiva – pode ser interpretada como uma autorização para o exercício desse modelo familiar, cumprindo ao Estado o papel de assegurar a tutela jurídica da família formada nestes moldes.

Portanto, se o princípio da legalidade estabelece o corolário de que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, não há como encontrar na posição esposada no voto condutor do julgamento em análise sustentação na dogmática tradicional. Isso porque é consabido que a liberdade é regra geral, e não exceção; a proibição é que figura como exceção, devendo por esta razão estar expressamente pronunciada pela lei. A liberdade de ação, que atua como liberdade-base das demais liberdades constitucionalmente enumeradas, confere fundamento jurídico a elas e correlaciona liberdade e legalidade.<sup>404</sup>

No entanto, a sujeição ao império da lei está condicionada àquela lei que realiza os princípios da igualdade e da justiça, o que se entende pela efetiva busca de igualização condições sociais. É “nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder

---

<sup>401</sup>SILVA, J., 2001, p. 238-239.

<sup>402</sup>MENDES; BRANCO, 2015, p. 211.

<sup>403</sup>SILVA, J., 2001, p. 271.

<sup>404</sup>SILVA, J., 2001, p. 239.

Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administradores, senão em virtude de lei”.<sup>405</sup>

E o princípio da igualdade é trazido a lume em momento oportuno. Embora seja possível encontrar defesas no sentido de que a desigualdade é característica do universo, há que se atentar à proposta esposada por Rousseau de haver duas espécies de desigualdades: a desigualdade natural (ou física), estabelecida pela natureza (idade, saúde, força etc) e considerada saudável; e a desigualdade moral (ou política), viabilizada pelo consentimento dos homens, pela qual se estabelecem diferentes privilégios entre eles, vista como nociva.<sup>406</sup>

O que o princípio em questão veda são as distinções de tratamento arbitrárias, discriminações desarrazoadas, visto que tratar com desigualdade os casos desiguais é uma demanda própria do conceito de justiça. O que efetivamente se deve proteger são as finalidades, havendo lesão ao princípio da igualdade quando o elemento discriminador não estiver a serviço de uma finalidade eleita pelo direito. Portanto, “os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.<sup>407</sup>

Trata-se de princípio que opera em dois planos: processo legislativo e interpretação da norma a ser aplicada. Possui, também por isso, tríplice finalidade limitadora, a qual se impõe ao legislador, ao intérprete (ou autoridade pública) e ao particular. Quando o legislador se afasta do princípio da igualdade, acaba por incorrer em flagrante inconstitucionalidade, o que se revela um obstáculo à edição de normas que tragam diferenciações abusivas, à margem de qualquer finalidade lícita; tais normas, por óbvio, serão incompatíveis com a Constituição. Por sua vez, o intérprete ou autoridade pública não podem, quando da aplicação da norma, valer-se de interpretação que implique o aumento de desigualdades arbitrárias. Um dos mecanismos previstos na Constituição para evitar que os diferentes órgãos do judiciário confirmem tratamentos distintos à mesma norma são os recursos excepcionais (Recurso Especial e Recurso Extraordinário), que, dentre as hipóteses de cabimento, podem ser manejados quando houver entendimento diferente entre julgadores a respeito do mesmo dispositivo legal. Por fim, quanto ao particular, responderá civil e penalmente pela adoção de condutas discriminatórias, uma decorrência do princípio da igualdade.<sup>408</sup>

Em sede de direito das famílias, diversas são as manifestações do princípio. A exemplo disso, pode-se suscitar a igualdade de direitos e deveres entre cônjuges, a igualdade entre os

---

<sup>405</sup>SILVA, J., 2001, p. 423.

<sup>406</sup>SILVA, J., 2001, p. 215-216.

<sup>407</sup>MORAES, A., 2015, p. 35-36.

<sup>408</sup>MORAES, A., 2015, p. 36.

filhos (a despeito da origem), a igualdade de tratamento às uniões homoafetivas etc. Certo é que a aplicação do princípio da igualdade remete a infundável casuística. Sua indeterminação conceitual característica é que autoriza a aplicação nos diversos setores da convivência humana.<sup>409</sup>

Não se perca de vista, no entanto, que o mero discurso de um princípio da igualdade, gerador da crença ilusória de que todos os cidadãos têm acesso imparcial à lista de liberdades fundamentais, mostra-se em verdade um “princípio da diferença”, pois melhores são as condições de tratamento daqueles que formam a maioria da comunidade, na qual é cultuada a regra de prevalência da vontade da maioria. E a vontade da maioria pode converter-se com certa facilidade em ditadura, colocando como reféns da lei gays, mulheres, negros e minorias em geral, em virtude da ausência de representatividade no Congresso Nacional.<sup>410</sup>

Essa observação suscita o questionamento acerca do tratamento conferido hoje às famílias formadas pela união poliafetiva, especialmente após a decisão do pedido de providências do CNJ. Malgrado tal decisão não defina os rumos da união poliafetiva, pois apenas impacta na lavratura de escrituras públicas, acaba por desencorajar o exercício dessa formatação familiar que, se for capaz de caracterizar uma entidade familiar, será merecedora de guarida jurídica como qualquer outra família.

A propósito, é oportuna a observação feita pelo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga em seu voto, o qual é assertivo ao defender que “se a lei não define como ilícito o objeto, embora fuja dos padrões monogâmicos tradicionais, a provocar sentimentos de reprovação, não há como enquadrá-la como ato ilícito.” Nessa trilha, aduz que ainda que não seja possível reconhecer a união poliafetiva como união estável, inexistente objeto ilícito e a existência de fato da relação poliafetiva não pode ser simplesmente negada.<sup>411</sup> A conclusão do Ministro vem no sentido de que a impossibilidade de elevação da união poliafetiva à condição de entidade familiar não deve ser um impeditivo à realização da escritura pública, uma vez que o instrumento ainda é útil para o propósito de fazer prova da existência de sociedade de fato.<sup>412</sup>

---

<sup>409</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 87.

<sup>410</sup>MADALENO, 2017, p. 111.

<sup>411</sup>“Embora não seja possível o reconhecimento da união poliafetiva como união estável, verifica-se não haver objeto ilícito, de modo que não há restrição, senão para esse fim, qual seja, a de não recepção como união estável.

Sendo fato a existência da relação poliafetiva, não se pode negá-la, ainda mais quando já se tem notícia da confecção de escrituras públicas por alguns cartórios de registro civil.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>412</sup>“Ainda que não seja possível o reconhecimento das uniões poliafetivas como uniões estáveis, nem equipará-la a família, não se pode impedir que essas relações possam ser definidas em escritura pública para prevenir direitos e gerar obrigações. Pelo princípio constitucional que proíbe a discriminação é de se reconhecer tais relações como “sociedade de fato”, para a preservação de direitos e deveres apenas e tão-somente entre os

Mesmo que se defenda a monogamia como estrutura basilar do desenvolvimento familiar no direito brasileiro, sob o argumento de ser fundamental à construção familiar, não se pode ignorar deliberadamente a necessidade de tutelar as uniões não monogâmicas. Indivíduos que optem por tais relações não devem ser relegados à margem da proteção estatal, cumprindo ao Estado, ainda que pela via da tutela jurisdicional, definir o papel e lugar dessas relações, com vistas a proteger os seus membros de um estado constante de insegurança jurídica.<sup>413</sup> Ou seja, a despeito de ser família ou não, o Estado deve tutelar tais uniões, sendo a escritura pública instrumento adequado para provar o ajuste de vontades dos componentes da relação.

Esse registro feito pelo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga revela um importante argumento a ser considerado, pois ainda que a união poliafetiva não caracterize um novo núcleo familiar, não quer isso dizer que a dita união seja ilícita. Caracterizará ao menos uma sociedade de fato, nos moldes do tratamento conferido ao concubinato puro no passado (e ao concubinato no presente). Isso em tese autorizaria a aplicação da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal,<sup>414</sup> segundo a qual é cabível a dissolução judicial da sociedade e consequente partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum. E a existência de uma escritura pública regravando a relação seria de grande valia para esse propósito.

Claro que relegar a união poliafetiva à condição de sociedade de fato não é desejável. Os conflitos decorrentes das entidades familiares (expressas ou não) devem ser resolvidos no âmbito do direito das famílias e não no do direito das obrigações.<sup>415</sup> No entanto, embora não seja desejável a exclusão da união poliafetiva do direito das famílias, há que se considerar que ainda neste caso haveria a possibilidade de caracterização da sociedade de fato e, por conseguinte, a adoção da já ultrapassada solução trazida pela aludida súmula do Excelso Pretório.

---

partícipes dessas relações poliafetivas.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

<sup>413</sup>PAULA, Milka Pâmela Cavalcanti de; CAVALCANTI, João Paulo Lima. Relações não monógamas sob a ótica da anomia de Durkheim: a diluição do princípio da monogamia no direito de família. **IBDFAM** [site], 23 jun. 2020. Disponível em:

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1488/Rela%C3%A7%C3%B5es+n%C3%A3o+mon%C3%B3gamas+sob+a+%C3%B3tica+da+anomia+de+Durkheim%3A+A+dilui%C3%A7%C3%A3o+do+princ%C3%ADpio+da+monogamia+no+direito+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em 13 abr. 2021.

<sup>414</sup>Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

<sup>415</sup>“Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do direito de família e não do direito das obrigações, tanto os direitos pessoais, quanto os direitos patrimoniais e quanto os direitos tutelares. Não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo, para a solução da partilha dos bens adquiridos durante a constância da união afetiva, pois o direito de família atual adota o modelo, vigorante nos tipos de casamento e união estável - que deve ser utilizado para os demais tipos - da igual divisão deles, exceto os recebidos por herança ou adoção ou os considerados particulares” (LÓBO, 2002, p. 40-55).

Nos Estados Unidos, por exemplo, em que contratos de convivência passaram a figurar como uma alternativa ao casamento em alguns estados, J. Boon Dryden argumenta que o mesmo tipo de contrato estaria apto a tutelar as uniões poliamorosas, bastando que fossem assinados múltiplos contratos.<sup>416</sup>

É sagaz a observação feita por José Roberto Moreira Filho, que ressalta que justamente pela dificuldade, reconhecida pelo relator do julgamento do pedido de providências, de aplicação analógica das regras concernentes à união estável para as uniões poliafetivas é que a escritura pública passa a ter ainda mais utilidade.<sup>417</sup> Se a lei é lacunosa, o ajuste entre as partes pode figurar como um norte ao juiz diante do conflito instaurado.

E, como já mencionado alhures, ainda que a declaração de vontade dos companheiros poliafetivos não fosse suficiente para imprimir no mundo do direito efeitos como uma entidade familiar a ser protegida pelas normas de direito das famílias, não se pode negar a tais pessoas que façam uso do direito das obrigações para tutelar uma sociedade de fato, o que estaria por completo dentro da licitude. Ou seja, no pior cenário para os componentes da união poliafetiva, restar-lhes-ia o direito de buscar tornar pública e regulada por escrito a sociedade existente entre si, ainda que apenas para fins de tornar mais facilitada uma eventual partilha litigiosa que pudesse daí advir.

Portanto, a vedação de lavratura de escritura pública de uniões poliafetivas tem como reflexo único a dificuldade gerada à produção da prova da união. Entidade familiar ou não, a prova é crucial diante do conflito instaurado, seja para aplicação das regras próprias do direito de família, seja para, em último caso, buscar-se uma solução pela via do direito das obrigações.

Logo, é insubsistente o fundamento invocado, acerca da ilicitude do objeto, para negativa de lavratura de escritura pública de união poliafetiva, ainda que hipoteticamente tal formação viesse a ser excluída da concepção de entidade familiar.

---

<sup>416</sup>Nas palavras do autor, “then a polyamorous relationship should be capable of signing multiple such contracts with their other partners, just as a businessperson, with proper consideration for each contract, is capable of entering into multiple agreements with others. Na individual’s private right to contract, as evidenced in the enforceability of contracts that specifically contemplate sexual.” (DRYDEN, J. Boone. This Is the Family I Chose: Broadening Domestic Partnership Law to Include Polyamory. *Journal of Public Law and Policy*, Hamline University’s School of Law. v. 36, n. 1, p. 161-188, 2015. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/230674917.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021).

<sup>417</sup>MOREIRA FILHO, 2018, 2018, p. 25-26.

## 2.4.2 Limites de Atuação do Conselho Nacional de Justiça

O segundo ponto que compromete a decisão guarda relação com a competência do CNJ, o que exige incursão no rol de atribuições previstas no art. 103-B, §4º, da Constituição Federal.<sup>418</sup> Assim, nos termos do inciso I do §4º do art. 103-B da CF88, a competência do CNJ em matéria de edição normativa consiste na possibilidade de expedição de atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendação de providências. Embora o texto constitucional não vá a fundo nos limites da atuação do órgão, é seguro afirmar que sua competência não se sobrepõe ou substitui aquela conferida ao poder Legislativo, ponto esse devidamente esclarecido por ocasião do julgamento da ADI 3.367/DF pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>419</sup>

Em seu voto, o relator, ministro Cezar Peluso, enfatiza que “a competência do Conselho para expedir atos regulamentares destina-se, por definição mesma de regulamento heterônomo,

---

<sup>418</sup>Art. 103-B, § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (BRASIL, 1988 [CF]).

<sup>419</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF. Tribunal Pleno. Min. Rel. Cezar Peluso. Brasília, 13 de abril de 2005. **Diário de Justiça**, n. 192, 5 out. 2006..

a fixar diretrizes para execução dos seus próprios atos, praticados nos limites de seus poderes constitucionais”.<sup>420</sup>

Um pouco mais preciso, o ministro Eros Grau destaca que cabe ao CNJ, exclusivamente (e nada além disso), o controle: i) da atuação financeira e administrativa do Judiciário; ii) do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Conclui o raciocínio esclarecendo que o CNJ desempenha autêntico controle interno, não exercendo função jurisdicional.<sup>421</sup>

Como destacado pela doutrina, embora a Emenda Constitucional n° 45 tenha trazido para o bojo da Constituição a possibilidade de que os Conselhos em geral possam editar atos regulamentares, isso não é o mesmo que lhes conferir carta branca para o exercício desse poder. Há limitações de duas ordens a serem observadas, uma *stricto sensu* e outra *lato sensu*. No tocante à primeira, é imperativo que os regulamentos expedidos não possuam caráter geral e abstrato, decorrência da reserva de lei. A limitação *lato sensu*, por sua vez, reside na impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais das pessoas. Assim, os regulamentos não podem representar substituição ou alteração de leis, atribuição esta do parlamento.<sup>422</sup>

A considerar o que até aqui vem se defendendo acerca da pluralidade das entidades familiares, princípio da legalidade e da dignidade da pessoa humana, o que se depreende é que a limitação *lato sensu*, que impossibilita a atuação do CNJ em detrimento de direitos e garantias fundamentais, não foi devidamente observada por ocasião do julgamento do pedido de providências em comento.

Ademais, uma incursão no Regimento Interno do CNJ<sup>423</sup> não nos autoriza concluir que o poder normativo do órgão possa de qualquer forma apresentar-se como sucedâneo da reserva legal. Não há no rol de competências do Plenário (art. 4°), da Presidência (art. 6°) ou do Corregedor Nacional de Justiça (art. 8°) qualquer previsão que autorize interpretação diversa.

---

<sup>420</sup>BRASIL, 2005 [ADIN 3.367], p. 249.

<sup>421</sup>BRASIL, 2005 [ADIN 3.367], p. 281-282.

<sup>422</sup>STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). In: **Migalhas** [site], 16 jan. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20381,41046-Os+limites+Constitucionais+das+resolucoes+do+Conselho+Nacional+de>. Acesso em: 15 abr. 2021, p. 3

<sup>423</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 67**, de 3 de março de 2009. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado14010420210324605b4620cc1d7.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

Uma análise do rol de atos normativos<sup>424</sup> previstos no art. 14 do Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça<sup>425</sup> permite apurar que no provimento reside a possibilidade de um ato normativo externo, mas restrito à finalidade de esclarecer e orientar a execução dos serviços judiciais e extrajudiciais. O que não se pode perder de vista é que o CNJ jamais pode desvirtuar o sistema de separação dos poderes, respeitando a competência do Poder Legislativo.

Por isso, embora esteja na competência do CNJ deliberar sobre a lavratura de escrituras públicas, suas decisões devem estar pautadas por fundamentos jurídicos sólidos. Não lhe é lícita a atuação para além de sua esfera de competências, usurpando pontualmente a competência do Poder Legislativo ou a atividade judicante dos demais órgãos do Poder Judiciário, para que possa criar fundamento que lhe falta para sustentar a decisão a ser tomada dentro de sua esfera de competência.

Como referido pela Ministra Cármen Lúcia, então presidente do CNJ e STF, em comentário ao julgamento do pedido de providências em curso, “Não é atribuição do CNJ tratar da relação entre as pessoas, mas do dever e do poder dos cartórios de lavrar escrituras. Não temos nada com a vida de ninguém. A liberdade de conviver não está sob a competência do CNJ. Todos somos livres, de acordo com a constituição”.<sup>426</sup>

É sabido que o CNJ já esteve diante de situações aparentemente similares e acabou por normatizá-las no âmbito de sua competência, a exemplo da proibição de negativa de realização

---

<sup>424</sup>Art. 14. Os atos expedidos pelo Corregedor, de natureza normativa, no âmbito de sua competência, observarão a seguinte nomenclatura:

I – provimento – ato de caráter normativo interno e externo com a finalidade de esclarecer e orientar a execução dos serviços judiciais e extrajudiciais em geral. Quando se destinar a alterar outro Provimento, deverá ser redigido de tal forma a indicar expressamente a norma alterada, a fim de preservar a sistematização e a numeração existente;

II – instrução Normativa – ato de caráter vinculativo complementar, com o objetivo de orientar a execução de serviço no âmbito interno das Corregedorias de Justiça;

III – orientação – ato de caráter explicativo com medidas para aperfeiçoamento dos serviços das Corregedorias de Justiça no âmbito de suas atribuições;

IV- ofício circular – ato de caráter requisitório ou de divulgação, contendo solicitações de informações administrativas, técnicas, processuais e financeiras, estabelecendo o modo de sua realização, ou a divulgação de decisões e atos da Corregedoria.

V – portaria – Ato interno contendo delegações ou designações, de natureza geral ou especial, para desempenho de funções definidas no próprio ato; destinado ainda a aprovar e alterar o regulamento da Corregedoria, bem como a instaurar procedimentos.

Parágrafo único. O provimento será referendado pelo Plenário do Conselho, sem prejuízo da sua eficácia imediata; os demais atos poderão, conforme o caso e a juízo do Corregedor Nacional de Justiça, serem submetidos ao colegiado. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça**. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/regulamento-geral-da-corregedoria-nacional-de-justica/>. Acesso em: 15 abr. 2021)

<sup>425</sup>BRASIL, 2012 [Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça].

<sup>426</sup>MONTENEGRO, Manuel Carlos. Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. **CNJ** [site], 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>. Acesso em 20 jul. 2021.

de casamentos de pessoas do mesmo sexo,<sup>427</sup> do registro de paternidade socioafetiva,<sup>428</sup> alteração de prenome e gênero de pessoa transgênero<sup>429</sup> etc. No entanto, em tais circunstâncias a normatização limitou-se a questões procedimentais relacionadas a matérias já pacificadas nos tribunais superiores – ou com suficiente amparo na legislação. Vale dizer, apenas após os tribunais decidirem a respeito é que o CNJ cumpriu a sua atribuição constitucional de expedir atos regulamentares alinhados às decisões. Portanto, é razoável concluir que nestes casos não extrapolou sua competência, pois atuou administrativamente sem usurpar a competência dos tribunais.

Em tais casos, a normatização observou a orientação geral de que as resoluções expedidas pelos Conselhos não podem criar direitos e obrigações ou imiscuir-se na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas – especialmente no que toca às restrições. O poder regulatório dos Conselhos tem como óbice intransponível a impossibilidade de inovar.<sup>430</sup>

Diversamente foi a postura adotada diante do pedido de providências de que trata este capítulo, cujo impacto implica materialmente o caráter regulatório. No caso em questão, o CNJ ignorou a dita impossibilidade de inovar ao decidir sobre matéria não submetida à tutela jurisdicional e tampouco ao processo legislativo. E com isso acabou por imiscuir-se na esfera dos direitos e garantias individuais, restringindo liberdades – algo que nem a lei e nem a jurisprudência teve a oportunidade de conferir atenção.

É patente a dificuldade de determinação do que seja uma entidade familiar, como já mencionado alhures e indubitavelmente não compete ao CNJ estabelecer tal definição. Trata-se de tarefa árdua a cargo do legislador, que invariavelmente necessitará do apoio de outras searas do conhecimento, uma vez que a definição do que deva ser considerado família precede o Direito.

Inerte o legislador e trazido à porta do Judiciário o conflito envolvendo tal conceito, caberá então a esse último a incumbência de reconhecer ou não a existência de uma entidade familiar formada por determinado arranjo de indivíduos afetivamente vinculados, tal como o fez recentemente no tocante às uniões homoafetivas. E embora o CNJ seja órgão do Poder

---

<sup>427</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 15 abr. 2021, p. 2.

<sup>428</sup>BRASIL, 2009 [Resolução 67].

<sup>429</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73 de 20/08/2020**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a adoção de medidas preparatórias e ações iniciais para adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432>. Acesso em 15 abr. 2021, p. 8.

<sup>430</sup>STRECK; SARLET; CLÈVE, 2006, p. 3.

Judiciário, não possui função jurisdicional, devendo respeitar a competência constitucional atribuída aos tribunais.

Convém o registro, pois oportuno, que por ocasião do julgamento de medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº12, o Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento de que as resoluções editadas pelo CNJ integravam os chamados atos normativos primários, destacando-se a possibilidade de inovação jurídica em atos dessa categoria.<sup>431</sup>

Ainda na hipótese de inovação jurídica é imperioso que isso se dê nos limites da própria atuação conferida ao CNJ, o que pode ocorrer em dois contextos: quando há fonte normativa prévia (lei ou decisão judicial vinculante) e quando não há. No primeiro caso, a normatização de determinada atividade notarial ou registral deve se dar com estrita observância à fonte normativa sobre a matéria, a exemplo da hipótese em que o Poder Legislativo já editou lei ou o Poder Judiciário, em decisão com caráter vinculante, já apreciou o assunto.<sup>432</sup>

Por outro lado, quando inexistente fonte normativa, a normatização por parte do CNJ deve vir ao encontro da proteção e concretização dos direitos fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, resguardo da autonomia privada dos sujeitos etc.<sup>433</sup>

E, como se viu até o presente momento, o arcabouço jurídico em voga foi construído sobre uma lógica inclusiva, respeitando grupos minoritários, protegendo toda formação de família genuína e de boa-fé e intentando proteger a liberdade dos indivíduos quando da busca pela realização plena de suas personalidades.

Portanto, a decisão do CNJ que exclui a união poliafetiva da noção de entidade familiar se dá à revelia da prévia provocação legislativa ou judicial sobre o tema. Por isso, a decisão só estaria legitimada se viesse ao encontro da concretização dos direitos fundamentais, o que claramente não ocorreu. Destarte, resta caracterizada a exorbitância de competência do CNJ no julgamento do pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000.

Em suma, o que se extrai dos pontos trabalhados nos últimos dois tópicos é que restam duas inarredáveis constatações: (i) o CNJ extrapolou sua competência ao definir que a união poliafetiva não se enquadra na condição de entidade familiar; (ii) o órgão negou aplicação ao

---

<sup>431</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**, de 18 de dezembro de 2009. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em 15 abr. 2021, p. 15.

<sup>432</sup>POMJÉ, Caroline; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Critérios de legalidade constitucional para a função normativa do Conselho Nacional de Justiça: o exemplo do direito de família. **Pensar**, v. 25, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10067/pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021, p. 7.

<sup>433</sup>POMJÉ; FLEISCHMANN, 2020, p. 8.

Princípio da Legalidade, enquadrando na ilicitude uma forma de convívio não rechaçada pela lei e possivelmente albergada pelo leque aberto de famílias do art. 226 da Constituição.

### 2.4.3 Princípio da Não Intervenção Estatal na Família

Em que pese o liberalismo proposto por John Locke não tenha vingado por se revelar incapaz de lidar com os problemas reais da sociedade,<sup>434</sup> deixou como legado a proposta de redução da intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo. Segundo Locke, três são as necessidades (da sociedade) que levam à criação de um governo: (i) o estabelecimento de uma lei por todos aceita como padrão de justiça para resolução das controvérsias; (ii) a existência de um juiz imparcial para resolver os conflitos com base na lei conhecida; (iii) o poder de execução da decisão.<sup>435</sup>

O papel do Estado deve ser mínimo, figurando como um agente harmonizador. Malgrado fracassado o liberalismo, a influência da doutrina de Locke sobre a maioria dos ordenamentos modernos é indiscutível. A autonomia privada, hoje tão cara ao direito privado, foi um dos seus preciosos frutos. O campo em que atua a autonomia privada é precisamente onde se situam os interesses privados. Estes, por sua vez, são determinados por exclusão, entendendo-se como tais todos os interesses que o Estado não assume para si – e nem impõe a outros.<sup>436</sup>

A relação entre a autonomia privada e a liberdade é, portanto, íntima. A ideia de liberdade é concebida no século XIX pelo viés negativo, com vistas à proteção do direito de propriedade. Surge a autonomia privada nesse contexto como uma proposta de autorregulação de interesses privados. Distintamente da noção de autonomia da vontade, cuja ênfase está na manifestação da liberdade no campo jurídico, a autonomia privada autoriza a criação pelos próprios sujeitos, desde que dentro dos limites estabelecidos pela lei,<sup>437</sup> de regramento a reger a relação jurídica com efeitos patrimoniais. Por conta disso, comumente defende-se que não

<sup>434</sup>MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 130.

<sup>435</sup>LOCKE, John. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 88-89.

<sup>436</sup>FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução por Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 12.

<sup>437</sup>Acerca da autonomia privada, Otávio Luiz Rodrigues Junior reúne sob alguns aspectos a visão de diversos autores (Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota-Ferrara, Santi Romano e Hans Kelsen): “a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-modernidade*. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, 2004, p. 121).

haveria espaço para a autonomia privada no âmbito da família, pois as normas atinentes a este ramo do direito são imperativas. No entanto, há que se ter em vista que “as expressões da liberdade em matéria não-patrimonial ocupam posição mais elevada na hierarquia constitucional, de modo que se torna oportuno separá-las conceitualmente da autonomia privada (que seria, do modo mencionado, patrimonial).”<sup>438</sup>

Transpondo a autonomia privada para o direito de família, sua aplicação é amplamente defendida, consequência da valorização da dignidade da pessoa humana pela Lei Maior e da evolução da legislação civilista no tocante às relações familiares, que passou a valorizar mais o indivíduo – e suas conexões jurídicas – do que o patrimônio.<sup>439</sup> A autonomia privada tem como implicação a liberdade de escolha do modelo de família, com vistas à realização pessoal dos indivíduos que a compõem. A intervenção estatal para o propósito de rejeitar uma família baseada no afeto existente por pessoas iguais e livres é gritantemente ilegítima,<sup>440</sup> o que, frise-se, está disposto na própria lei (art. 1.513 do Código Civil).

Tartuce identifica uma relação direta entre o princípio da não intervenção e a autonomia privada, essa entendida como o poder que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses. Segundo o autor, a autonomia privada não se restringe aos contratos, estendendo-se também à ótica familiar.<sup>441</sup>

Porém, com vistas à promoção do aprimoramento técnico, é de bom alvitre de dois conceitos: autodeterminação e autonomia privada existencial. A autodeterminação abrange “a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à dita opção sexual e ao direito de renunciar à própria vida.”<sup>442</sup>

Comparativamente, a autodeterminação encontra-se em plano distinto da autonomia privada. É um conceito mais amplo, ligado ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana como um fim em si, uma forma de expressão de sua dignidade e individualidade. E, como “conceito prejurídico, assinala o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.”[sic]<sup>443</sup>

Mas há uma estreita conexão entre os dois conceitos: a autodeterminação exige a autonomia privada como seu princípio operatório no que toca à configuração das relações intersubjetivas, pois só assim pode ser realizada. Não fosse a autonomia privada, a

---

<sup>438</sup>NAMUR, 2014, p. 110-111.

<sup>439</sup>MADALENO, 2017, p. 157.

<sup>440</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 30.

<sup>441</sup>TARTUCE, 2017a, p. 26.

<sup>442</sup>RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 127.

<sup>443</sup>RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 22-23.

autodeterminação quedaria inócua. A conexão entre os dois conceitos não é constitutiva, mas instrumental, visto que a autonomia privada é meio pelo qual a autodeterminação alcança o seu fim.<sup>444</sup>

Devido ao nexó funcional existente entre a autonomia privada e a autodeterminação, é comum que ambos os conceitos acabem confundidos, sendo o segundo absorvido pelo primeiro, resultando em uso quase indiferenciado de ambos. Os dois conceitos acabam sobrepostos, por se identificarem um ao outro. Por isso, “em vez de a autodeterminação se posar no exterior da autonomia privada, como uma das causas do seu reconhecimento institucional, um dos fundamentos da liberdade reguladora que ela traduz, é encerrada no interior do espaço denotativo aberto por essa locução.”<sup>445</sup> Visto isso, o que se está a tratar aqui é da hipótese de exercício da autodeterminação dos componentes da família por meio da autonomia privada (existencial).

Atualmente defende-se que a intervenção mínima do Estado no Direito de Família é um relevante princípio deste ramo, sendo vedado àquele intervir nas relações familiares como o faz nas relações contratuais. A intervenção só poderá se dar quando presente ameaça ou lesão a interesse jurídico dos integrantes da família.<sup>446</sup> O Estado não pode intervir no seio familiar a ponto de aniquilar sua base socioafetiva, mas pode ser invocado sempre que “houver ameaça ou lesão a interesse jurídico de qualquer dos integrantes da estrutura familiar, ou, até mesmo, da família considerada como um todo.”<sup>447</sup>

É preciso atentar à necessidade de respeito ao “valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar. Isso não por um motivo de Estado, nem ‘de família’, isto é, por uma razão superior ao interesse das partes, mas porque a comunidade familiar deve inspirar-se, como qualquer formação social, no princípio da democracia.”<sup>448</sup>

É comum a associação entre moral e direito, especialmente em matéria de direito público, para legitimar princípios constitucionais baseados em valores fundamentais; todavia, realizar a mesma operação no âmbito do direito de família conduz ao nefasto quadro de exclusão e imposição. É papel do direito a oposição ao discurso moralista dominante, dando suporte a alternativas para a formação familiar. O atual momento histórico denota desenvolvimento social incompatível com o uso de um sistema rígido para normatização da

---

<sup>444</sup>RIBEIRO, 2003, p. 30.

<sup>445</sup>RIBEIRO, 2003, p. 32.

<sup>446</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 105-106.

<sup>447</sup>GAGLIANO; PAMLONA FILHO, 2012, p. 106.

<sup>448</sup>PERLINGIERI, 1997, p. 246.

família. Não se coaduna com a liquidez das relações hodiernas a formatação familiar estanque, própria de período em que a perenidade da família era a regra.<sup>449</sup>

Nessa concepção de família privatizada, “é função do Estado apenas reconhecer que, ao se verificar a existência de uma família, esta concebida como a manifestação da vontade de conviver no plano existencial apenas (e não quanto ao patrimônio), incidem os efeitos jurídicos próprios dessa relação”,<sup>450</sup> a exemplo dos alimentos, sucessão e previdência.

Sendo a liberdade um direito da personalidade<sup>451</sup> e, constando-se que dela decorre o direito de livre planejamento familiar, é defensável que este último seja tratado como um direito fundamental e um direito da personalidade<sup>452</sup> – senão um direito fundamental da personalidade, como proposto por Fernanda Borghetti Cantali ao cotejar direitos da personalidade e direitos fundamentais.<sup>453</sup>

Nessa toada, é oportuna a invocação do princípio da liberdade, de suma importância para o direito de família, que se manifesta de inúmeras formas, dentre as quais interessa-nos duas: a vedação a qualquer forma de intervenção na constituição da família e a decisão de livre planejamento familiar, positivados respectivamente nos artigos 1.513 e 1.565 do Código Civil. Como bem destacado por Dimas Messias de Carvalho, “o novo conceito de família afastou o pressuposto de que se constituía apenas pelo casamento e a exigência de um par, facultando aos seus membros a liberdade de escolha para formação da família”.<sup>454</sup>

Não se perca de vista que a tão prestigiada noção de família eudemonista<sup>455</sup> que funda a família pós-moderna, exige que a tutela estatal deixe de centrar-se na entidade familiar e passe a proteger os próprios indivíduos que a compõem, o que por sua vez reforça as garantias constitucionais à intimidade, vida privada e, acima de tudo, liberdade.<sup>456</sup> Portanto, “isso implica lançar o olhar da norma jurídica não ao modelo familiar propriamente dito, mas, sim, às pessoas que nele se inserem, independentemente do modelo familiar por elas escolhido ou a elas imposto.”<sup>457</sup> A proposta de alteração do conceito de unidade familiar há muito deixou de se

---

<sup>449</sup>NAMUR, 2014, p. 56-57.

<sup>450</sup>NAMUR, 2014, p. 184-185.

<sup>451</sup>BELTRÃO, 2014, p. 30.

<sup>452</sup>DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 721.

<sup>453</sup>CANTALI, 2009, p. 129.

<sup>454</sup>CARVALHO, 2017, p. 95.

<sup>455</sup>Vide tópico 2.3.1.3.

<sup>456</sup>OLIVEIRA, Caroline Buarque Leite de. **Poliamor**: da aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais à legitimidade jurídica das uniões múltiplas e seus efeitos. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2017, p. 32.

<sup>457</sup>PIANOVSKI, 2006, p. 204.

restringir à composição familiar matrimonial, passando a deter conceito flexível e instrumental, com vistas à realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade dos seus membros.<sup>458</sup>

Se o direito se propuser a invadir esfera do conhecimento que não lhe pertence para definir o que deve ou não ser família, estará prestando um desserviço à sociedade. A tutela jurisdicional deve ocupar-se de compreender as demandas sociais e oferecer soluções. Há que se ter cuidado para que o discurso de antever problemas para o fim de evitá-los não resulte ironicamente no oposto: criar problemas pela resposta precipitada. Desvirtua-se o direito quando se ocupa de negar a existência de uma demanda social para evitar o trabalho de construção de uma solução. Ao fazer isso, nega os fatos para se manter numa confortável zona de segurança jurídica.

Se a autonomia privada corresponde à chancela da lei para o autorregramento do interesse privado, a autonomia privada afetiva apresentar-se-ia como faceta da primeira voltada à liberdade de escolha da formatação da família dentro daquilo que a lei autorize ou não proíba. Esta delimitação guarda íntima relação com a estruturação construída pelos princípios constitucionais aplicáveis à matéria. E, malgrado o Estado social apresente-se como proposta de intervenção em algum grau nas relações privadas, interferindo assim na autonomia dos indivíduos, isso não descaracteriza a indiscutível natureza privada de determinadas situações jurídicas subjetivas. A patrimonialização da família – cabível às situações jurídicas patrimoniais de que trata todo um eixo de direitos e obrigações do direito de família – não deve se estender às situações subjetivas atinentes às relações pessoais, cujo propósito é a realização pessoal dos membros da família, que se afigura como uma manifestação derradeira da dignidade da pessoa humana no ambiente familiar. Compete ao direito, nessa seara, a proteção da família e não a sua discriminação da escolha do indivíduo.<sup>459</sup>

O pleno desenvolvimento da liberdade individual, consistente na eliminação de privações de escolhas e oportunidades, revela-se a derradeira finalidade para o desenvolvimento das sociedades. É por meio da liberdade que os agentes – aqueles que agem, que geram mudanças no meio – podem adotar ações e tomar decisões individuais. A liberdade promove a expansão das capacidades dos indivíduos de levarem a vida conforme seus valores e necessidades, aspectos fundamentais para que alcancem a realização pessoal – e, por conseguinte, resultados sociais mais significativos. As capacidades individuais – iniciativa,

---

<sup>458</sup>TEPEDINO, 2008a, p. 422.

<sup>459</sup>NAMUR, 2014, p. 126.

habilidade, autonomia, autoconfiança, saúde física e psicológica – são severamente definidas por fatores sociais como emprego, renda, inclusão social, nutrição dentre outros.<sup>460</sup>

Enquanto o Estado Liberal foi erigido sobre o primado da autonomia da vontade, o Estado democrático de direito é estruturado sobre os direitos fundamentais. Desta forma, diversamente da autonomia da vontade, que era sustentada pelo individualismo proprietário, a autonomia privada tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. O exercício da autonomia privada é funcionalizado à dignidade da pessoa humana, à preservação do meio ambiente, à defesa do consumidor, à redução das desigualdades sociais etc., deixando de ser pensada apenas pela ótica patrimonialista. As situações existenciais passam a ser um *locus* privilegiado para o exercício da autonomia privada.<sup>461</sup>

No entanto, a liberdade – assim entendida como a capacidade de o indivíduo realizar aquilo que deseja – conduz a uma indagação de extrema relevância: o indivíduo tem o discernimento necessário para uma avaliação arrazoada daquilo que efetivamente quer? É certo que não será possível afastar por completo o controle sobre escolhas que se revelem desarrazoadas, o que, no entanto, pode resultar em reforço argumentativo às escolhas moralistas consoante padrões fixados pelo grupo social. Por isso, o valor básico a ser observado é de que tenham as pessoas a livre decisão acerca de que tradições ou costumes desejam seguir, sem que exista qualquer obrigatoriedade advinda de autoridades religiosas ou seculares. O mesmo vale para os condicionamentos sociais impostos pelos ditames da sociedade burguesa de mais de um século, os quais não devem e nem podem interferir na escolha do modo de vida das pessoas.<sup>462</sup>

Portanto, não é função do direito a definição do que é família, mas das pessoas que se relacionam, fazendo uso da autonomia privada que lhes é assegurada e atentando à não ocorrência de danos a interesses jurídicos – estes sim, a serem protegidos. Do contrário, retroceder-se-á à distinção entre família natural e família jurídica, tratada anteriormente (tópico 2.3.1.1). A família é fato cultural que precede o direito, não sendo papel deste impor modelos, condutas e papéis a serem exercidos pelas pessoas na família. Ao direito é reservada, portanto, a tarefa de reconhecer a condição de família – e a partir de então assegurar a sua manifestação como família e os direitos dos seus membros. Dada a evolução da sociedade, o direito de família já não pode ser interventivo, característica essa do “modelo codificado, oitocentista, transpessoal de família, em que havia uma postura definidora do comportamento familiar pelo legislador”.<sup>463</sup>

---

<sup>460</sup>NAMUR, 2014, p. 107.

<sup>461</sup>SILVA, M., 2012, p. 247-248, 2012.

<sup>462</sup>NAMUR, 2014, p. 107-108.

<sup>463</sup>NAMUR, 2014, p. 159.

Deve-se compreender que as situações subjetivas existenciais vão além dos direitos da personalidade como o direito à integridade psicofísica, imagem, privacidade, liberdade de pensamento e expressão etc.; também as relações de natureza jurídica familiar são manifestações de situações subjetivas existenciais. Não são os componentes da família que estão funcionalizados à realização do projeto familiar, mas o oposto, de modo que a família constitua um núcleo de interesse diverso do das pessoas que lhe formam. A família jamais poderá ser concebida como entidade com direitos autônomos. E quanto maior a ingerência do Estado na regulação das famílias baseadas em relações conjugais, maior o risco de inversão de valores, sujeitando as pessoas a um modelo familiar que atende a interesses fixados uniformemente pelo ente estatal – à semelhança das codificações oitocentistas e suas pretensões à regulação dos aspectos mais íntimos da vida privada.<sup>464</sup>

Atualmente parece estar pacificado o entendimento de que a sexualidade do indivíduo extrapola a atuação do direito, visto que ele é livre para o exercício da orientação sexual a ser manifestada, sem que possa por isso sofrer qualquer tipo de reprimenda. A evolução do pensamento nesse sentido indica a necessidade de distinção entre o tratamento conferido aos atos de autonomia existencial e os atos de autonomia patrimonial. No campo patrimonial, a intervenção jurídica é legítima quando voltada a condicionar a atividade econômica ao respeito à dignidade humana. Por sua vez, no campo existencial a intervenção jurídica tem como propósito apenas assegurar que as pessoas possam exercer suas escolhas livremente – portanto, escolhas estas sem intrusão do Estado. Se a intervenção estatal vem para garantir o cumprimento da finalidade ou utilidade social do ato praticado, então é importante compreender que estas se verificam, quando da prática de atos existenciais, precisamente “na trivial prevalência do ato de autonomia existencial, qualquer que seja, desde que não fira terceiros”.<sup>465</sup>

O que há de ser observado, para além da proteção da dignidade humana, é a busca pela igualdade. De outro modo, será privilegiada a titularidade de uma determinada relação familiar e desconsiderada outra situação existencial que, sociologicamente, configura também uma entidade familiar. Ainda que caracterize uma relação familiar, no caso de união simultânea o “outro” recebe a alcunha de concubino – mais frequentemente, concubina –, a qual é eivada de estigma e desclassifica a pessoa, ofende a sua dignidade, sua integridade moral. Em vez de prestigiar-se a autonomia privada no exercício das situações subjetivas existenciais, há uma indevida intervenção estatal por meio de “regras que de forma injustificada limitam o direito à

---

<sup>464</sup>SILVA, M., 2012, p. 250, 2012.

<sup>465</sup>NAMUR, 2014, p. 111-113.

livre conformação das entidades familiares, o que em última instância cria as condições de alienação e marginalização social.”<sup>466</sup>

Nessa esteira, Namur defende que há um “direito interno de família”, uma expressão da autonomia privada existencial, em que cada família cria suas regras de funcionamento acerca de como se dará a vida em conjunto, que limites devem ser respeitados, como se dará o desenvolvimento da personalidade dos componentes da família com vistas às suas realizações pessoais. Em vista disso, não se deve descartar a possibilidade de que se pactue responsabilidade civil em caso de determinada infração, a exemplo da infidelidade.<sup>467</sup> A construção do regimento interno da relação permite não apenas que os indivíduos se libertem de alguns deveres, mas que criem outros não previstos em lei – desde que não contrários a ela.

A considerar que a orientação do nosso ordenamento jurídico vem no sentido de vedar intervenções estatais no âmbito familiar, salvo para proteção de pessoas cujos direitos fundamentais possam estar sendo ofendidos, o que se depreende é que não há razão juridicamente legitimada para a vedação à formação familiar poliafetiva, especialmente porque inexistente vedação expressa nesse sentido.

Admite-se a existência de uma lacuna legal, o que implica a adoção dos princípios jurídicos como norteadores para a solução: o princípio da legalidade, para não impedir alguém de uma prática não proibida, o que em última análise promove o princípio da liberdade; o princípio da pluralidade das entidades familiares, estendendo-se à união poliafetiva a proteção do direito das famílias desde que preenchidos os requisitos gerais necessários à caracterização de um núcleo familiar (intenção, ostensividade, estabilidade), o que em última análise promove o princípio da igualdade, pois retira da marginalidade da lei tais famílias; o princípio da afetividade, pois enaltece o elemento central que caracteriza os vínculos familiares, qual seja, o reconhecimento recíproco dos membros como família, com base na *affectio societatis* (familiar), o que em última análise propugna atender o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando promover a realização da personalidade das pessoas no seio de suas famílias.

## 2.5 CONCLUSÕES ACERCA DA DECISÃO DO CNJ NO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS

Em síntese, a decisão exarada pelo CNJ baseou-se na ideia de que o poliamor é um formato de relacionamento inexpressivo e repudiado pela sociedade, razão pela qual não é capaz de configurar a formação de uma entidade familiar. Assim, inexistindo família, concluiu o voto

---

<sup>466</sup>SILVA, M., 2012, p. 215, 2012.

<sup>467</sup>NAMUR, 2014, p. 177.

condutor que o objeto de escritura pública de união poliafetiva é ilícito e, como tal, impede a lavratura da escritura pelos tabelionatos.

No entanto, como visto, há consideráveis fragilidades no raciocínio esposado, sejam de caráter conceitual, de natureza hermenêutica, por incongruência dogmática ou por incompetência material. Em outras palavras, a decisão em questão é de todo ilegítima e está fadada a ser hostilizada quando a problemática for conduzida ao Pretório Excelso – o que não deve tardar a acontecer.

Dentre as diversas vulnerabilidades da decisão, a primeira reside na visão adotada em relação à figura da união poliafetiva. Sem qualquer fonte estatística – nem mesmo alguma de idoneidade questionável – o voto condutor estabeleceu que o poliamor sofre forte repulsa social, quando, em verdade, a única certeza que se tem a esse respeito é a falta de conhecimento de um número percentualmente elevado de adeptos. E, no entanto, esta constatação é de fácil justificativa: a cultura ocidental esteve ao longo dos séculos marcada pela forte influência católica, a qual foi drasticamente reduzida por diversos fatores, incluindo o trânsito de informação acelerado que caracteriza a atualidade; não obstante, é preciso ter em mente que justamente por destoar do padrão cultural vigente – o que leva ao receio de julgamento social – as uniões poliafetivas já existentes podem estar situadas à margem do conhecimento público.

Ademais, o voto condutor adota retrógrada concepção de família ao agarrar-se inflexivelmente à monogamia como valor inarredável, com se princípio fosse, e trata o rol de entidades familiares previstos no art. 226 da Carta Magna como taxativo, na contramão da doutrina familista moderna e do entendimento esposado pelo próprio guardião da Constituição. Assim, por falta de expressa previsão constitucional, exclui indevidamente a união poliafetiva da noção de entidade familiar, ignorando deliberadamente o princípio eudemonista que hoje orienta a caracterização de uma família – com suporte nos estudos da psicologia.

Mais grave do que isso foi concluir que, por não se tratar de uma entidade familiar, automaticamente a relação estaria eivada de ilicitude, sendo este o fundamento para a proibição da lavratura de escritura pública – a qual exige objeto lícito. É lamentável a conclusão, pois a mera descaracterização da entidade familiar não implica por si só a inexistência de efeitos advindos de outra relação completamente lícita: a sociedade de fato. Destarte, a questão não guarda relação com o plano da validade, mas com o da eficácia<sup>468</sup> – já que os efeitos gerados podem ser diversos dos desejados pelas partes.

---

<sup>468</sup>TARTUCE, Flavio. Da escritura pública de união poliafetiva: breves considerações. **Migalhas** [site], 26 abr. 2017b. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI257815,31047-Da+escritura+publica+de+uniao+poliafetiva+Breves+consideracoes>. Acesso em: 29 jan. 2019.

Pecou o voto condutor ainda no tocante à adequada presunção a ser aplicada em matéria de liberdades. Vigem em nosso ordenamento o princípio da legalidade, segundo o qual toda prática que não seja expressamente vedada deve ser interpretada como lícita. Assim sendo, é prescindível a expressa previsão constitucional da família poliamorista – até mesmo porque o rol em questão é aberto, exemplificativo; pelo contrário, necessário seria a vedação de formação de família nestes moldes.

Por fim, a postura do CNJ diante do pedido de providências suscita alerta para o abuso no exercício de suas atribuições constitucionais, sendo notória a exorbitância de competência no julgamento do caso em comento. Isso porque o órgão em questão não apenas adentrou na apreciação de matérias que passam longe de sua competência – como, por exemplo, definir o que deva ou não ser uma família –, mas também passou por cima da ordem a ser seguida para a resolução de questões polêmicas em nosso ordenamento. Não compete ao CNJ julgar a legalidade ou constitucionalidade de questão casuisticamente demandada. A competência do CNJ, neste contexto, restringe-se à orientação procedimental das questões já pacificadas na via judicial, tal como até então vinha procedendo. A decisão invade as esferas de competência do Legislativo e dos tribunais, sendo também por isso ilegítima.

Em suma, a decisão proferida pelo CNJ no pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000 encontra-se em dissonância com o ordenamento jurídico como um todo, pecando pelo anacronismo de um viés por demasiado conservador. Subsistirá tão somente até a inevitável provocação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Assim, demonstrada a inconsistência dos fundamentos da referida decisão, que se mostrou um inconveniente óbice à formalização da escritura pública de união poliafetiva, em oposição à marcha da transformação social, o que se depreende é que tal formato de família deve ser acolhido e tutelado pelo direito das famílias, desde que preencha os requisitos de caracterização de uma entidade familiar: afetividade, estabilidade e ostensibilidade.<sup>469</sup>

Portanto, o ordenamento pátrio já passou pelo necessário amadurecimento de seu arcabouço jurídico para acolher a união poliafetiva em seu seio e tutelá-la como entidade familiar. Em outras palavras, a união poliafetiva que preencha os três requisitos, também exigíveis para a caracterização da união estável, passa a figurar no plano da existência<sup>470</sup> como

---

<sup>469</sup>LÔBO, 2002, p. 40-55.

<sup>470</sup>A esse respeito, vale invocar, pela analogia estabelecida entre união poliafetiva e união estável, a explicação de Paulo Lôbo sobre a inadequação técnica de situar a família advinda da união informal no plano da validade: “a correta utilização dos planos do mundo do direito – da existência, da validade e da eficácia – (outra fantástica contribuição teórica de Pontes de Miranda), é imprescindível para a correta prestação da tutela jurisdicional. O casamento, por ser ato jurídico, percorre os três planos, mas a união estável, por ser ato-fato jurídico, percorre apenas os planos da existência e da eficácia” (LÔBO, Paulo. A concepção da união estável

entidade familiar detentora de direitos. Configura-se, a partir dessa formação, aquilo que Duina Porto cunhou como “multiconjugalidade consensual”,<sup>471</sup> expressão que abarca a união poliafetiva.

Resta saber se o estágio de maturação do ordenamento também possibilita a efetiva tutela dos reflexos jurídicos destas entidades familiares, o que implica adentrar no plano da eficácia das uniões poliafetivas. Isso porque, atualmente subsiste como argumento contrário ao acolhimento da união poliafetiva como entidade familiar o estado de anomia,<sup>472</sup> o que levou o relator à conclusão de que “Por ser uma estrutura de convivência completamente nova, o tema é demasiado complexo e demanda profundos estudos acerca do impacto e das consequências jurídicas que pode gerar, já que não existem regras para a convivência com maior número de pessoas.”<sup>473</sup>

No entanto, é possível que nosso ordenamento já apresente a estrutura normativa necessária para tutelar a maior parte dos efeitos advindos da união poliafetiva, seja por expressa disposição legal, seja pela consolidação da jurisprudência. Ademais, mesmo para as hipóteses que não haja solução pronta, isso não representa por si só um obstáculo intransponível, pois a analogia e os princípios jurídicos podem ser suficientes, desde que presente fundamentação sólida, para atender à nova demanda. Por isso, uma vez reconhecida a união poliafetiva como entidade familiar, surge novo questionamento a ser respondido: o ordenamento jurídico brasileiro está apto a tutelar os efeitos dessas uniões?

---

como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. **IBDFAM** [site], 21 mar. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+ato-fato+jur%C3%ADico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais>. Acesso em 26 jul. 2021).

<sup>471</sup>Segundo a criadora da expressão “vincula-se à ideia das relações amorosas não-monogâmicas caracterizadas como poliafetivas, poliamorosas ou poliamoristas, que formam conjugalidades múltiplas consentidas, concomitantes e integradas em um único núcleo familiar. Como já mencionado, a adjetivação “consensual” ao termo ‘multiconjugalidade’ demarca *essa* situação relacional, diferenciando-a das conjugalidade múltiplas (paralelas) que não são consentidas por todos os integrantes. Mesmo que possa soar redundante, a intenção é chamar a atenção para esse tipo específico de conjugalidade. Com o mesmo significado, pode ser utilizada a “multiconjugalidade poliamorosa”. Assim, ‘multiconjugalidade consensual’ e ‘multiconjugalidade poliamorosa’ são locuções propostas nesta investigação e que dizem respeito à configuração do poliamor enquanto relação (múltipla) consentida e concomitante de conjugalidades.” (PORTO, 2017, p. 207)

<sup>472</sup>A esse respeito, “a ausência de tratamento jurisdicional específico a respeito dessas uniões e o estranhamento social causado por sua crescente notoriedade configuram o estado de anomia, da mesma forma, esse estado se configura pela negação desse grupo de pessoas à norma moral/legal vigente, nesse caso, a monogamia” (PAULA; CAVALCANTI, 2020).

<sup>473</sup>Antecedendo brevemente essa conclusão, constou no voto do relator seu entendimento de que “sob o enfoque do tratamento jurídico, existe certa dificuldade para aplicação analógica das regras que regulam relações monogâmicas às ‘uniões poliafetivas’. A regulação da vida amorosa plural não pode ser comparada à da vida amorosa em dupla por ser aquela mais complexa e sujeita a mais conflitos, dada a maior quantidade de vínculos. Além disso, existem consequências jurídicas que podem envolver terceiros alheios à convivência e criar novas obrigações ou proibições. [...] Entendo que, futuramente, caso haja o amadurecimento da ‘união poliafetiva’ como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

Uma resposta afirmativa autorizaria concluir que a necessidade de tutelar as famílias poliafetivas é premente e sua negativa não encontra qualquer respaldo jurídico. Por outro lado, uma resposta negativa implicaria o necessário reconhecimento de que embora a entidade familiar seja legítima, o arcabouço de normas em vigor torna dificultosa a operacionalização da proteção de direitos, o que em última análise deságua na insegurança jurídica. Por isso, o capítulo seguinte será dedicado a encontrar essa resposta, tendo por objetivo a identificação de problemas advindos do reconhecimento da família poliafetiva e respectivas soluções, se houver.

### 3 TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DECORRENTES DA UNIÃO POLIAFETIVA

Diversamente do relacionamento monogâmico formatado sob a régua do casamento, em matéria de poliamor há uma ampla gama de formatos possíveis de serem praticados. Rafael Santiago elenca quatro possíveis arranjos: polifidelidade, poliamorismo aberto, poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados e poliamorismo individual. Em suma, cada um destes formatos não leva em consideração o número de componentes, mas a forma como a relação se estabelece. O formato que o autor nomina “polifidelidade” é caracterizado por uma relação fechada entre três ou mais pessoas, sendo vedadas relações com pessoas estranhas à relação, à semelhança de um casamento, mas com um número maior de componentes; o poliamorismo aberto, em que há uma relação estável entre os componentes da relação, mas existe a possibilidade de relacionamentos eventuais com terceiros; o poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados é caracterizado pela existência de múltiplas relações simultâneas, situando-se cada uma num grau de hierarquia – e então o autor suscita as relações primárias, secundárias, terciárias etc.; por fim, o poliamorismo individual seria caracterizado pela hipótese em que um indivíduo possui vários relacionamentos sem um compromisso com qualquer deles, inexistindo a intenção de um relacionamento a longo prazo e, por conseguinte, não havendo a chance de caracterização de uma família.<sup>474</sup>

Entretanto, é preciso fazer duas ressalvas à proposição do autor: em primeiro lugar, nesta pesquisa parte-se do pressuposto de que apenas as duas primeiras hipóteses poderiam caracterizar uma união poliafetiva, sendo pouco relevante o fato de ser uma relação aberta ou fechada; ademais, é de bom alvitre registrar que os arranjos vão além desse desenho proposto, pois podem surgir subespécies.

A exemplo disso, entre os praticantes é possível encontrar algumas classificações dos tipos de relações poliamorosas, num sentido amplo, bem como das formatações de acordo com o número de membros.<sup>475</sup> Assim, de acordo com a dinâmica das relações poliamorosas, poderão ser classificadas como relacionamentos em grupo, relacionamento interconectado ou relacionamentos mono/poli.<sup>476</sup> Em se tratando de uma relação envolvendo três pessoas, pode se

<sup>474</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 194-200.

<sup>475</sup>TAVARES, Peterson Merlugo; SOUZA, Rosana Cristina da Silva; CARVALHO, Ana Elisa Silva Barbosa de. Poliamor: o perfil dos praticantes e os desafios enfrentados. **Universitária**: Revista científica do Unisalesiano, v. 8, n. 16, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://psicod.org/poliamor-o-perfil-dos-praticantes-e-os-desafios-enfrentados-po.html>. Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>476</sup>Em relação à estrutura básica das relações, ao menos três possíveis classificações surgem: i) relacionamentos em grupo, em que todos os participantes se relacionam (ex.: uma relação formada por um homem e duas mulheres, na qual o homem se relaciona com ambas e estas se relacionam); ii) relacionamentos interconectados, em que cada membro possui mais de um parceiro, mas estes não se relacionam entre si (ex.:

dar pela formatação de triângulo, formato em V ou formato em T.<sup>477</sup> Sendo uma relação entre quatro pessoas, pode se desenvolver em três formatos: quadrado, quarteto ou quadra em N.<sup>478</sup>

Além de todas essas possibilidades no tocante à dinâmica interna das relações baseadas no poliamor, há ainda que se ter em conta que a borda externa da relação também pode ser um elemento de significativa relevância. Assim como nos relacionamentos entre duas pessoas, as relações poliamorosas podem ser fechadas – portanto, o acesso sexual é restrito aos participantes da relação – ou abertas – em que embora exista uma relação poliamorosa estável, os seus membros são livres para se relacionarem *casualmente* com pessoas de fora, as quais não passarão a compor a relação.

Embora a compreensão das distintas formações do poliamor seja oportuna, para o propósito da presente pesquisa o que efetivamente é relevante – e determinante – é a existência de um grupamento composto por três pessoas ou mais conectadas pelo exercício do amor no âmbito da conjugalidade. Desde que a relação seja estável a ponto de caracterizar uma formação familiar – assim reconhecida como tal pelos seus membros –, pouco importa se a relação é aberta, se é em formato V, formato T etc. O que efetivamente interessa é que os três – ou mais – membros reconheçam-se como uma família. Isso quer dizer que algumas das relações ditas poliamorosas não devem figurar dentro da noção de união poliafetiva, ainda que preencham requisitos para reconhecimento como entidade familiar, a exemplo da estabilidade, notoriedade e intuito de constituir família. A exemplo disso, devem ser excluídas da noção de união poliafetiva a relação que envolve três pessoas em que não se reconhecem como entidade familiar, como é o caso da relação em V na qual as pessoas que não possuem relação entre si também não se percebem como componentes da família – uma em relação à outra. Neste caso,

---

João tem uma relação com Maria e Marta, enquanto Marta tem relação com João e Lucas e, por sua vez, Maria tem relação com João e Thiago); iii) relacionamentos mono/poli, em que as escolhas feitas pelos membros acerca do número de parceiros não é igual: enquanto um opta por ter apenas um parceiro (e, portanto, vive sob uma ótica monogâmica unilateral) o outro opta por ter mais de um parceiro (e, portanto, vive sob uma ótica poliamorosa). (TAVARES; SOUZA; CARVALHO, 2017)

<sup>477</sup>As relações poliamorosas envolvendo três pessoas podem se apresentar em pelo menos três formatos: i) triângulo, em que todos os participantes se relacionam – portanto, um relacionamento em grupo; ii) formato em V, em que um dos membros atua como vértice da relação, pois os demais se relacionam com ele mas não se relacionam entre si – podendo ser tanto um relacionamento interconectado quanto um relacionamento mono/poli; iii) formato em T, no qual há duas pessoas com um vínculo mais forte entre si, que acabam agregando uma terceira pessoa à relação – o que pode se apresentar em qualquer uma das três estruturas básicas mencionadas no parágrafo anterior. (TAVARES; SOUZA; CARVALHO, 2017)

<sup>478</sup>Em caso de poliamor envolvendo quatro pessoas, há pelo menos três formatos conhecidos: i) quarteto, em que nem todas as pessoas se relacionam (ex.: uma relação formada entre dois casais em que todos os membros são heterossexuais, de modo que cada homem se relacione com as duas mulheres e cada mulher se relacione com os dois homens, mas inexista relação homem-homem ou mulher-mulher); ii) quadrado, em que todos os membros se relacionam – portanto, normalmente todos são bissexuais; iii) quadra em N, em que há quatro pessoas, mas apenas duas delas possuem relação com mais de um parceiro (ex.: João tem uma relação com Maria, Thiago tem uma relação com Martha, mas Maria e Martha mantêm uma relação entre si). (TAVARES; SOUZA; CARVALHO, 2017)

ainda que o vértice da relação – aquele membro que possui relação com ambas – consiga ver claramente as duas ligações como entidade familiar, não se estaria diante de uma união poliafetiva, mas, sim, da famigerada hipótese de uniões simultâneas.<sup>479</sup> Isso porque a pessoa que figura como vértice da relação estará inserida em dois núcleos familiares diferentes.

Idêntico raciocínio deve ser adotado nas relações poliamorosas entre quatro ou mais pessoas, de modo a excluir as relações de formato quadra em N da noção de união poliafetiva (estável). Quem figura nos vértices terá mais de uma relação simultânea e, por conta disso, as demais pessoas (que figuram nas “pontas”) não se perceberão como membros de uma mesma relação.

Acrescenta-se ainda a estas classificações estruturais das relações poliamorosas outros dados, a exemplo da proposição de Sérgio Rodrigo Martinez acerca da estrutura detectada em “trisais” (plural de “trisal”, expressão designativa da ideia de “casal” com três pessoas),<sup>480</sup> tema este de diminuta importância para a pesquisa.

Todas essas classificações atinentes à estrutura da união poliafetiva são úteis para a delimitação da família poliafetiva dentre tantas possibilidades. Objetivamente, a fim de viabilizar a continuidade do presente estudo com vistas à descoberta de uma fórmula geral segura para a tutela de direitos decorrentes do reconhecimento de uma união poliafetiva, partir-se-á da premissa de que a solução será similar a despeito do número de componentes, do formato específico ou da existência de funções internas, desde que caracterizada a união poliafetiva – ou seja, a união notória, contínua, duradoura e com intenção de formar família.

Não obstante, como registrado por Gustavo Godinho de Santiago, entre os praticantes do poliamor há uma significativa imprecisão sobre o formato da relação, havendo variação de

<sup>479</sup>A esse respeito, é pertinente a distinção conceitual feita por Duina Porto, ao esclarecer que “é possível pensar em *conjugalidade plurais* poliamorosa como plurinucleares, ou seja, quando há mais de uma conjugalidade em núcleos familiares diversos, e na *multiconjugalidade* consensual como uninuclear, que se caracteriza pela existência duas ou mais conjugalidade integradas em apenas um núcleo familiar. Tais sutilezas precisam ser pontuadas porque os efeitos daí decorrentes não necessariamente serão os mesmos.” [sic] (PORTO, 2017, p. 208-209). Essa distinção permite separar a união poliafetiva, uma das formas de possíveis de exercício do abrangente poliamor, das demais formas, dentre as quais aquela em que há duas uniões simultâneas, cujos efeitos jurídicos serão completamente distintos.

<sup>480</sup>O autor relata que as observações práticas levaram à identificação de um padrão de comportamento predominante entre os parceiros, em que um assume a posição de “alfa” (dominante), outro a posição “beta” (assistente). A terceira posição pode vir a ser assumida pelo provedor material da relação (alguém que possui melhores condições financeiras), função essa batizada “gama” pelo autor. Por fim, naquelas relações em que uma das pessoas tem uma demanda maior por espaço e liberdade (fora do trisal), surge a figura do “delta”. O *delta* assume a relação poliamorosa fechada, mas prefere maior discricção ou sigilo, pois busca equilíbrio com sua vida para além da relação – vínculos sociais, profissionais etc. Tais funções podem ser coexistentes e inclusive circular dinamicamente em trisais mais amadurecidos. Essas percepções podem conduzir com certa fluidez à conclusão de que o indivíduo que figura na função “delta” estaria excluído da entidade familiar, já que descaracteriza a notoriedade necessária para o reconhecimento de uma família juridicamente (MARTINEZ, 2018, p. 58-60).

concepções a depender do paradigma adotado pelos praticantes.<sup>481</sup> Por isso, uma vez mais, é importante destacar que embora o poliamor possa ser exercido de formas variadas, a união poliafetiva exige, tanto quanto possível, o cumprimento dos requisitos da união estável, exceto pelo número de membros, que será superior a duas pessoas.

Portanto, a recepção da união poliafetiva como unidade familiar legítima em nosso ordenamento jurídico é medida que se impõe, malgrado tenha o CNJ oposto inexplicável oposição à marcha da evolução social, sob os mais diversos argumentos conservadores, olvidando-se que o papel do direito não é negar a realidade, mas tutelar as demandas sociais que surjam. Mas uma preocupação levantada pelo voto condutor do pedido de providências decidido pelo CNJ é bastante pertinente: nosso sistema jurídico foi planejado sob um paradigma monogâmico, de modo que, quando não se está diante de demanda envolvendo uma pessoa solteira, a lei prevê soluções para pessoas que vivam casamento ou união estável apenas com uma pessoa. É certo que, no que toca à aceitação da união poliafetiva como entidade familiar, o nosso ordenamento já encontrou suficiente maturação. Resta saber se está bastante maduro também para a tutela específica das demandas advindas destas novas formações familiares.

Não pode o receio de dificuldade de acomodação da união poliafetiva nas regras do sistema em voga ser um impeditivo para conferir tutela a uma legítima entidade familiar. Até mesmo porque boa parte das questões atinentes aos conflitos que dessas uniões advirão já foram de algum modo apreciados pelos tribunais superiores, a exemplo da já invocada multiparentalidade ou da divisão de direitos advindos da morte do varão entre esposa e companheira.

Por isso, a fim de dar prosseguimento ao ponto final da presente pesquisa, os próximos tópicos serão destinados a tratar especificamente dos problemas envolvendo a quebra do paradigma monogâmico e as possíveis soluções para que a tutela jurídica das uniões poliafetivas se dê de modo satisfatório e em consonância com os preceitos que balizam a ordem jurídica vigente. Para tanto, os temas serão tratados em cinco grupos: efeitos da união, regimes de bens, filiação, alimentos e direitos advindos da morte.

### 3.1 DEVERES NA UNIÃO POLIAFETIVA

O casamento traz consigo uma série de efeitos, dentre os quais os deveres elencados no art. 1.566 do Código Civil: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua

---

<sup>481</sup>SANTIAGO, G., 2018, p. 65-66.

assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. Esse rol de deveres seguramente serviu como inspiração ao legislador quando da edição do rol de deveres da união estável, previstos no art. 1.724 do Código: “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

Em virtude de ausência de previsão legal para a união poliafetiva, cabe buscar na analogia o caminho para aproximar esse formato de união daqueles que hoje já apresentam contornos bem definidos. A considerar que o casamento exige uma série de formalidades, sendo provavelmente o mais solene dos atos do direito privado, a analogia com a união estável, informal por natureza, parece ser mais apropriada. Por isso, ao tratar dos deveres atinentes à união poliafetiva, o art. 1.724 servirá como um norte a ser perseguido.

Assim sendo, os tópicos seguintes serão dedicados à abordagem de três grupos de deveres advindos da união poliafetiva: lealdade, assistência e deveres para com os filhos, cada qual composto pelos tópicos pertinentes à melhor explanação.

### 3.1.1 Lealdade no âmbito da conjugalidade

O ponto de partida para tratar deste dever reside na compreensão de qual é efetivamente o valor que se busca promover e proteger. Será a lealdade só uma expressão diferente para fixar o mesmo dever de fidelidade existente no casamento? Na doutrina é possível encontrar defesa da tese de que lealdade é sinônimo de fidelidade<sup>482</sup> e também a de que se tratam de duas ideias inconfundíveis, o que significaria que a fidelidade não é um dever legalmente oponível à união estável,<sup>483</sup> embora possa ser estabelecida como uma das regras da relação, a qual passaria a ser exigida então pelo dever de lealdade.

A segunda hipótese parece ser a mais defensável, pois se a norma não deve empregar palavras inúteis, segundo a máxima romana *verba cum effectu, sunt accipienda*, há que se identificar o porquê da preferência pela expressão “lealdade” no lugar de “fidelidade”. Embora

<sup>482</sup>“A fidelidade figura seguramente, entre os deveres inerentes ao casamento e à união estável. Embora haja apenas distinção terminológica para o propósito monogâmico das relações afetivas no mundo do ocidente, a expressão “fidelidade” é utilizada para identificar os deveres do casamento e lealdade tem sido a palavra utilizada para as relações de união estável, embora seja incontroverso o seu sentido único de ressaltar um comportamento moral e fático dos amantes casados ou conviventes, que têm o dever de preservar a exclusividade das suas relações como casal.” (MADALENO, 2017, p. 163.)

<sup>483</sup>“Não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas.” (DIAS, 2015, p. 251).

seja possível concluir que são expressões sinônimas, sendo irrelevante o uso de uma ou outra, é importante destacar que é pouco comum que no mesmo diploma legal se utilize expressões distintas para a representação do mesmo instituto, uma prudência legislativa com vistas, provavelmente, a facilitar a interpretação.

Destarte, a considerar que as normas que regulam a união estável foram inspiradas naquelas que regulam o casamento – um instituto presente no meio jurídico há muito mais tempo –, natural seria que se utilizasse as mesmas expressões quando a intenção fosse representar ideias iguais.

Por exemplo, dentre os deveres da união estável elencados no art. 1.724 estão os de respeito, assistência e guarda, sustento e educação dos filhos, de modo muito semelhante aquilo que dispõe o art. 1.566 em relação aos deveres do casamento: mútua assistência (art. 1.566, III), respeito e consideração mútuos (art. 1.566, V) e sustento, guarda e educação dos filhos (art. 1.566, IV). Intuitivamente percebe-se que os deveres da união estável foram inspirados nos deveres do casamento. No entanto, quando da inserção do dever de fidelidade, o legislador teve o cuidado de reconsiderar a expressão e substituí-la por outra: lealdade, que representa muito mais um dever de boa-fé do que de exclusividade conjugal.

Assim, a interpretação mais razoável a que se pode chegar é de que a lealdade figure como um conceito distinto da fidelidade. Nessa esteira, Marcos Alves da Silva entende que não tendo sido adotada a mesma palavra utilizada para definir o dever do casado, ou seja, a fidelidade, estar-se-ia autorizada a conclusão de que o legislador reconheceu que tal dever não é oponível aos companheiros. Mas, é claro, poderia a palavra lealdade ser interpretada também como um eufemismo de fidelidade, demandando tal dever o ganho de densidade conceitual, a considerar que não se trate propriamente da existência de um dever de fidelidade entre companheiros, mas de algo similar.<sup>484</sup>

E, sendo a união estável o modelo familiar que melhor possa servir como base à construção de regras para a união poliafetiva, a considerar a informalidade característica de ambas as formações familiares, é mais apropriado que a família poliafetiva seja marcada pelo dever de lealdade e não de fidelidade – até mesmo porque notoriamente a concepção de fidelidade de pessoas afeitas ao poliamor guarda uma abissal distinção daquelas que toleram apenas relacionamentos monogâmicos.

---

<sup>484</sup>SILVA, M., 2012, p. 106, 2012.

Todavia, ainda que sejam tratadas as expressões como sinônimas, há alguns aspectos que merecem atenção. A iniciar pelo fato de ser notório que a fidelidade – feminina – sempre foi motivo de rigoroso controle pelo homem,<sup>485</sup> como bem demarcado alhures nesta pesquisa.

Há quem afirme que o dever de fidelidade recíproca é o propósito precípua do casamento, em vista, principalmente, da legitimação da prole por decorrência da presunção de paternidade que recai sobre o marido da genitora. Dessa forma, a fidelidade apresenta-se como reforço à alta moralidade e fornece base para família – neste formato. Mas não passa desapercibido o caráter machista com que a infidelidade é tratada. Se praticada pelo homem, seria considerado adúltero apenas se mantivesse concubina; por sua vez, a prática pela mulher, ainda que isolada, teria consequências mais graves,<sup>486,487</sup> tanto pelo escândalo perante a opinião

<sup>485</sup>A cobrança de exclusividade e fidelidade recíproca são uma constante nas relações estáveis em geral, consequência do medo de ficar sozinho e causa de uma vigilância contínua. O controle da fidelidade feminina data de longo período e determinados adventos marcaram especialmente a história. Dentre eles, o cinto de castidade (“florentino”), inventado no século XIV. Se os bens do homem poderiam ser protegidos, a exemplo do dinheiro, o mesmo poderia ser feito com a genitália da esposa. A crença de que as mulheres eram libertinas favoreceu a adoção do cinto, constituído de uma estrutura de metal que passava entre as pernas da mulher e era trancado – a chave permanecia com o marido, obviamente. Tais apetrechos ainda eram comercializados no século XIX em Edimburgo, pelo médico John Moodie. Segundo ele, metade das escocesas faziam uso de dildos (pênis artificial) e o aparato seria capaz de impedir a prática. (LINS; BRAGA, 2007, p. 111). Embora os fatos em questão soem hoje cômicos, dada a distância histórica, o homem continua a inventar meios de controle da fidelidade sexual nos dias atuais. Dentre tais invenções está o CheckMate, um kit doméstico de preço relativamente acessível que testa manchas de sêmen. Nos Estados Unidos o kit vendeu mais de mil unidades por semana, sendo a grande maioria dos clientes homens – aproximadamente 85% (KINGSTON, Anne. **A importância de ser esposa**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 179-180).

<sup>486</sup>A esse respeito, há que se invocar breve contribuição acerca da prática do homicídio do cônjuge no Brasil Colônia, motivado pelo adultério descoberto: “Se havia diferenças entre assassinos pobres e ricos, havia pior distinção entre homens e mulheres. Enquanto entre as segundas não se colocava sequer a possibilidade de serem desculpadas por matarem seus maridos adúlteros, o marido traído que matasse a adúltera não tinha qualquer punição. Ele estava protegido pelas Ordenações Filipinas: “Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar ações a ela, como ao adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou pessoa de maior qualidade”. A condição social do parceiro de adultério era levada em conta. A da adúltera não contava. Morria a plebeia ou a nobre.” (PRIORE, Mary del. **Histórias da gente brasileira: colônia**, v. 1. São Paulo: LeYa, 2016a, p. 351).

<sup>487</sup>Os registros do período do Brasil Império também indicam esse tratamento díspar: “Os amores adúlteros custavam caro para as mulheres de elite. Em 1809, João Galvão Freire foi preso, no Rio de Janeiro, por ter confessadamente matado sua mulher Maria Eufrásia de Loiola. Alegando legítima “defesa da honra”, encaminhou ao Desembargado do Paço, uma petição solicitando “seguro real para solto tratar de seu livramento”. A resposta dos desembargadores não deixa dúvidas sobre a tolerância que rodeava tais tipos de crimes: “A ocasião em que este [o marido] entrou em casa, os achou ambos, esposa e amante, deitados numa rede, o que era bastante para suspeitar a perfídia e o adultério e acender a cólera do suplicante que levado de honra e brio cometeu aquela morte em desafiada sua, julgando-se ofendido”. Cometido por “paixão e arrebatamento”, o crime era desculpável! Não havia castigo maior do que a pecha de corno, pecha que pairava sobre homens públicos casados quando se queria atingi-los na sua probidade.” Prossegue a autora: “O homem ou a mulher, quando adúlteros, violam a honra conjugal, praticando a “injúria grave””. Essa era a razão, nas leis religiosas, para anulação do matrimônio. A quebra da fidelidade era considerada falta grave para ambos os sexos; colocava, porém, a mulher numa situação inferior do ponto de vista jurídico. Segundo o jurista Clóvis Beviláqua, o antigo direito português punia o adultério com a pena de morte, tanto para a mulher casada quanto para seu cúmplice; mas as infidelidades masculinas, descontínuas e transitórias não eram consideradas atos puníveis. Só os concubinários com suas amantes eram passíveis de degredo, pena raramente aplicada.” (PRIORE, Mary del. **Histórias da gente brasileira: Império**, v. 2. São Paulo: LeYa, 2016b, p. 401-403).

pública quanto pelas repercussões jurídicas que poderiam disso advir: a geração de filhos bastardos que seriam legitimados pela presunção de paternidade.<sup>488</sup>

Antropólogos verificaram que a maioria das sociedades reconhece a necessidade de tolerância de alguma infidelidade conjugal como válvula de escape para o homem, uma forma de aliviar a pressão advinda da imposição social de uma relação conjugal estável. No entanto, as mesmas sociedades não são tão permissivas com as mulheres.<sup>489</sup>

No Ocidente ainda é comum que mulheres sejam espancadas e até mesmo mortas por maridos ciumentos, que muitas vezes acabam impunes pela legislação penal condescendente. Durante a Antiguidade e Idade Média os homens praticaram toda sorte de crueldades na punição das esposas adúlteras.<sup>490</sup> Os homens, em contrapartida, raramente sofriam punições.<sup>491</sup> Nas culturas chinesa e japonesa, um homem só poderia ser considerado adúltero se houvesse se relacionado sexualmente com a esposa de outro – neste caso, o violador era queimado até a morte na China. Na Índia, o homem que seduzisse a esposa de seu guru sofria uma condenação horrenda: deveria sentar-se num prato de ferro até que ficasse incandescente e então extirpar seu próprio pênis. Para o japonês adúltero, apenas o suicídio era visto como solução honrada. Tanto na China quanto no Japão a esposa adúltera deveria cometer o suicídio. Por sua vez, nos países regrados pela Sharia, a mulher adúltera é condenada à morte por apedrejamento, consoante interpretação dada ao Alcorão pelos tribunais religiosos, sendo uma prática ainda presente. Em alguns países a cruel pena aplica-se também ao homem adúltero. Visto isso, questiona-se: o que leva as pessoas a se submeterem ao risco de sofrer tais punições?

Ao que tudo indica, o impulso é tão irresistível que as pessoas optam voluntariamente por correr o risco de mortes cruéis ou penas severas – como mutilações. Não há no mundo cultura em que o adultério seja desconhecido e aparentemente não há nada que seja capaz de deter sua ocorrência.<sup>492</sup> Isso tudo nos provoca a refletir sobre a conveniência de um expresso

---

<sup>488</sup>NAMUR, 2014, p. 149-150.

<sup>489</sup>KINSEY, 1953, p. 413.

<sup>490</sup>Há registros de histórias assombrosas: “uma mulher que foi forçada a preparar o coração do seu amado e depois comê-lo. Outra foi entregue a um grupo de leprosos para ser estuprada. Um marido enganado pegou o amante de sua mulher e o esquartejou. Seus ossos foram colocados numa capela, onde a esposa era obrigada a ir diariamente contemplar seu crime e beber da caveira do amante morto.” (LINS; BRAGA, 2007, p. 105-106).

<sup>491</sup>Paradoxalmente, é comum que mesmo nas culturas em que os homens reprovem veementemente a infidelidade masculina, os mesmos homens estão dispostos a terem relações sexuais com as esposas dos outros. Nas palavras de Kinsey, “Nevertheless, even in those cultures which most rigorously attempt to control the female’s extra-marital coitus, it is perfectly clear that such activity does occur, and in many instances it occurs with considerable regularity. Even those males who disapprove of extra-marital coitus for their own wives may be interested in securing such contacts for themselves, and this in most instances means securing coitus with the wives of other males. Such inconsistencies would be unexplainable if we did not understand the mammalian backgrounds of human male behavior.” (KINSEY, 1953, p. 415).

<sup>492</sup>LINS; BRAGA, 2007, p. 105-107.

dever de fidelidade elencado no Código, especialmente se considerarmos a sua menor importância num tempo em que a perícia genética é capaz de dirimir com segurança qualquer dúvida sobre a paternidade biológica.

Há poucas décadas que as mulheres têm a liberdade para trabalhar fora de casa. Havia um elevado temor por parte dos maridos, não apenas quanto à imagem de inaptidão de provedores do lar, mas também ao risco de contato entre suas companheiras e outros homens. O temor não era sem razão, já que um estudo feito com sete mil mulheres pela revista americana *New Woman* indicou que 58% das leitoras admitiram a prática da infidelidade. A maioria conheceu o amante no ambiente laboral, o que se explica sem grande dificuldade pelo tempo elevado que passam juntos os colegas de trabalho. Enquanto as relações no trabalho são ricas, em casa são opressivas e centradas no cuidado dos filhos. O envolvimento entre as pessoas ocorre sem a intenção manifesta de trair. Em adição, ainda nos anos 80 a revista americana *Cosmopolitan* realizou pesquisa com 106 mil leitoras e o resultado foi semelhante: ao menos 54% das mulheres admitiram já ter vivenciado um caso extraconjugal; entre os homens uma pesquisa feita promovida por Shere Hite na mesma época indicou que 72% dos casados há mais de dois anos já haviam tido relações extraconjugais. Estes dados todos – em relação a ambos os gêneros – puderam ser posteriormente confirmados por outros pesquisadores. Ademais, estudos sobre a temática puderam indicar novas tendências, como a prática da extraconjugalidade mais precoce do que nas décadas anteriores e a corrosão do padrão duplo; ou seja, mulheres passaram a ter relações extraconjugais com a mesma satisfação e avidez que os homens. Começa a ruir a ideia de que mulheres fazem sexo para ter amor e homens oferecem amor para obter sexo.<sup>493</sup>

Embora tenha se consagrado o dogma de que as normas de direito das famílias são em regra de ordem pública, portanto normas cogentes, há que se analisar essa proposição com a necessária cautela. É certo que há situações subjetivas existenciais que caracterizam norma cogente e inderrogável, a exemplo das normas atinentes ao reconhecimento dos filhos ou ao exercício da autoridade parental. Entretanto, não parece possível estender a inderrogabilidade e cogência aos deveres conjugais.<sup>494</sup>

O certo é que todos estão expostos a estímulos sexuais provindos de outras pessoas que não o cônjuge ou companheiro. Quando a relação está em sua fase inicial, em que a produção de oxitocina é elevada e o encantamento mútuo é alto, os estímulos sexuais exteriores são ignorados; mas isso não faz com que deixem de existir e em algum momento despertarão o desejo por novos objetos sexuais em qualquer pessoa sexualmente saudável. Em pessoas com

---

<sup>493</sup>LINS; BRAGA, 2007, p. 109-110.

<sup>494</sup>SILVA, M., 2012, p. 255, 2012.

a saúde mental em ordem os desejos são mais conscientes e, por conseguinte, mais fáceis de controlar. Mas o controle será menos nocivo se não for advindo tão somente de imposições morais.<sup>495</sup> Embora o foco do presente estudo seja de ordem jurídica, não podemos nos olvidar que o direito busca regular fatos da vida, valendo-se de outras áreas do conhecimento para o cumprimento adequado do seu propósito. E não há de ser diferente em relação à razoabilidade de exigência de condutas que resultam de fatores puramente psicológicos.

Por isso, o Direito há de ser cauteloso na interferência que exerce sobre a liberdade dos indivíduos, especialmente em matéria de autonomia privada existencial que decorre da autodeterminação naquilo que não há de atingir a esfera de direitos de terceiros. Não raras vezes relacionamentos afetivos de importância e duração – a partir dos quais surge uma entidade familiar – têm início a partir de uma atração puramente física, sexual. Por isso, a imposição da fidelidade pelo Estado agride a liberdade dos indivíduos componentes de uma relação, os quais podem estar de acordo com a prática extraconjugal dentro das regras estabelecidas entre si. E quiçá daí advenha uma união poliafetiva, já que é preciso que em algum ponto da relação a dois haja abertura para o ingresso de uma terceira pessoa.

Se por um lado é comum encontrar toda sorte de críticas às relações extraconjugais, por outro, pouco há dito acerca das consequências danosas da repressão dos desejos. Quando surge o desejo sexual por alguém de fora da relação, há uma diminuição do interesse pelo parceiro e as relações sexuais passam a ser uma obrigação. As tentativas de contornar essa situação por meio do implemento de novidades amorosas não passam de uma ilusão na tentativa de evitar o enfrentamento do desejo. A partir de então tem início a manifestação de um estado elevado de irritação em relação ao cônjuge, que pode ser manifestada ou reprimida, a depender dos aspectos subjetivos do indivíduo. Quando o companheiro se apresenta como um obstáculo à satisfação do desejo, nasce contra ele um ódio inconsciente – não há qualquer razão consciente para tal sentimento. O cônjuge, embora seja objeto do amor, torna-se também um peso. Diante desse quadro, há dois caminhos possíveis: reprimir ou não reprimir. Quando a repressão é a escolha, o ódio inconsciente recíproco tende a se instalar e consequências desastrosas tendem a advir daí. Por outro lado, quando a questão é abordada com sinceridade – e sem preconceitos moralizantes – surge a possibilidade de ser encontrada uma solução, desde que as manifestações de ciúme não sejam de ciúme excessivo. A fidelidade que tenha por pilar valores morais mina gradativamente a relação; por outro lado, relações ocasionais com outro parceiro favorecem a relação estável que estava às vésperas de ruir.<sup>496</sup>

---

<sup>495</sup>LINS; BRAGA, 2007, p. 114.

<sup>496</sup>LINS; BRAGA, 2007, p. 114-115.

Partindo desse pressuposto, é de se questionar a legitimidade de intervenção do Estado em esfera tão íntima, qual seja, a de impor a fidelidade como norma cogente. A considerar que as conclusões do parágrafo anterior podem ter sido já alcançadas também por algumas pessoas numa relação conjugal, não parece razoável que lhes seja ceifada a opção de buscar alternativas à dinâmica de sua relação, retirando-lhes o poder de autodeterminação acerca de um interesse que lhes toca exclusivamente. E, como bem destaca Joaquim de Sousa Ribeiro, a autodeterminação “é um poder arbitrário, que inclui a liberdade de tomar disposições contrárias aos interesses do seu titular. Só com a insubmissão a padrões prefixados, a iniciativa individual pode ir além do já estabelecido, pode ser um factor de descoberta e de criação, base de todo o progresso humano.”[sic]<sup>497</sup>

Se partirmos da premissa de que o modelo de triângulo<sup>498</sup> assombra a psique humana, está-se diante da possibilidade de um número de difícil mensuração de pessoas predispostas ao exercício do afeto e/ou sexualidade numa complexa relação a três. Assim sendo, a tentativa do Estado de restringir a manifestação dessa necessidade acaba por esbarrar no direito fundamental da personalidade<sup>499</sup> de exercício da liberdade, que em tal contexto dar-se-ia por meio da autodeterminação.

Em valiosa contribuição sobre a complexa questão dos relacionamentos afeivos, Aldo Carotenuto esclarece que até mesmo as ocorrências dolorosas são elementos importantes de amadurecimento e pleno desenvolvimento do ser humano. As frustrações fazem parte do amadurecimento e permitem aos indivíduos o aprendizado acerca da melhor forma de lidar com aspectos como o sentimento de posse,<sup>500</sup> o medo do abandono<sup>501</sup> etc. Mas, acima de tudo, é uma

---

<sup>497</sup>RIBEIRO, 2003, p. 44.

<sup>498</sup>Segundo Aldo Carotenuto, o modelo de triângulo parece ser imprescindível à experiência sentimental; mesmo quando inexistente um terceiro elemento concretamente para interferir na relação, ele é criado na esfera da imaginação. O terceiro é tão necessário à nossa imaginação que precisa ser inventado no âmbito da fantasia se não existir, pois remete-nos à triangulação vivida por quase todos quando do nascimento, cujos outros dois vértices são o pai e a mãe. Na vida adulta revivemos essa experiência; quando não imaginativamente, na própria realidade. A “dinâmica inconsciente nos estimula a reviver a chamada dimensão edípica, no sentido de que o amor fica completo com três pessoas” (CAROTENUTO, 1994, p. 118-119).

<sup>499</sup>CANTALI, 2009, p. 129.

<sup>500</sup>Ao nos impelir ao enfrentamento do nosso lado obscuro, a possessividade revela-se uma ocorrência de relevância a não ser ignorada. Tal experiência nos coloca diante da nossa mediocridade, nossa incapacidade de lidar com uma possível perda. Com o ciúme ressuscita a falta do objeto primário, o primeiro amor em nossas vidas, aquele que gozou de nossa absoluta confiança. Aliás, o ciúme mais extremo reside justamente em encarar a grande perda já vivenciada na infância. Assim, em todo novo vínculo emocional tentamos recriar a confiança que em dado momento de nossa infância nos foi proposta e então retirada. Por vezes a angústia pela necessidade de total confiança é tamanha que surge a fantasia de que fomos abandonados por quem amamos (CAROTENUTO, 1994, p. 119).

<sup>501</sup>Quem nos abandona não é necessariamente uma pessoa má, que planejou sorrateiramente o ato. É apenas um ser humano que casualmente viu-se diante da possibilidade de viver uma nova experiência de amor, da qual não pode fugir, pois se lhe apresenta como indispensável necessidade primária. E é certo que só podemos ser enganados se confiamos. Por isso, poderia o homem privar-se da dor ao não se entregar à confiança e recusar-

oportunidade de crescimento também diante da principal ocorrência que o dever de fidelidade ou lealdade busca evitar: a traição.<sup>502</sup> Mas o fato é que, embora indesejável,<sup>503</sup> uma traição tem muito a ensinar, tanto a quem trai<sup>504</sup> quanto a quem é traído.<sup>505</sup>

Não é papel do direito tolher a liberdade de escolha da forma de se relacionar afetivamente, tampouco poupar indivíduos do risco da mágoa e traumas que podem advir de uma infidelidade conjugal, sob pena de interferir excessivamente na intimidade das relações afetivas e das formações familiares, uma ofensa ao princípio da não intervenção estatal na família, já estudado.

Por isso, a conclusão a que se chega é que o dever a ser protegido numa união poliafetiva é, tal qual na união estável, a lealdade, assim entendida como boa-fé objetiva. O que isso representará para cada relação dependerá das regras criadas internamente por força da autodeterminação.

---

se a amar pelo medo da traição. Mas de quantas outras coisas estaria também se privando? (CAROTENUTO, 1994, p. 121)

<sup>502</sup>Diante de uma relação já está posta a perda dos pais sofrida há muito tempo. A expectativa que se deposita sobre o ser amado não é senão uma ilusão que alimentamos com fervor. Diante da traição é preciso compreender que não é o ser amado que está traindo e não é contra ele que deve ser voltada a discussão; é, primordialmente, para si próprio que o indivíduo deve se voltar – tanto na condição de traído quanto de traidor. Quando ingressamos numa relação que permite reviver essa busca pela confiança perdida acabamos por criar as bases para que uma traição dispare o gatilho, abrindo uma ferida na nossa parte mais vulnerável: a “confiança primária”, própria de uma criança indefesa que depende do outro para sobreviver, e por isso lhe é tão cara a confiança (CAROTENUTO, 1994, p. 120-121).

<sup>503</sup>É bem verdade que idealmente a traição não deveria ocorrer e desejamos que assim seja ao ingressar numa relação e assumir compromissos. Quando de boa-fé, as pessoas em geral não desejam trair ou serem traídas, pois isso inexoravelmente conduz às dimensões humanas em que nos vemos obrigados ao confronto com aspectos sobre os quais nossa consciência possui pouco controle. Entram aí as “sombrias”, as partes irracionais e os demais elementos que podemos tratar como “inferiores” da nossa existência. Essa demanda tem explicação: o amor é vivido inevitavelmente de modo infantil, com todas as inadequações e impulsos da infância. Somos convidados à ilusão do reencontro da confiança primária, o que fatalmente esbarrará cedo ou tarde com a implacável realidade do engano (CAROTENUTO, 1994, p. 122).

<sup>504</sup>E quanto ao traidor? Este corre o risco de arrasar sua dimensão interna se não buscar a integração da ambivalência que lhe acomete. Tal característica se desenha na dificuldade – senão impossibilidade – de viver com suficiente profundidade um só relacionamento. Assim, divide-se pela metade ao viver duas relações, as quais não conseguiria suportar se vividas em sua totalidade. Ao compreender essas necessidades profundas pode então superar o pesado sentimento de culpa. De outra perspectiva, quem trai pode estar sendo fiel à vida. Isso porque, segundo o autor, a traição visa inconsciente à transformação do vínculo inicial, operação essa que o indivíduo não possui força ou coragem para realizar. Assim, o impacto violento do ingresso de um terceiro leva à revolução daquela situação. Através do engano rompe limites, o que ocorre na maioria das vezes de modo inconsciente. Portanto, embora tenha o traído também responsabilidade na ocorrência, normalmente não tem consciência disso e acaba por assumir no mais das vezes a posição de justiceiro, enquanto o traidor acaba no banco dos réus e suporta a parte mais pesada da carga. A partir daí a crise está instaurada, podendo evoluir para o amadurecimento da relação ou para o abandono (CAROTENUTO, 1994, p. 123-124).

<sup>505</sup>Daí a razão pela qual Aldo Carotenuto defende que a traição deve ser objeto de elaboração pelo indivíduo traído, que não deve destruir no ato de uma única condenação todos os valores do outro, como se fosse o representante o máximo do mal. Acabaria por também destruir os valores positivos do outro. Por isso o autor defende que passar por esta circunstância é o caminho para se tornar adulto, pois só assim o indivíduo enfrenta a experiência primária. Uma pessoa que não viveu a traição não cresceu em algum aspecto. Se amar só é possível quando podemos confiar significa que ainda pensamos como crianças. Essa é uma exigência infantil e “a criança que está em nós deve entregar-se à dimensão mais dramática da nossa maturidade” (CAROTENUTO, 1994, p. 122).

Mas sabe-se que isso pode trazer grande insegurança jurídica, pois as regras da relação conjugal podem vir a ser controvertidas em disputa judicial, implicando produção de provas. Assim, com vistas a uma solução pragmática, pode-se partir da presunção de que a prática social predominante seja a regra reproduzida no interior de uma relação conjugal, sendo depositado o ônus da prova em contrário àquele que alega que a regra interna de uma determinada união conjugal em particular era distinta. Assim, diante de um hipotético caso (atual) discutindo algo dessa natureza numa relação afetiva, partir-se-ia do pressuposto de que a estrita fidelidade era a regra, cabendo prova em contrário daquele que alegasse o oposto.

Isso difere de um dever de fidelidade prescrito por lei por um simples motivo: a fidelidade prevista em lei será uma regra imperativa, enquanto a lealdade impõe apenas a boa-fé, conferindo aos componentes da relação o poder para autodeterminação, em legítimo exercício da autonomia privada existencial.<sup>506</sup>

E, é claro, deve-se ter em mente ainda que há elevada chance de que o dever de lealdade entre poliamoristas que vivem numa união poliafetiva tenha uma manifestação prática distinta do dever de lealdade entre companheiros numa união estável. Essencialmente se trata do mesmo dever imediato – boa-fé no cumprimento do pactuado internamente –, mas seu conteúdo mediato pode variar. Por exemplo, para um casal de companheiros pode ser vedado qualquer tipo de contato sexual com terceiros; para outro casal de companheiros pode ser permitido o contato da companheira (estritamente) com outra mulher; para um “trisal” (união poliafetiva entre três pessoas) pode ser permitido o contato com qualquer pessoa, desde que tenha havido uma decisão conjunta previamente. Os exemplos de possibilidades diferentes são virtualmente infinitos se considerarmos toda sorte de pequenos detalhes e condições que podem estar presentes.

Por óbvio, a considerar a prescindibilidade de investigação da culpa para que se possa decretar o fim de uma união conjugal,<sup>507</sup> a discussão sobre ter havido uma deslealdade em matéria de exclusividade sexual e/ou afetiva pode ser de reduzida utilidade. Mas até mesmo os casos raros precisam de solução e a casuística pode apresentar toda sorte de ineditismos ou práticas pouco recorrentes, como, por exemplo, uma cláusula expressamente pactuada em instrumento público ou particular acerca do dever de fidelidade e das consequências pelo descumprimento.

E justamente pela drástica redução da utilidade de caracterização de culpa pelo fim do casamento, no que se insere a infidelidade conjugal, é que se percebe que o dever de fidelidade

---

<sup>506</sup>NAMUR, 2014, p. 177.

<sup>507</sup>CARVALHO, 2017, p. 420-421.

recíproca ganhou conotação mais branda com o passar do tempo. O que se intui é que o dever de fidelidade insculpido no art. 1.566, I, do Código Civil cada vez mais vem sendo interpretado como dever de lealdade previsto no art. 1.724. Por isso, ao fim e ao cabo, é possível que a discussão doutrinária sobre haver ou não distinção entre fidelidade e lealdade venha a se tornar (ainda mais) inócua.

Cerca de duas décadas depois da publicação de importante contribuição de Paulo Luiz Netto Lôbo sobre a pluralidade familiar, uma de suas lições – nascida no contexto da análise das famílias concomitantes, em comentário ao Recurso Especial nº 100.888-BA<sup>508</sup> – revela-se cada vez mais atual: as leis destinadas à vedação do adultério, com tendência ao desaparecimento com a evolução do direito, “devem ser interpretadas em conformidade com as normas constitucionais, ou seja, não excluem essas uniões como entidades familiares e têm finalidade distinta, no plano civil (causa de separação judicial) e criminal (em forte desuso).”<sup>509</sup>

De toda sorte, adere-se aqui a posição de Marcos Alves da Silva: a fixação de um dever de fidelidade é desnecessária, a considerar as consequências advindas do seu descumprimento. Não se trata propriamente de uma obrigação, no sentido técnico, visto que é inviável a exigibilidade do seu cumprimento forçado. Também não é fato relevante para o propósito de dissolução da união, a considerar que se trata de direito potestativo.<sup>510</sup>

<sup>508</sup>Civil e processual. Seguro de vida realizado em favor de concubina. Homem casado. Situação peculiar, de coexistência duradoura do de cujus com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. Indicação da concubina como beneficiária do benefício. Fracionamento. CC, arts. 1.474, 1.177 e 248, iv. Procuração. Reconhecimento de firma. Falta suprível pela ratificação ulterior dos poderes. I. Não acarreta a nulidade dos atos processuais a falta de reconhecimento de firma na procuração outorgada ao advogado, se a sucessão dos atos praticados ao longo do processo confirmam a existência do mandato. II. Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1.474, 1.177 e 248, IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o de cujus, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de "bigamia", em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do Direito. III. Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 100.888/BA. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 14 de dezembro de 2000. **Diário de Justiça**, 12 mar. 2001. BRASIL, 2000, p. 144)

<sup>509</sup>LÔBO, 2002, p. 40-55.

<sup>510</sup>Segundo o autor, “fato é que todos os deveres jurídicos devem produzir efeitos jurídicos. Contrário senso o descumprimento de tais deveres, também, produz efeitos de natureza jurídica. O descumprimento dos deveres conjugais estava diretamente vinculado aos requisitos autorizadores do desquite, quando não havia ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, espaço para dissolução do vínculo matrimonial. A ação de desquite só podia ter como fundamento um dos seguintes motivos: adultério, tentativa de morte (na verdade tentativa de homicídio); sevícia ou injúria grave ou ainda abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos. A esse tempo, os deveres eram de fato cogentes, de ordem e de interesse públicos. Ainda que marido e mulher, tendo constatado a falência do casamento, estivessem plenamente em concordância quanto à vontade de por fim à sociedade conjugal pelo desquite – não ao casamento posto que impossível – não podiam fazê-lo, se não houvesse sido caracterizada grave falta em relação a um dos deveres conjugais enumerados no Código Civil. Sendo o casamento indissolúvel, o desquite, isto é, o desfazimento da sociedade conjugal, não do matrimônio, somente teria lugar e razão de comportamento causador de dano injusto ao parceiro. Logo, presentes e inafastáveis a ideia de culpa e a identificação do cônjuge culpado. Como resultado da identificação do cônjuge

Idêntico raciocínio, com ainda mais razão, pode ser adotado em relação ao dever de lealdade na união estável. O dever fixado pelo Código Civil é mero conselho, cujo descumprimento não acarreta consequência jurídica relevante no mais das vezes. A dissolução da união estável independe de preenchimento de culpa; mais do que isso, independe até mesmo da intervenção estatal, visto tratar-se de situação de fato. Precisa apenas da vontade – e de apenas um dos companheiros. Eventual tutela jurisdicional se fará necessária apenas no tocante aos direitos que decorrem da dissolução.<sup>511</sup>

O que se constata é que há um forte indicador de que efetivamente fidelidade e lealdade estejam cada vez mais se tornando expressões sinônimas. Não pela conotação que se dá à expressão “lealdade”, como equivalente à ideia de fidelidade conjugal, exclusividade sexual, mas, sim, pelo deslocamento da conotação original conferido à fidelidade: cada vez menos interessa ao Estado a fidelidade conjugal, mas é crescente o prestígio à lealdade nas relações jurídicas, incluindo aquelas do âmbito do direito das famílias. E, de toda sorte, não se trata propriamente de um dever, pois do seu descumprimento não deflui mais qualquer consequência jurídica direta.

Quando suscitamos a família estruturada sob uma lógica de atendimento a interesses econômicos, políticos, religiosos e de procriação, soa razoável a intromissão do Estado nessa seara, resultando na exclusão de qualquer outra modalidade familiar diversa do casamento – e de suas rigorosas formalidades e deveres. Havia aí um interesse de ordem pública. No entanto, a repersonalização do Direito Civil trouxe consigo radical mudança na forma de tutelar a família, deslocando-se o foco da entidade para os seus membros. A família passou a existir no interesse de seus membros e não o contrário.<sup>512</sup>

Por isso, os deveres listados no art. 1.724 do Código Civil podem ser facilmente transpostos para o âmbito da união poliafetiva, dentre os quais o de lealdade, que provavelmente

---

culpado, este sofria em sua esfera jurídica uma série de consequências, como a perda da guarda dos filhos, a perda do nome de família do marido, a imputação de pagamento de alimentos ao cônjuge inocente que deles necessitasse, e a perda do direito aos alimentos por parte do culpado. [...] Atualmente, a culpa para a dissolução do vínculo matrimonial perdeu relevância. Com a Emenda 66 que alterou o §6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, o divórcio converteu-se em um direito potestativo desvincilhado de quaisquer requisitos autorizadores. Depois de longos anos, o fim do casamento foi aliviado da sobrecarga da culpa. Com esta alteração constitucional a separação-sanção perdeu totalmente o sentido e, em consequência, houve um esvaziamento jurídico dos deveres do casamento. Tornaram-se, na verdade, enunciados morais não jurídicos, posto que o seu descumprimento não tem a força de provocar efeitos jurídicos.” (SILVA, M., 2012, p. 259-260, 2012).

<sup>511</sup>SILVA, M., 2012, p. 260-261.

<sup>512</sup>SILVA, M., 2012, p. 257.

terá contornos apropriados para a proposta poliafetiva<sup>513</sup>. No entanto, a utilidade será igualmente inexpressiva, exceto pela via reflexa.

### 3.1.2 Assistência na família poliafetiva

Partindo do pressuposto de que a união estável é o paradigma legal sobre o qual há de se apoiar a união poliafetiva na busca pelo regramento pela via da analogia, vencido o tema sobre o primeiro dos deveres previstos no art. 1.724 do Código Civil, passar-se-á ao enfrentamento do segundo: a assistência.

Trata-se de dever previsto também – e originalmente – no casamento (art. 1.566, III, do Código Civil, reproduzido a partir do art. 231, III, do Código Civil de 1916), consequência da formação familiar conjugal e causa de outras tantas previsões do Código, a exemplo dos alimentos devidos entre cônjuges ou companheiros (art. 1.702 e 1.704) ou da preferência para nomeação de curador em caso de interdição (art. 1.775).

Ademais, o Código Civil também impõe tanto aos que vivem em união conjugal (art. 1.566, IV, 1.567 e 1.724) quanto aos que já dissolveram a união (art. 1.703) o dever de assistência aos filhos, o que vem em reforço à previsão de que compete (também) à família o dever de assegurar à criança e ao adolescente direitos seguramente englobados na noção ampla de assistência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e art. 4º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A importância da assistência no seio familiar é tamanha que o seu descumprimento desse dever pode ter até mesmo implicações penais, nos termos do art. 244 do Código Penal, que prevê o tipo penal do abandono material. Trata-se de punição aplicável, conforme lição de Guilherme de Souza Nucci, àquele que deixar de: i) prover a subsistência de cônjuge, filho ou ascendente; ii) prover a subsistência de pessoa credora de alimentos; ou iii) socorrer parente enfermo.<sup>514</sup>

---

<sup>513</sup> Até mesmo porque a dinâmica poliafetiva demanda uma noção distinta de lealdade e fidelidade: “En las relaciones poliamorosas, la fidelidad radica en el orden de no incluir a nadie más em la relación (fuera de las personas que ya la conforman); sin embargo, para otros participantes la fidelidad está en contar que alguien llega y em contemplar, entre todos, la posibilidad de ser incluido en la relación. Aquí los participantes aluden a que la fidelidad debe ir más allá del aspecto sexual y convertirse en lealtad; es decir, em contar las cosas, en tener en cuenta a los compañeros de la relación cuando se toman decisiones de quién entra o no a la relación, de considerar a los otros como partes importantes con voz y voto en todo lo concerniente a ella. De esta manera, la fidelidad, el contar y decir las cosas se convierte en una construcción compleja en la que se tiene en cuenta todas las perspectivas de quienes participan de la relación [...] (VÉLEZ, Isabel Cristina Bernal; BOTERO, Mireya Ospina; RAMÍREZ, Carolina Rincón. Poliamor. Estudio en las ciudades colombianas de Medellín y Pereira. **Hojas y hablas**, n. 17, p. 12-27, 2019, p. 22-23).

<sup>514</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** [versão digital]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 849.

É notória a importância que o ordenamento jurídico confere ao amparo familiar, promovido por meio do ideal de assistência e que vem ao encontro do princípio da solidariedade familiar. Embora a existência de um grande número de pessoas comprometidas com a assistência uns dos outros não seja garantia de que possa restar um dos membros desassistidos, é razoável concluir que ainda é um cenário mais promissor do que uma família com um número mais reduzido de componentes.

Por conta disso, a concretização do princípio da solidariedade familiar, tão importante à sociedade e à família, torna-se mais acessível no seio da família poliafetiva. E, como destacado por Matos e Teixeira, “a solidariedade como fonte de deveres recíprocos pressupõe um agir responsável, de modo que cabe ao Estado e à sociedade não apenas o respeito pelas escolhas pessoais, mas também a sua promoção e garantia”.<sup>515</sup> Dentre as tantas relevantes conclusões que podem advir desse raciocínio, uma tem especial destaque para o tema em estudo: a família poliafetiva pode ter o inesperado condão de promover com maior efetividade o princípio da solidariedade familiar.

Dessa feita, os tópicos seguintes serão destinados a tratar dos desdobramentos desse princípio no seio da família poliafetiva, tanto pela assistência material direta, por meio da prestação de alimentos, quanto pela assistência indireta, advinda dos desdobramentos jurídicos da união poliafetiva sobre relações jurídicas de um dos companheiros que possa resultar em benefício aos demais, a exemplo dos planos de saúde.

---

<sup>515</sup>MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Os alimentos entre dogmática e efetividade. **Revista brasileira de direito civil**, v. 12, p. 75-92, abr./jun. 2017, p. 77.

### 3.1.2.1 Alimentos e pluralidade de sujeitos

Em matéria de alimentos parece inexistirem maiores problemas de acomodação plena à realidade dos poliamoristas que formem família, já que eventuais demandas podem ser resolvidas pelas regras hoje existentes em nossa legislação. Assim como é possível que uma pessoa pague alimentos a diversos de seus ex-cônjuges,<sup>516</sup> a mesma solução poderia ser adotada para a demanda de alimentos entre companheiros resultante de uma união poliafetiva desfeita.

Também poderia um dos companheiros necessitado demandar dos outros dois, a considerar que a obrigação alimentar pode ser exigida conjuntamente de vários alimentantes. Dentre aqueles que se aventuraram na nebulosa temática sobre a prestação de alimentos em relacionamentos poliamorosos, o que se encontra é conclusão nesse mesmo sentido.<sup>517</sup>

Isso decorre de característica própria da obrigação alimentar, conhecida por *divisibilidade* ou *ausência de solidariedade*, segundo a qual a obrigação alimentar é conjunta e divisível, o que possibilita o pleito alimentar em face de mais de uma pessoa. Daí, advém a possibilidade de rateio da obrigação entre diversos alimentantes. Tal caractere restou consolidado na redação do art. 1.698 do Código,<sup>518</sup> embora o art. 12 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) traga em sua disposição orientação oposta, o que suscita crítica doutrinária,<sup>519</sup> especialmente porque o próprio Estatuto remete, em seu art. 11, ao regramento geral sobre alimentos trazido pelo Código Civil.

No entanto, apesar da posição dominante da doutrina sustentando a ausência de solidariedade, o que ecoa também na posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça,<sup>520</sup> a

<sup>516</sup>Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694. [...]

Art. 1.709. O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 15 abr. 2021)

<sup>517</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 219.

<sup>518</sup>Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. (BRASIL, 2002 [CC]).

<sup>519</sup>WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5: Direito de família, p. 81-82.

<sup>520</sup>Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso.

- **A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta.**

- A Lei 10.741/2003 atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que, por força da sua natureza especial, prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil.

- O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos.

redação do art. 12 do Estatuto do Idoso estabelece que "a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores".<sup>521</sup> Apesar da melhor interpretação, discussão essa que não contribui substancialmente para esta pesquisa, a conclusão que se extrai é que o fundamento que autoriza o pleito de alimentos em face de mais de um obrigado nas demais circunstâncias já conhecidas pela prática forense do direito das famílias também é apto a autorizar o pedido de alimentos em face de múltiplos alimentandos, ou seja, em face de mais de um cônjuge ou companheiro ou em face de mais de um pai ou mãe.

Convém aqui fazer uma rápida distinção entre classes de alimentos de acordo com a causa jurídica, divididos em nosso ordenamento em três: voluntários, ressarcitórios ou legítimos. Os alimentos voluntários ou convencionais têm sua fonte na manifestação e vontade, seja por ato inter vivos (v.g.: doação com encargo) ou causa mortis (v.g.: testamento). Alimentos ressarcitórios – também chamados indenitários<sup>522</sup> ou indenizatórios – são fixados para fins de reparação de vítima de ato ilícito (v.g.: invalidez para o trabalho decorrente de acidente). Alimentos legítimos ou legais têm como fonte a própria lei, tendo como um dos pressupostos a existência de vínculo familiar ou conjugal.<sup>523</sup> Portanto, o que se está a tratar neste ponto guarda relação com esta última classe de alimentos, cujo regramento é aplicável à união poliafetiva sem maiores percalços.

Evidentemente os alimentos a serem fixados no contexto de uma união poliafetiva devem observar rigorosamente os requisitos exigidos para qualquer outra hipótese de cabimento de pensão alimentícia. Portanto, em se tratando de alimentos legítimos alguns pressupostos devem ser observados, a saber: a existência de um vínculo (parentesco ou conjugalidade), a necessidade do demandante, a possibilidade econômica dos demandados e a proporcionalidade.<sup>524</sup>

O vínculo de parentesco está previsto no art. 1.694 do Código Civil, que estabelece a possibilidade de pleitear alimentos de parentes, cônjuge ou companheiro; por sua vez, o art. 1.702 prevê alimentos entre cônjuges ou companheiros, plenamente aplicável à união poliafetiva; por fim, o art. 1.703 prevê o dever alimentar dos cônjuges – e, por extensão, dos

---

- A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.178.233/RJ. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 6 de novembro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, 9 dez. 2014) (*grifo nosso*).

<sup>521</sup>BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

<sup>522</sup>TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5: Direito de família, p. 443.

<sup>523</sup>CAHALI, Youssef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

<sup>524</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 511.

companheiros – de pagar alimentos aos filhos, dispositivo este também aplicável naturalmente à hipótese da união poliafetiva da qual resulte prole.

Não demanda grande esforço argumentativo para o convencimento de que o companheiro na união estável figura em posição muito similar à do membro da união poliafetiva – que, na falta de outra designação, pode ser igualmente chamado de companheiro. A única distinção relevante entre a união estável e a união poliafetiva reside no número de companheiros e não no que propriamente representam dentro da relação.

Os outros três pressupostos guardam relação com o patamar do valor a ser fixado, critérios estes relevantes para a fixação de alimentos legítimos em quaisquer circunstâncias, não havendo razão específica para haver tratamento distinto à união poliafetiva. Fala-se modernamente em três pressupostos, um aprimoramento do tradicional binômio necessidade-possibilidade, cuja preocupação central é o balizamento do valor dos alimentos pela necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante. Pela leitura original do binômio necessidade-possibilidade, estampado no art. 1.695 do Código Civil, trata-se de “princípio básico da obrigação alimentar pelo qual o montante dos alimentos deve ser fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante.”<sup>525</sup>

Por necessidade entende-se a falta de aptidão do alimentando de promover a própria manutenção com seu trabalho ou patrimônio, pois circunstancialmente sua condição permite um desvio da regra de que cada indivíduo deva manter-se pelas suas próprias forças.<sup>526</sup> A falta de aptidão pode resultar de incapacidade física ou mental para o labor, imaturidade, idade avançada, doença, crise pública ou econômica etc.<sup>527</sup> Numa união poliafetiva, o que pode ocorrer é haver a existência de um único companheiro mantenedor e dois dependentes economicamente, o que poderia gerar a situação em que dois (ou mais) sejam os alimentandos e um seja o alimentante. Neste particular, nenhuma novidade, pois não é incomum em nossa sociedade a ocorrência de um homem que paga alimentos para duas (ou mais) ex-esposas ou ex-companheiras, fruto do modelo patriarcal que orientou a cultura local por extenso período.

Em contraposição à necessidade apresenta-se o pressuposto da possibilidade (econômica) do alimentante (ou alimentantes), o que se traduz em viabilidade de fornecimento de alimentos sem comprometimento de sua própria subsistência.<sup>528</sup> Trazendo para a realidade da união poliafetiva, há aqui um aspecto muito positivo: o aumento da potencial rede assistencial em caso de necessidade de alimentos, pois surge a possibilidade de demandar de

---

<sup>525</sup>VENOSA, 2017, p. 381.

<sup>526</sup>CAHALI, Y., 2002, p. 717-718.

<sup>527</sup>CAHALI, Y., 2002, p. 719.

<sup>528</sup>CAHALI, Y., 2002, p. 723.

dois ex-companheiros, elevando significativamente a probabilidade de atendimento a contento das necessidades do alimentando com menor sacrifício dos alimentantes. Ou, no caso de haver filhos, há a possibilidade de demandar de dois pais ou mães.

E como ingrediente de equilíbrio entre estes dois pressupostos surgiu a proposta doutrinária moderna do pressuposto da proporcionalidade, dando azo ao surgimento do trinômio proporcionalidade-necessidade-possibilidade.<sup>529</sup> A proporcionalidade figura como norte para a fixação da verba alimentar, de modo que a fixação do valor não se preste apenas a atender as estritas necessidades de sobrevivência, a considerar que alimentando e alimentante devem, como orientação geral, manter semelhante padrão de vida, tanto quanto possível. E, nesse particular, parece-nos ser ainda mais fácil alcançar a proporcionalidade quando há um número maior de obrigados à assistência alimentar.

O que se depreende da análise dos pressupostos alimentares úteis à definição do patamar da obrigação no contexto da união poliafetiva? A um, a possibilidade de recair sobre um único alimentante a obrigação de prestar alimentos a dois (ou mais) alimentandos não difere de uma realidade já verificável hoje em nossa sociedade. A dois, a existência de múltiplos alimentantes reduz o peso da obrigação que recai sobre os devedores e eleva a segurança em favor do alimentando, que contará com mais de uma fonte de sustento.

O que daí se extrai é que a obrigação alimentar entre companheiros em sede de união poliafetiva não apenas é de fácil solução jurídica, mas pode também ser atendida com mais facilidade, a considerar a expansão do número de pessoas potencialmente obrigadas à mútua assistência. Portanto, ao menos no que toca aos companheiros, o exercício do direito à percepção de alimentos não encontrará maiores problemas, havendo o potencial de solução prática mais facilitada.

E quanto aos filhos menores e incapazes? Os problemas são ainda menores, pois em caso de serem filhos de todos os membros da relação poliafetiva, por meio da multiparentalidade, resta ampliado o círculo assistencial daqueles, o que se coaduna com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Como visto anteriormente, um dos pressupostos dos alimentos legítimos é a existência de um vínculo de parentesco, de modo que uma criança com três pessoas nas funções de pai ou mãe poderá recorrer a um número maior de alimentantes caso necessite. Nesse caso, “os codevedores não são solidários, devendo cada um prestar os alimentos de acordo com o binômio, podendo, chamar à lide os demais [...]”<sup>530</sup>

---

<sup>529</sup>DIAS, 2015, p. 605.

<sup>530</sup>SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Multiparentalidade e a efetividade do direito da personalidade aos alimentos: uma análise a partir da visão do Supremo Tribunal Federal Nº Re 898.060. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, v. 29, n. 53, p. 246-259, jul./dez. 2020, p. 257.

Mas e se a criança não for filha de todos os componentes da união poliafetiva? Neste caso, nenhum prejuízo jurídico advirá, pois ao componente que não figurar como pai/mãe restará o papel de padrasto/madrasta, o que não difere em nada da realidade verificada das famílias mosaico<sup>531</sup>, hoje largamente presentes em nossa sociedade. Isso, é claro, sem prejuízo do reconhecimento de uma paternidade socioafetiva casuisticamente.

Destarte, a conclusão final que se extrai deste ponto é que, em matéria de alimentos, inexistente qualquer óbice ou maior dificuldade para o exercício do direito. Pelo contrário, a ampliação da rede de suporte vem a contribuir para a efetivação desse direito, com potencial de tornar a obrigação menos onerosa para os devedores e reduzir o risco de inadimplemento, trazendo também mais segurança ao credor.

### 3.1.2.2 Benefícios Estendidos Ao Companheiro

Uma vez reconhecida a união poliafetiva como entidade familiar, desde que comprovada a sua existência pelos meios legalmente exigíveis conforme o caso, passará a ser oponível em caráter *erga omnes*, gerando efeitos perante terceiros semelhantes à união estável ou casamento, ressalvadas as necessárias adaptações pontuais.

Um dos efeitos que decorrem da união conjugal comprovada é a possibilidade de extensão ao companheiro de benefícios em planos de assistência à saúde, contratações de serviços, associações a clubes etc.

Dentre aquelas questões que tocam a matéria legislada, pode-se suscitar o serviço prestado pelas operadoras de planos de saúde, regulado pela lei 9.656/98. Nos termos do art. 16, da aludida lei, o contrato da operadora junto aos consumidores deve designar com clareza uma série de informações, dentre as quais o regime de contratação. Entre os regimes previstos no inciso VII do art. 16 está a possibilidade da contratação familiar, que interessa ao presente estudo.

Também a operadora de planos de saúde, para obter o registro provisório dos produtos comercializados, deve apresentar à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) uma série de dados (art. 19, §3º), dentre os quais a indicação do tipo de contratação, que pode ser individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão (inciso V).

---

<sup>531</sup>Também chamadas de família recomposta, reconstituída, reconfigurada ou sequenciada, são formações familiares em que o novo companheiro ou cônjuge de uma pessoa estabelece laços com os filhos dessa, figurando como pai ou mãe para as funções ordinárias. (LÓBO, Paulo. **Direito civil: famílias**, v. 5. 10. ed. Versão digital. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 93).

Ademais, outras disposições da referida lei também suscitam o vínculo familiar do beneficiário do plano de saúde, a exemplo da hipótese prevista no §2º do art. 30 (plano de saúde atrelado ao vínculo de emprego),<sup>532</sup> do §2º do art. 31 (plano de saúde atrelado ao vínculo de emprego após aposentadoria) e do §5º do art. 35 (aplicação da lei 9.656/98 aos contratos anteriores à sua vigência).<sup>533</sup>

É preciso entender que não apenas na hipótese de contratação de plano familiar interessará o vínculo familiar do contratante. Conforme dispõe a Resolução Normativa nº 195/09 da ANS, no plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial, é possível que os benefícios sejam estendidos também “ao grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos [...]” (inciso VII do §1º do art. 5º).<sup>534</sup>

Semelhante previsão existe também para a contratação do plano de assistência à saúde coletivo por adesão, destinado às pessoas que mantenham vínculo com pessoas jurídicas de caráter profissional, setorial ou classista, a exemplo de conselhos profissionais, sindicatos ou associações profissionais. Pela disposição do §1º do art. 9º da resolução normativa em comento, “poderá ainda aderir ao plano [...] por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro”, desde que o beneficiário titular participe no contrato do plano de assistência à saúde (§2º).

---

<sup>532</sup>Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

[...]

§ 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho. (BRASIL. **Lei nº 9.656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm). Acesso em: 15 abr. 2021).

<sup>533</sup>Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1o de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

[...]

§ 5º A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos, e vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros. (BRASIL, 1998 [Lei 9.656])

<sup>534</sup>BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução normativa nº 195**, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=MTQ10A>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Da análise de todas as regras até aqui invocadas o que se extrai é que o direito do cônjuge ou companheiro do titular do plano de saúde dependerá do que vier a dispor o contrato. A inexistência de comando expresso legal acerca da forma como se estenderá o serviço do plano de saúde ao convivente simplifica significativamente a acomodação da família poliafetiva na contratação dos planos de assistência à saúde.

Portanto, se a lei delega a possibilidade de inclusão de companheiros do titular à vontade das partes contratantes, não há na lei óbice à tutela da família poliafetiva, inexistindo necessidade de adequação do ordenamento jurídico propriamente dito nesse ponto em particular. O que haverá é a necessidade de adaptação das práticas contratuais das operadoras de planos de assistência à saúde, que, com o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, precisarão repensar as cláusulas contratuais para acolher o grupo familiar.

Convém o registro, pois oportuno, que a ANS editou a súmula normativa n° 12, de 4 de maio de 2010, no sentido de adequar a orientação normativa administrativa à nova realidade das famílias homoafetivas, cuja redação esclarece que “para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.”<sup>535</sup>

A súmula em questão, harmonizando-se com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, antecipou-se à já comentada decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Assim, uma vez acolhida a união poliafetiva como entidade familiar, a mudança de práticas contratuais das operadoras de planos de assistência à saúde pode ser fomentada por meio de oportuna edição de súmula normativa sobre o tema pela ANS – desnecessária para esse fim, mas desejável e potencialmente útil.

É seguro intuir que não havendo previsão contratual de inclusão de mais de um companheiro na condição de dependente do plano de assistência à saúde, não há como impor à operadora do plano de saúde que aceite. Além de ferir o pacto existente, poderia impor à prestadora de serviços um custo não calculado quando da estimativa do valor da contraprestação paga pelo beneficiário titular do plano.

---

<sup>535</sup>BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Súmula normativa n° 12**, de 4 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NzA>. Acesso em: 20 jul. 2021.

As tentativas judiciais de inclusão de duas pessoas sob o fundamento do vínculo conjugal serão infrutíferas,<sup>536</sup> pois é inviável impor tal obrigação à operadora do plano de saúde quando há cláusula específica no contrato ou em seu estatuto social vedando a possibilidade. Pela orientação básica que rege as relações obrigacionais, as obrigações criam deveres *inter partes*, não havendo como exigir da operadora de plano de saúde que cumpra uma obrigação não assumida.

Por isso, o que se conclui é que o acolhimento das famílias poliafetivas pelos planos de saúde prescinde de qualquer alteração legislativa<sup>537</sup> ou construção hermenêutica, bastando que conste no contrato – ou no estatuto social, quando for o caso – a possibilidade de inserção de mais de uma pessoa na condição de companheiro beneficiário. E há duas razões pelas quais esse é um movimento com alta probabilidade de ocorrer entre as operadoras de planos de saúde tão logo acolhido em nosso ordenamento a família poliafetiva. A primeira delas é o fato de que aquelas que não promoverem tal adequação estarão excluindo uma fatia do mercado – que embora seja incipiente nos dias atuais, tal realidade social pode mudar. E a segunda razão é de ordem prática, com vistas a evitar conflitos judiciais por negar o exercício de direito de inclusão de grupo familiar juridicamente reconhecido como tal.

Não será diferente a solução a ser conferida à inclusão de dependentes em associações, a exemplo dos clubes destinados ao lazer e socialização. As associações são brevemente

---

<sup>536</sup>SEPARAÇÃO CONSENSUAL. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E DECLAROU EXIGÍVEL A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO AGRAVANTE. ACORDO CELEBRADO AO TEMPO DA SEPARAÇÃO DO CASAL. OBRIGAÇÃO DE MANUTENÇÃO DA EX-CÔNJUGE EM PLANO DE SAÚDE. INCLUSÃO DA ATUAL COMPANHEIRA DO AGRAVANTE COMO SUA DEPENDENTE NO PLANO DE SAÚDE QUE NÃO AFASTA O DIREITO DA AGRAVADA. 1. No caso dos autos, a agravada requereu o cumprimento de obrigação de fazer decorrente de acordo celebrado nos autos da separação do casal que determinou a obrigação do agravante de mantê-la em plano de saúde. 2. A despeito do entendimento do agravante, é certo que a imposição de condição resolutive se deu em relação à possibilidade da agravada contrair novas núpcias ou passar a viver em união estável, condição que não se verificou nos autos, visto que quem passou a viver em união estável foi o agravante. 3. A obrigação assumida ao tempo da separação do casal tem natureza alimentar, de forma que não pode ser afastada. 4. De qualquer forma, havendo impossibilidade de incluir a agravada no plano de saúde devido à cláusula específica constante no estatuto social do plano de saúde que impede a permanência concomitante do ex-cônjuge e atual companheira como dependentes do mesmo titular, deve o agravante providenciar a inclusão da agravada em plano de saúde semelhante, tendo em vista o cumprimento do acordo celebrado entre as partes. 5. Decisão mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 2190002-05.2014.8.26.0000**. Relator (a): Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 3 de março de 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172109497/agravo-de-instrumento-ai-21900020520148260000-sp-2190002-0520148260000/inteiro-teor-172109508>. Acesso em: 15 abr. 2021).

<sup>537</sup>No entanto, alteração seria bem-vinda para a inclusão das famílias poliafetivas expressamente a tutela dos efeitos daí advindos. A esse respeito, Duina Porto propõe em sua tese de doutorado uma atualização do §3º do art. 226 da Constituição, cuja redação passaria a conter a seguinte previsão: “§3º. Para efeitos da proteção do Estado, são reconhecidas como entidades familiares: I – a união estável entre duas pessoas, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento; II – a união estável poliamorosa, consentida entre mais de duas pessoas.” A autora faz ressalva de que a expressão “poliafetiva” seria a mais provável de ser utilizada no texto. (PORTO, 2017, p. 231).

regradas a partir do art. 53 do Código Civil. Dentre os elementos que necessariamente deverão constar do estatuto da associação estão os requisitos de admissão de associados (art. 54, II) e os direitos e deveres dos associados (art. 54, III). No mais, o Código delega ao estatuto da associação o regramento geral da pessoa jurídica, como a possibilidade instituição de categorias de associados com vantagens especiais (art. 55) ou a previsão de hipóteses de restrição de direitos (art. 58).

Portanto, assim como nos planos de saúde, também os benefícios extensíveis a conviventes nas associações, na condição de dependente ou similar, não depende de qualquer manejo no ordenamento jurídico. Resta dispensada a elaboração de esforço hermenêutico para legitimar a inclusão dos companheiros poliafetivos de um associado como dependentes para usufruir dos benefícios que essa condição possa lhes conferir. Trata-se de adequação que reside na esfera da atuação das partes envolvidas, por meio da alteração estatutária – se necessária – para harmonizar-se ao ordenamento jurídico, após ter sido abrigada sob o manto do direito das famílias a união poliafetiva.

E arguição em sentido contrário, sob o argumento de que a inclusão de mais companheiros dependentes implicaria aumento do custo para a operadora do plano de assistência à saúde ou para outra entidade (clubes, associações etc.), não subsistirá, pois bastará a adoção de cálculo atuarial para redimensionar proporcionalmente os valores, algo que poderá constar previamente em cláusula do contrato original ou ser objeto de aditivo contratual quando da inserção do segundo (ou terceiro, quarto etc.) companheiro.

### 3.1.3 Reconhecimento e Criação dos Filhos

As repercussões da união poliafetiva sobre a relação com os filhos são outro aspecto que suscita dúvidas, sendo o escopo do presente tópico. É tema que há de ser resolvido invariavelmente à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, destinatário prioritário da tutela estatal, nos termos do art. 227 da Constituição Federal<sup>538</sup> e do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>539</sup> Tal princípio encontra expressa previsão no inciso IV

---

<sup>538</sup>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988 [CF]).

<sup>539</sup>Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá

do parágrafo único do art. 100 do ECA.<sup>540</sup> Não obstante, o princípio também encontra amparo no artigo 3, item 1, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança subscrita pelas nações participantes da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e posteriormente ratificada no Brasil em 1990: “Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.”<sup>541</sup>

Também denominado princípio da plena proteção das crianças e adolescentes, além de outras nomenclaturas,<sup>542</sup> tem suas raízes na evolução da estrutura familiar ao longo do último século, sobrelevando-se a proteção de todos os membros da família, em especial aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade devido à incompletude do pleno desenvolvimento da personalidade.<sup>543</sup>

Embora o princípio em questão seja de difícil determinação, já que não possui uma definição rígida, sua mensagem essencial é de que as necessidades da criança se sobreponham às dos pais, pois a preocupação central é que se propicie a estes seres humanos ainda em formação de suas personalidades e potencialidades as melhores condições, em todas as esferas, para que se desenvolvam de forma saudável até a chegada à vida adulta. Por isso, os interesses dos pais devem permanecer em segundo plano sempre que conflitarem com os dos filhos menores de idade.<sup>544</sup>

Tamanho é a importância deste princípio que Rolf Madaleno entende que qualquer decisão atinente ao interesse de crianças e adolescentes deve observá-lo, “reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que despreze os interesses prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Carta Federal.”<sup>545</sup>

---

outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 15 abr. 2021)

<sup>540</sup>Art. 100 [...], IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (BRASIL, 1990 [Lei 8.069, ECA])

<sup>541</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 9 jun. 2021.

<sup>542</sup>Acerca do nome conferido ao princípio: “No que diz respeito à nomenclatura, constata-se o uso de expressões distintas para expressar o princípio do qual ora nos ocupamos. Nos textos originais da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, utilizou-se a expressão *the Best interest of the child* (“o melhor interesse da criança”). Já nas versões em português, preferiram-se as expressões “interesse superior da criança” e “interesse maior da criança” (LAURIA, Flavio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 29-30).

<sup>543</sup>CARVALHO, 2017, p. 100-101.

<sup>544</sup>CARVALHO, 2017, p. 101-102.

<sup>545</sup>MADALENO, 2017, p. 165.

No entanto, eventual nulidade processual há de ser relevada quando verificado que o melhor interesse da criança foi resguardado, segundo entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>546</sup>

Há uma estreita relação entre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e os direitos e garantias fundamentais desses mesmos sujeitos. A concretização desse princípio há de se dar não somente quando das decisões judiciais, mas também quando de sua execução, especialmente quando se leva em consideração que no litígio da dissolução conjugal os filhos muitas vezes acabam figurando como moeda de troca. Também por decorrência da aplicação deste dispositivo a definição da guarda dos filhos restou dissociada da culpa pela separação, passando a ter como critério o melhor interesse do filho.<sup>547</sup>

O princípio em questão trouxe consequências importantes para o amadurecimento do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da possibilidade de adoção de criança por casal homoafetivo – muito antes de se reconhecer a união poliafetiva como uma prática amparada pela lei vigente. Isso porque, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “para se atentar ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, devemos abandonar o preconceito e livrarmos de concepções morais estigmatizantes.”<sup>548</sup>

Destarte, os temas atinentes aos filhos que serão trabalhados nos tópicos seguintes serão desenvolvidos invariavelmente à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sem o que não há conclusão que possa se coadunar com a orientação constitucional e normatização infraconstitucional vigente.

Ao tratar dos filhos, proceder-se-á aqui um corte didático por temas: primeiramente a problemática atinente à filiação no seio da família poliafetiva; e, posteriormente, o exercício da autoridade parental nesse contexto. Questões atinentes à proteção da pessoa dos filhos na dissolução da sociedade conjugal devem ser abordadas, metodologicamente, fora do tema dos deveres da união poliafetiva – até mesmo porque são deveres que resultam da não mais existência da união.

---

<sup>546</sup>ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. ADOÇÃO. INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AUDIÊNCIA. ART. 166 DA LEI 8.069/90. FIM SOCIAL DA LEI. INTERESSE DO MENOR PRESERVADO. DIREITO AO CONVÍVIO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE. Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério Público se - a teor do acórdão recorrido - o interesse do menor foi preservado e o fim social do ECA foi atingido. O Art. 166 da Lei 8.069/90 deve ser interpretado à luz do Art. 6º da mesma lei. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 847.597/SC (2006/0112925-5)**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 06 de março de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8685530/recurso-especial-resp-847597-sc-2006-0112925-5/inteiro-teor-13724595>. Acesso em: 20 abr. 2021)

<sup>547</sup>PEREIRA, R., 2005, p. 133-134.

<sup>548</sup>PEREIRA, R., 2005, p. 138-139.

Por isso, ao enfrentar o tema da filiação, a ordem de abordagem seguirá uma sequência lógica, iniciando pelo reconhecimento dos filhos, com especial enfoque na multiparentalidade, por se tratar de forma de vínculo paterno-filial com elevado potencial de atender à necessidade da família poliafetiva.

Na sequência, passar-se-á à abordagem do exercício da autoridade parental no âmbito da multiparentalidade e da família poliafetiva, que, dada a sua complexidade, demandará atenção às necessárias adaptações da estrutura normativa vigente.

### 3.1.3.1 O Exercício da Parentalidade na União Poliafetiva Por Meio da Multiparentalidade

Hodiernamente, em caso de haver a intenção manifesta de reconhecimento dos filhos por parte dos integrantes da união poliafetiva, o ordenamento jurídico pátrio mostra-se sensivelmente mais seguro do que há alguns anos, visto que a pretensão pode ser amparada pela multiparentalidade, assim entendida como a possibilidade de constar no registro de nascimento de uma criança três ou mais pessoas – dois ou mais pais ou mães.<sup>549</sup>

Nesse contexto, oportuna é a invocação da teoria tridimensional do direito de família formulada por Belmiro Pedro Marx Welter, segundo a qual um indivíduo vive em três distintos mundos: genético, afetivo e ontológico. É cediço que geneticamente uma pessoa só pode ter ligação com dois ascendentes. No entanto, os mundos afetivo e ontológico precisam ser igualmente levados em consideração para a compreensão do ser humano, a qual não é realizada “somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), mas também pelo modo de ser-em-família e em sociedade (mundo afetivo ou desafetivo) e pelo próprio modo de se relacionar consigo mesmo (mundo ontológico) [...]”.<sup>550</sup> Portanto, com vistas também a garantir a observância aos princípios constitucionais da igualdade e dignidade, “a filiação no poliamor não é só plenamente viável, mas também uma exigência decorrente da tridimensionalidade humana, em respeito ao mundo afetivo e ontológico de todos os envolvidos [...]”.<sup>551</sup>

Mas o tradicional e seguro vínculo biológico como critério de definição de paternidade não deveria continuar figurando com prioridade absoluta, servindo qualquer outro critério

---

<sup>549</sup>CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 160.

<sup>550</sup>WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do direito de família. **Revista do Ministério Público do RS**, n. 81, p. 53-62, 2016. Disponível em: [http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1527187132.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527187132.pdf). Acesso em: 9 jul. 2021.

<sup>551</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 228.

apenas como solução suplementar? Atentos a isso, Gagliano e Pamplona Filho levantam uma importante questão, cuja resposta determinará os rumos do tratamento jurídico da paternidade: “ser genitor é o mesmo que ser pai ou mãe?”<sup>552</sup>

Paulo Lôbo defende que a paternidade não guarda mais relação de dependência exclusiva com o vínculo biológico. Segundo o autor, toda paternidade é socioafetiva, podendo ter ou não origem biológica. Assim, sob o seu ponto de vista, a paternidade socioafetiva seria gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a não biológica.<sup>553</sup>

Por conta disso, é feliz a mudança de paradigma acerca da paternidade, percebendo a figura paterna a partir da função desempenhada, ou seja, constituída pelo convívio diário, a despeito da herança genética. Trata-se de uma filiação por afinidade, construída pelo respeito e consideração mútuos daqueles que se identificam como pai e filho, tanto no tratamento quanto na exposição pública.<sup>554</sup>

Há que se atentar ao fato de que o Código Civil reconhece expressamente a filiação civil socioafetiva na adoção e na reprodução assistida heteróloga, considerando como pais, juridicamente, pessoas que não são fornecedoras do material genético. Não obstante, o art. 1593 dispõe que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, não restringindo o parentesco civil às duas hipóteses anteriormente aludidas.<sup>555</sup> Ou seja, está-se diante de norma inclusiva, permitindo a constituição do parentesco por origem diversa, o que autoriza o reconhecimento da filiação com base na posse do estado de filho,<sup>556</sup> dissociando-se o direito de ser filho da origem genética. Assim, pode-se incluir, hodiernamente, dentre as espécies de parentesco não biológico, as três hipóteses: adoção, inseminação artificial heteróloga e a posse do estado de filiação – configurada pela situação de fato em que uma

<sup>552</sup>Evidentemente, a pergunta, de todo pertinente, é respondida pelos próprios autores “pensamos que não, na medida em que a condição paterna (ou materna) vai muito mais além do que a simples situação de gerador biológico, com um significado espiritual profundo, ausente nessa última expressão” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 638).

<sup>553</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301-STJ. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005. **Anais do Congresso**. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/37.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf). Acesso em 03 jul. 2021.

<sup>554</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 590-593.

<sup>555</sup>I Jornada de Direito Civil, Enunciado 103: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.) . **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021).

<sup>556</sup>III Jornada de Direito Civil, Enunciado 256: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.” (AGUIAR JÚNIOR, 2012).

pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra, a despeito de qual seja a realidade legal, consolidando-se assim vínculo não assentado na realidade natural; o estado de filiação decorre da convivência familiar, “pelo efetivo cumprimento, pelos pais, dos deveres de guarda, sustento e educação do filho, pelo relacionamento afetivo entre pais e filhos”.<sup>557</sup>

É oportuno o registro de que a multiparentalidade não veio sem críticas. Dentre os opositores, Regina Beatriz Tavares da Silva suscitou uma série de argumentos, baseados nas prováveis consequências advindas da multiplicidade de pais, como o incentivo ao ócio e ao desafeto.<sup>558</sup>

Porém, não se pode ignorar o fato de que as famílias multiparentais pautadas na posse do estado de filho são uma realidade e demandam proteção estatal, especialmente no que toca aos interesses dos filhos inseridos nestes arranjos familiares. A humanização das decisões judiciais é imperiosa para que se possa alcançar a felicidade das pessoas,<sup>559</sup> o que, em última análise, reflete sobremaneira a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana já estudado no capítulo anterior.

As famílias multiparentais existem de longa data e continuarão a existir, malgrado num passado não tão distante restassem relegadas à invisibilidade, o que resultava na exclusão de direitos. Felizmente, o judiciário brasileiro caminhou na direção do reconhecimento dessa realidade, permitindo que tais arranjos familiares fossem legitimados como detentores de direitos e obrigações, o que veio ao encontro do ideal de sociedade mais plural e igualitária.<sup>560</sup>

---

<sup>557</sup>CARVALHO, 2017, p. 556.

<sup>558</sup>Segundo a autora, a “multiparentalidade é um incentivo ao ócio, porque se um jovem tem duas fontes pagadoras de alimentos (pai e padrasto, por exemplo), por qual razão esforçar-se-ia a trabalhar? Incentivo ao ócio também porque a mãe de uma criança ou adolescente sustentada por dois homens concomitantemente (pai e padrasto), pela natureza humana, que cultiva, ainda que no íntimo de seu ser, a preguiça, ficaria sem incentivo a buscar recursos para auxiliar no sustento do filho. Incentivo ao desafeto, igualmente, porque uma pessoa em sã consciência, evitará unir-se a quem tenha filhos, porque poderá ser apenado com o pagamento de pensão alimentícia aos jovens que não são seus filhos se separar-se da mãe desses menores (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Matéria de repercussão geral: Supremo Tribunal Federal: prevalência de uma das espécies de paternidade: socioafetiva e biológica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 33, p. 405-422, 2014). No entanto, não há como fazer coro com a autora, pois os argumentos se revelaram com o passar do tempo insubsistentes: i) o incentivo ao ócio do jovem que tem duas fontes pagadoras de alimentos é argumento suficiente para caracterizar também incentivo ao ócio para aquele que possuir apenas uma fonte pagadora; ii) o incentivo ao ócio da mãe que recebe de duas fontes é igual ou menor ao da mãe que recebe de uma fonte abastada, e nem por isso a fixação do patamar dos alimentos deixará de observar o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade; iii) o receio de ser condenado a pagar alimentos ao enteado também é argumento frágil, pois o que efetivamente autoriza o reconhecimento da paternidade socioafetiva é a posse do estado de filho.

<sup>559</sup>TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; KONRAD, Leticia Regina. Multiparentalidade nas famílias recompostas e parentalidade socioafetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 4, p. 57-73, 2014.

<sup>560</sup>DIAS, Maria Berenice; OPPERMAN, Marta Cauduto. **Multiparentalidade**: uma realidade que a justiça começou a admitir. **Maria Berenice Dias** [site], 3 ago. 2015. Disponível em [http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_13075\)MULTIPARENTALIDADE\\_\\_Berenice\\_e\\_Marta.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf) Acesso em 29 jun. 2021.

Tal avanço foi possível graças à incansável doutrina, que por décadas alertava que a verdade biológica pode não ser a expressão da real paternidade, havendo que se verificar no vínculo afetivo a resposta à tutela da família.<sup>561</sup>

É de bom alvitre o registro de que atualmente inexistente qualquer impedimento ao reconhecimento da multiparentalidade, possibilidade essa pacífica na doutrina e que chegou até o Supremo Tribunal Federal (ARE 692186-PB, Repercussão Geral 622),<sup>562</sup> o qual acabou por formular a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”<sup>563</sup>

A posição do Supremo Tribunal Federal consolidada na Repercussão Geral 622 trouxe três consequências importantes, segundo Tartuce. A primeira delas foi o reconhecimento da afetividade como valor jurídico e princípio inerente à ordem civil-constitucional. A segunda consequência é o reconhecimento da paternidade socioafetiva como forma de parentesco civil que figura em posição hierárquica igual à paternidade biológica. E a terceira – e talvez mais importante – consequência foi o acolhimento da multiparentalidade em nosso ordenamento jurídico, a despeito da vontade do pai biológico.<sup>564</sup>

Diante da posição do Pretório Excelso, a paternidade socioafetiva – incluindo a possibilidade da multiparentalidade – acabou por ser normatizada pelo CNJ, que por meio do Provimento 63/2017, recentemente alterado pelo Provimento 83/2019, possibilitou o registro de mais de um pai ou mãe pela via extrajudicial. A redação original do Provimento 63 estabelecia, em seu art. 10 que “o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.” Por sua vez, o art.14, dispunha que “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o

<sup>561</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 255-256.

<sup>562</sup>RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo N° 692.186 Paraíba**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 29 de novembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>. Acesso em: 15 abr. 2021).

<sup>563</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 622**: Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Brasília, [28 de outubro de 2014]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622#>. Acesso em: 7 nov. 2020..

<sup>564</sup>TARTUCE, 2017a, p. 265-266.

registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.”<sup>565</sup>

Com a edição do Provimento 83 alterações relevantes ao procedimento de reconhecimento de paternidade socioafetiva vieram. O art. 10 passou a impor idade mínima para o procedimento extrajudicial: “o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais”. O Provimento trouxe ainda o novel art. 10-A, que passa a exigir que a maternidade ou paternidade socioafetiva seja estável e exteriorizada socialmente, o que caracteriza o estado de filiação. O ônus da prova é do requerente, nos termos do §2º do referido artigo, e caberá ao registrador atestar a existência do vínculo afetivo, consoante §1º, devendo a documentação colhida para tal propósito ser arquivada junto com o requerimento (§4º). O art. 14 passou a constar com dois novos parágrafos, esclarecendo que é permitida, pela via extrajudicial, a inclusão de um ascendente adicional apenas (§1º); para a inclusão de mais ascendentes deverá haver pedido judicial (§2º).<sup>566</sup>

A alteração do Provimento foi bem-vinda, pois a “redação destes novos parágrafos deixa mais claro o sentido do termo unilateral utilizado na redação originária do respectivo artigo 14. Como se percebe, o que se quer limitar é apenas a inclusão de mais um ascendente socioafetivo, pela via extrajudicial.”<sup>567</sup>

A facilitação para a regularização da multiparentalidade é bem-vinda, a considerar que a própria multiparentalidade é igualmente bem-vinda por atender ao melhor interesse do filho menor de idade. A partir do momento em que uma criança passa a ter um pai ou mãe a mais, amplia-se a rede de suporte. Todavia, na percepção de Tartuce a “tese firmada também acaba por possibilitar que os filhos acionem os pais biológicos para obter o vínculo de filiação com

---

<sup>565</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63 de 14/11/2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 15 abr. 2021.

<sup>566</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, **Provimento nº 83 de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_83\\_14082019\\_15082019095759.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf). Acesso em: 7 nov. 2020.

<sup>567</sup>CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ. **Instituto Brasileiro de Direito de Família** [site], 14 ago. 2019. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A2ncias.pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A2ncias.pdf). Acesso em: 07 nov. 2020.

intuitos alimentares e sucessórios, em claras *demandas frívolas*, com finalidade patrimonial pura.”<sup>568</sup>

É certo que a multiparentalidade é geralmente decorrência do advento de uma família reconstituída, a qual representa a possibilidade de múltipla vinculação parental de crianças que convivem nesse arranjo familiar. Isso porque as figuras do padrasto ou madrasta acabam por vir a representar novas figuras parentais, sem exclusão dos genitores biológicos. Por isso, negar reconhecimento a tais vínculos afetivos implicaria possível prejuízo à tutela das crianças ou adolescentes. A multiparentalidade permite agregar em torno destes seres humanos em formação todas as pessoas que figuram como pais ou mães em sua vida, propiciando-lhes o sadio desenvolvimento de suas personalidades. Padrastos ou madrastas que assumem os papéis de pais ou mães acabam por se tornar um referencial para a formação das crianças sob os seus cuidados.<sup>569</sup>

No entanto, ainda que o cenário de surgimento da demanda pela regulação da multiparentalidade tenha sido a família recomposta e não a família poliafetiva, não se pode negar que tal demanda é igualmente legítima nesta última, num ambiente familiar em que três ou mais pessoas componentes de uma mesma união desejam ter filhos.

Convém, por fim, esclarecer a distinção existente entre a filiação socioafetiva, a adoção e a adoção à brasileira.<sup>570</sup> Na adoção, o vínculo decorre de uma sentença proferida em processo judicial que atenda a uma série de formalidades previstas na legislação. Na adoção a brasileira, o vínculo decorre de registro irregular. Por sua vez, na filiação socioafetiva, o vínculo é fundado na convivência familiar e nos cuidados para com o filho, fazendo surgir, a partir dos laços afetivos, uma relação paterno-filial culturalmente construída.<sup>571</sup>

Mas se é certo que uma pergunta é respondida ao encontrar na multiparentalidade a solução para o exercício da parentalidade no seio da família poliafetiva, também é certo que para cada resposta novas perguntas surgem. Particularmente no tocante a esse tema, duas outras questões cruciais demandam resposta: a primeira consiste em descobrir como funcionará o

---

<sup>568</sup>TARTUCE, 2017a, p. 266.

<sup>569</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 203-204.

<sup>570</sup>Acerca dessa figura, Dimas Messias de Carvalho esclarece que “a adoção à brasileira não possui previsão legal, pois é uma burla ao procedimento regular de adoção. Ocorre quando uma pessoa ou um casal registra ou reconhece um filho alheio como próprio. Apesar de previsto na lei penal como crime dar parto alheio como próprio ou registrar como seu filho de outrem (art. 242 do CP), no Direito de Família a doutrina e a jurisprudência vem considerando válido o reconhecimento de filho não biológico nesta forma irregular. Assim, veda-se ao pai ou a mãe que praticou o reconhecimento, consciente da falsidade, posteriormente retificar a filiação, prevalecendo o melhor interesse da criança e do adolescente e privilegiando a convivência familiar e o afeto” (CARVALHO, 2017, p. 565).

<sup>571</sup>CARVALHO, 2017, p. 565.

sistema de presunção de paternidades na união poliafetiva; a segunda diz respeito à possibilidade de adoção multiparental, forma de constituição de parentesco civil.

#### 3.1.3.1.1 Presunção de paternidade

Bastante delicado é o ponto de partida deste tópico: a filiação – e perfilhação. Imagine-se, por exemplo, que numa hipotética família poliafetiva composta por três membros, dois desejam ter filhos e o terceiro não. Qual é a melhor solução? É possível impor a paternidade/maternidade a todos os componentes da relação, por aplicação análoga do art. 1.597 do Código Civil?

Responder o questionamento é fundamental para o estabelecimento de uma solução jurídica segura para o caso concreto que envolva a filiação no seio da família poliafetiva, especialmente quando inexistente prova do ajuste de vontades existente entre as partes acerca da decisão de ter filhos.

Se por um lado é completamente irrelevante a vontade de ser pai quando a filiação é biológica, por outro o afeto é elemento essencial quando a filiação é socioafetiva. Entretanto, diante da complexa relação caracterizada pela poliafetividade, é imprudente partir do pressuposto de que a solução seja simples – embora possa ser.

A questão é tormentosa, pois é possível argumentar para ambos os lados – a favor ou contra a aplicação da presunção de paternidade do art. 1.597, por analogia, em face de todos os componentes da união poliafetiva.

Para Santiago, numa união poliafetiva “também subsiste a presunção de paternidade, prevista no art. 1.597 do Código Civil, dos filhos nascidos na constância do casamento poliamoroso, que, em nome da igualdade e da dignidade humana, deve ser estendida às uniões estáveis.”<sup>572</sup>

Embora tal proposta de solução não deva ser descartada, o seu acolhimento exige estudo com mais vagar. Isso porque é imperioso levar em consideração que a paternidade socioafetiva não pode ser imposta de forma indiscriminada, havendo critérios a serem observados, mormente quando a vontade de estabelecimento da relação é incerta.

A previsão da regra de presunção de paternidade prevista no art. 1.597 é resquício de um tempo em que a prova da paternidade era dificultosa,<sup>573</sup> sendo útil à prole um mecanismo

---

<sup>572</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 219.

<sup>573</sup>Como assevera Paulo Lôbo, durante “séculos e até milênios, os povos dos sistema jurídico romano-germânico encerraram a incerteza da paternidade valendo-se dessa presunção prático-operacional. A presunção supõe que a maternidade é sempre certa e o marido da mãe é, normalmente, o pai dos filhos que nasceram da coabitação

que conduzisse à paternidade de maior probabilidade. Ainda mais acentuada era a probabilidade da paternidade pelo alto grau de repressão da liberdade feminina que marcou a maior parte do século passado – e os períodos anteriores. Num tempo em que a fidelidade conjugal era um dever cujo descumprimento trazia muito mais consequências do que nos dias de hoje, com ainda mais razão era de se esperar que o marido de uma mulher grávida fosse o pai da criança.

Convém lembrar que na égide do Código Civil de 1916 a presunção de fidelidade no casamento era implacável, com vistas à preservação da família. Era vedada a propositura de ação de investigação de paternidade contra homem casado<sup>574</sup> – também contra a mulher, mas há que se questionar se alguma utilidade havia para esta vedação, já que dificilmente a maternidade seria incerta.<sup>575</sup>

Maria Berenice Dias explica que, no tocante à presunção de paternidade, “a doutrina do início do século identificava nessa regra (que, em verdade, institui juridicamente que a mulher jamais será infiel) a separação entre a família jurídica e a família natural.”<sup>576</sup>

Apesar da impossibilidade de reconhecimento do filho adulterino pelo Código Civil de 1916, ironicamente a ação negatória de paternidade era uma possibilidade na codificação anterior,<sup>577</sup> o que denota certa incoerência sistemática. Ou seja, o casamento figurava como pressuposição de que o homem casado não teria um filho em relação extraconjugal, mas não era fundamento o bastante para afastar a chance de a mulher casada estar grávida de uma relação extraconjugal.

Felizmente, o “critério foi progressivamente sendo atenuado em benefício da verdade biológica. A investigação de paternidade perante o pai casado com outra mulher torna-se possível, como também o reconhecimento de paternidade pelo pai biológico, nessas condições.”<sup>578</sup>

---

deles. Não sendo fácil apurar de que pai biológico procede o filho, a sociedade recorreu sempre à presunção *juris tantum*, o que evita a incerteza da paternidade. Sustenta-se que a presunção continua em vigor e permanece adequada à realização da função afetiva da família, como triunfo da vontade sobre a causalidade física [...]” (LÓBO, Paulo. **Direito civil** [versão digital]. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 5: Famílias, p. 228).

<sup>574</sup> Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos. (BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em 20 maio 2021)

<sup>575</sup> Embora Tartuce alerte que a máxima *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant* perdeu relevância prática, pois a maternidade nem sempre é certa, já que é possível ocorrer a troca ou subtração de recém-nascidos em maternidades, o que daria azo à possibilidade de uma investigação de maternidade (TARTUCE, 2017a, p. 249).

<sup>576</sup> DIAS, 2015, p. 392-393.

<sup>577</sup> Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. (BRASIL 1916 [CC/1916])

<sup>578</sup> VENOSA, 2017, p. 241.

Era um tempo em que a proteção ao casamento estava acima de qualquer preocupação com os filhos.<sup>579</sup> Inexistia igualdade de tratamento entre filhos – legítimos gozavam de mais direitos que os ilegítimos – e não se falava sobre um princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Diante desta preocupação acentuada acerca da filiação legítima e da indisponibilidade de recursos científicos para a apuração segura da paternidade é que o sistema de presunções se mostrou de grande utilidade, vindo a ser reproduzido pelo art. 1.597 do Código Civil em voga. Resta saber se o sistema de presunção de paternidade pode ou não ser invocado em face dos três – ou mais – componentes da relação poliafetiva quando for controvertida a concordância uníssona para a geração de prole.

É claro que havendo consentimento do terceiro elemento para a geração do filho, a despeito do vínculo biológico, a paternidade ou maternidade não poderia ser contestada.<sup>580</sup> Se não em virtude do vínculo socioafetivo – que pode nunca vir a existir – então por força da aplicação do disposto no art. 1.597, V, do Código Civil por analogia.<sup>581</sup>

É preciosa, em especial, a contribuição de Paulo Lôbo para a elucidação desse tema. Ainda que não se trate de inseminação artificial ou de doador anônimo, a *mens legislatoris* que dá sustentação ao dispositivo em questão propugna pela proteção da boa-fé<sup>582</sup> e da confiança.<sup>583</sup> Dessa forma, havendo prévia autorização<sup>584</sup> do marido de que a geração do filho se dê com o

<sup>579</sup>A esse respeito, Venosa esclarece que o “Código de 1916 adotara o sempre repetido princípio segundo o qual pai é quem assim demonstram as justas núpcias (pater is est quem nuptiae demonstrant). Presume o antigo legislador que o filho de mulher casada foi concebido pelo marido. A presunção, fundamentada no que usualmente ocorre, possuía um embasamento cultural e social, em prol da estabilidade da família, uma vez que impedia que se atribuísse prole adúlterina à mulher casada. A maternidade comprova-se pelo parto, erigindo o sistema em crime quem alegar parto suposto (arts. 241 e 242 do Código Penal). Daí a regra tradicional mantida pelo vigente Código no sentido de que “não basta a confissão materna para excluir a paternidade” (art. 1.602).” (VENOSA, 2017, p. 242).

<sup>580</sup>III Jornada de Direito Civil, Enunciado 258: “Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.” (AGUIAR JÚNIOR, 2012).

<sup>581</sup>Paulo Lôbo esclarece que a “norma legal brasileira apenas prevê a inseminação artificial heteróloga em relação ao marido. Porém, por similitude, se a mulher for fecundada com óvulo de outra, com sêmen do marido, ter-se-á a mesma atribuição de filiação: ela e seu marido serão os pais legais do filho que vier a nascer, pois militam nessa direção as presunções de maternidade e paternidade” (LÔBO, 2020, p. 226).

<sup>582</sup>O autor aponta que o “consentimento é irrevogável e jamais a paternidade pode ser impugnada pelo marido, não podendo este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé, pois *venire contra factum proprium* é repellido por nosso sistema jurídico” (LÔBO, 2020, p. 235).

<sup>583</sup>IV Jornada de Direito Civil, Enunciado 362: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.” (AGUIAR JÚNIOR, 2012).

<sup>584</sup>Mais uma vez lançando luz sobre a questão, Paulo Lôbo esclarece que a “lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja “prévia”, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal” (LÔBO, 2020, p. 235).

uso de material genético de terceiro, não lhe será lícito impugnar a paternidade. Havendo expressa autorização, a presunção de paternidade é absoluta.

Se o exercício do poliamor estável que caracteriza a união poliafetiva pode ser posto em paralelo à união estável, tendo como único traço distintivo o número de componentes da relação, então o tratamento há de ser idêntico naquilo que for possível. Destarte, sendo a presunção de paternidade aplicável à união estável,<sup>585</sup> deveria ser aplicada também à união poliafetiva comprovada. Aliás, a esse respeito Paulo Lôbo é categórico ao defender que “a presunção de concepção do filho aplica-se a qualquer entidade familiar”.<sup>586</sup>

No entanto, o autor também observa, quando do estudo das hipóteses de presunção de paternidade, que é certo que “essas espécies de presunções de concepção têm sido desafiadas pelo avanço da biotecnologia e pela disseminação das técnicas de reprodução assistida.”<sup>587</sup> Flavio Tartuce entende que a presunção de paternidade “cedeu espaço à busca da verdade biológica, por meio da realização do exame de DNA”.<sup>588</sup> No mesmo sentido, Silvio Venosa reitera que a tecnologia faz cair por terra o sistema de presunções de paternidade na maior parte dos casos, tratando-se de sistema “anacrônico, não só porque a sociedade evoluiu nesse fenômeno, como também porque a ciência permite atualmente apontar o pai (ou a mãe) com o mais elevado grau de certeza.”<sup>589</sup>

A considerar a mudança verificada no direito das famílias no sentido de deslocar da legitimidade para a afetividade o critério prevalecente para definição da paternidade, acaba redirecionada a função tradicional da presunção *pater is est*. Em vez de presumir-se a legitimidade do filho pela origem matrimonial, passa-se à presunção a partir do estado de filiação, a despeito da origem.<sup>590</sup>

De toda sorte, ainda que a perícia genética possa figurar como um meio de certificação da paternidade biológica, é de se esperar, pelo menos no atual estágio de avanço científico, que apenas dois dos componentes da união poliafetiva é que figurarão como pais biológicos. E quanto ao terceiro, estará sujeito à impositiva paternidade por força da presunção do art. 1.597 do Código?

A resposta não tem como ser uma só, pois as circunstâncias serão determinantes para o estabelecimento das premissas necessárias à elaboração de soluções. A primeira delas diz

---

<sup>585</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.194.059/SP, Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 6 de novembro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 nov. 2012. BRASIL, 2012.

<sup>586</sup>LÔBO, 2020, p. 237.

<sup>587</sup>LÔBO, 2020, p. 228.

<sup>588</sup>TARTUCE, 2017a, p. 249.

<sup>589</sup>VENOSA, 2017, p. 245.

<sup>590</sup>LÔBO, 2020, p. 229.

respeito à comprovação da união poliafetiva. De modo similar à união estável e diverso do casamento, a união poliafetiva pertence ao mundo dos fatos, podendo ou não estar instrumentalizada – atualmente, como visto no capítulo anterior, a prova por instrumento público restou impossibilitada após a decisão do CNJ no pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Havendo prova cabal da existência da união poliafetiva – e do marco temporal – seguir-se-á pela mesma linha de raciocínio aplicável à união estável, portanto, cabível a presunção de paternidade.

Se cabe a invocação da presunção de paternidade à prole advinda da união poliafetiva, como lidar com a hipótese em que há divergência acerca do consentimento? Uma análise técnica da aplicação da presunção de paternidade permitirá conclusão razoavelmente cristalina.

É cediço que a presunção de paternidade incide até mesmo quando o pai biológico é outro. Afinal, como dispõe o art. 1.600 do Código Civil, “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”, reforçado pelo art. 1.602 que prevê que “não basta a confissão materna para excluir a paternidade”. Vale dizer, pouco importa quem é o pai; importa quem figura como marido quando da incidência da regra da presunção de paternidade. E, como visto, o mesmo se aplica à união estável.

Portanto, àquele que figura como companheiro da mulher que gerou o filho será presumidamente atribuída a paternidade, seja numa união estável ou numa união poliafetiva. Estando suficientemente comprovada a união poliafetiva, todos os companheiros estarão sujeitos a idêntico tratamento, sendo-lhes atribuída igualmente a paternidade.

E se um dos companheiros não estava de acordo com a geração de prole? Bem, se tiver sido o doador do material genético, não há qualquer impugnação cabível, já que a paternidade biológica poderá ser confirmada por eventual perícia genética – embora lhe seja lícito o exercício do direito de ação, ainda que seja improcedente sua pretensão. Por outro lado, vindo a impugnação por parte do companheiro não doador do material genético, será imperiosa a produção de provas. E, neste caso, as provas se destinam a esclarecer dois fatos distintos: i) se efetivamente não houve concordância em relação à geração de prole;<sup>591</sup> ii) se não exsurgiu a

---

<sup>591</sup>I Jornada de Direito Civil, Enunciado 104: “no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.” (AGUIAR JÚNIOR, 2012).

paternidade socioafetiva posteriormente,<sup>592</sup> pois neste caso seria impraticável a impugnação à paternidade.<sup>593</sup>

Ainda que o companheiro não doador não tenha assentido com a geração de prole, se sua conduta posterior configurar a paternidade socioafetiva,<sup>594</sup> não há como impugnar a paternidade efetivamente exercida no âmbito de uma relação poliafetiva, sob pena de ferir o melhor interesse da criança que já criou vínculo afetivo filial para com aquele que até então vinha exercendo função paterna.

No entanto, se jamais se estabeleceu a paternidade socioafetiva, se ausente a posse do estado de filho,<sup>595</sup> isso por si só é importante elemento a ser levado em consideração, pois corrobora a impugnação à paternidade baseada na afirmação de que estava ausente a sua concordância em ter filhos. Neste caso, o ônus da prova da socioafetividade haveria de ser atribuído, idealmente, à parte adversa.

Isso porque o ônus da prova da ausência de vínculo biológico caberá ao impugnante. Feita a prova de ausência de vínculo consanguíneo, inexistente fundamento para a imposição da paternidade. A vinculação pela via da paternidade socioafetiva depende de prova, não podendo ser presumida. Por conta disso, comprovada a inexistência de paternidade biológica pelo impugnante, só se lhe imporá a manutenção do vínculo de parentesco se feita prova, pela parte adversa, de que caracterizada estava a paternidade socioafetiva, a posse do estado de filho.

Para que a conclusão não pareça desprovida de fundamento jurídico, poder-se-ia para o caso buscar solução pela via da analogia. Mais especificamente, a paternidade presumida será oponível ao marido da mãe, ainda que não seja o pai biológico. E poderá ser afastada desde que comprovada a ausência do vínculo biológico, exceto numa hipótese: a paternidade presumida com base no inciso V do art. 1.597, relativa aos filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Inexistindo prova da prévia autorização do marido, não é oponível a paternidade quando o pai biológico for comprovadamente outro – salvo pela já mencionada paternidade socioafetiva.

---

<sup>592</sup>Segundo Paulo Lôbo, há três requisitos a serem preenchidos: i) comportamento social típico de pais e filhos; ii) convivência familiar duradoura; iii) relação de afetividade familiar (LÔBO, 2020, p. 238).

<sup>593</sup>V Jornada de Direito Civil, Enunciado 520: “O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida” (AGUIAR JÚNIOR, 2012).

<sup>594</sup>É relevante destacar que a simples manifestação de afeto não é, por si só, suficiente para a caracterização do parentesco afetivo, sendo necessário que tal conduta rotineiramente aponte de forma evidente a existência de uma relação paterno-filial, o que pode ser percebido pela existência de compartilhamento de projetos de vida, ensino e aprendizado, preocupação recíproca, conquistas conjuntas etc. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 593).

<sup>595</sup>A posse do estado de filho é configurada pela relação afetiva, íntima, duradoura e ostensiva caracterizada pela relação paterno-filial, em que o pai socioafetivo aceita ser chamado de pai e refere-se à criança ou adolescente como filho (CASSETTARI, 2017, p. 34)

Por isso, quando o impugnante da paternidade comprova a inexistência de vínculo biológico, caso haja a invocação da prévia autorização (do impugnante, enquanto marido ou companheiro) pela parte adversa, está-se diante de um fato extintivo do direito do autor, o que remete às regras de distribuição do ônus da prova previstas na legislação processual civil.

O Código de Processo Civil, quando trata da distribuição estática do ônus da prova<sup>596</sup> em seu artigo 373, estabelece que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito (inciso I) e ao réu incumbe a prova do fato que seja impeditivo, modificativo ou extintivo (inciso II). Assim, o pai impugnante (autor) deverá provar que a paternidade que lhe foi imputada pela presunção do art. 1.597, I ou II, do Código Civil resta prejudicada pela comprovação, via exame de DNA, de que inexistente o vínculo biológico. Destarte, caso o filho impugnado (réu) suscite a paternidade socioafetiva, um fato por ele invocado, o ônus da prova há de ser seu.

Essa imputação do ônus da prova ao filho impugnado não parece ofender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois já possuirá pelo menos duas pessoas exercendo a função parental – como ordinariamente possuem as demais pessoas – e, por isso, não estará desamparada material ou moralmente.

Por outro lado, há que se considerar uma outra hipótese: a de que o pai presumido, ao impugnar a paternidade, deva fazer prova de que inexistente paternidade de qualquer natureza – natural ou socioafetiva. Se adotada esta linha de raciocínio, então o ônus da prova caberá integralmente ao pai impugnante, autor da ação. Embora seja tentador invocar o melhor interesse da criança como fundamento para sustentar essa hipótese, é preciso cautela, sob pena de criar o caos nas demandas judiciais a esse respeito.

Do contrário, mesmo que comprovada a ausência da paternidade biológica, o homem que não conseguir fazer suficiente prova de que inexistente paternidade socioafetiva, acabará impelido pelo Judiciário a assumir a paternidade de uma criança ou adolescente sobre o qual não se estabeleceu a posse do estado de filho. E aqui uma indagação de ordem prática há de ser feita: como conseguir provar um fato que não aconteceu? Como provar a (in)ocorrência de fato que depende normalmente de prova testemunhal, quando não há testemunhas da (in)existência

---

<sup>596</sup>Elpídio Donizetti esclarece que o Código de Processo Civil “estabelece, aprioristicamente, a quem compete a produção de determinada prova. Regra geral, ao autor cabe provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor”. Entretanto, o autor alerta que o §1º permite relativização desse regramento, atribuindo o ônus da prova a quem tiver melhor condição de produzi-la, possibilidade essa que se denomina “distribuição dinâmica do ônus da prova, que se contrapõe à concepção estática [...]” (DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil** [versão digital]. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 493). A distribuição estática é, portanto, a forma pré-definida de distribuição do ônus da prova pelo CPC, sem prejuízo da utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova, quando caracterizada a hipótese prevista no referido diploma legal.

de um vínculo? Ora, justamente a inexistência de um vínculo e de convívio é que vai inviabilizar a existência de testemunhas.

Destarte, pela boa técnica processual, o fato invocado pela parte ré a ela incumbiria provar, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil. No entanto, entendendo o juízo por fazer uso da distribuição dinâmica do ônus da prova, poder-se-ia cogitar, por hipótese, transferir ao autor o ônus da prova da ausência da paternidade socioafetiva, com fundamento no §1º do art. 373. No entanto, tal decisão esbarraria no comando do §2º, que prevê que a “decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Por isso, a distribuição do ônus da prova voltaria a seguir a regra geral (distribuição estática): o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito (a inexistência de vínculo biológico) e o réu deve provar o fato por ele suscitado, impeditivo do direito do autor – no caso, deve-se relembrar que a pretensão do autor é negar a paternidade.

Diante da controvérsia sobre a presença ou não da posse do estado de filho, há que se levar em consideração a presença dos três elementos que tradicionalmente a doutrina reconhece como sendo imperiosos para a sua caracterização: “*tractatus* (tratamento recíproco entre os parentes afetivos como pais e filho), *nominatio* (o filho afetivo usa o nome dos pais e assim se apresenta) e a *reputatio* (ou fama, conceito que desfrutam no meio onde vivem e se relacionam como pais e filhos).”<sup>597</sup> No entanto, há que se salientar que o trato (*tractatus*) é o mais importante dos três elementos e o nome o menos importante – até mesmo porque é incomum referir-se a pessoas da família pelo nome completo.<sup>598</sup>

E a ação negatória de paternidade ou de reconhecimento de paternidade que vier a ser julgada improcedente por ausência de provas? O Código de Processo Civil tem como regra geral que o julgamento de mérito, quando transitado em julgado, formará a coisa julgada (material), impedindo a rediscussão em juízo – exceto pela hipótese da ação rescisória, que tem prazo decadencial de dois anos.

No entanto, Póvoas defende que quando o resultado do julgamento for decorrente da falta de perícia genética, será necessário levar em consideração que tais ações são imprescritíveis e, por isso, “mister se faz relativizar a coisa julgada material e permitir que novamente se produza a prova, neste caso técnica, para solver de uma vez por todas a questão.”<sup>599</sup>

---

<sup>597</sup>CARVALHO, 2017, p. 557-558.

<sup>598</sup>FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 548-549.

<sup>599</sup>PÓVOAS, Maurício Cavallazi. **Multiparentalidade**: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017, p. 52-53.

E se a família poliafetiva for composta por duas mulheres?<sup>600</sup> A regra há de ser a mesma, até mesmo porque neste caso o princípio da igualdade (art. 5º, I, da Constituição Federal) funcionaria como meio de concretização do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente – que derradeiramente é o destinatário da proteção advinda da presunção de paternidade do art. 1.597. Se tal regra resultar em quadro de multiparentalidade, maior o benefício para o filho.

### 3.1.3.1.2 Parentesco civil

Convém esclarecer que a multiparentalidade no seio da união poliafetiva poderia advir, ao menos no campo teórico, de duas distintas situações: o parentesco natural e o parentesco civil (art. 1.593 do Código Civil). Quando for advinda da primeira hipótese, o liame da consanguinidade estará presente, mas pelo menos um dos componentes da relação restará ligado à criança por um parentesco civil, por estrita impossibilidade biológica – sem prejuízo da excepcional utilização da doação temporária de útero, nos termos do item VII da Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.<sup>601</sup>

Não obstante, há que se considerar ainda a possibilidade de que a multiparentalidade sobrevenha da adoção, forma de constituição de parentesco civil. E os fundamentos para tanto são de duas ordens: legal e lógica. No que tange à perspectiva lógica, o que há de se considerar é uma redução de formalidades para alcançar um intento que poderia de outra forma ser alcançado pelos pretendentes à adoção. Não há inteligência em negar a adoção conjunta por três pessoas que vivem em união conjugal, mas permitir que duas delas adotem e a terceira venha a requerer posterior reconhecimento do vínculo socioafetivo.<sup>602</sup>

No entanto, embora seja uma solução logicamente eficiente – pois alcança o máximo resultado com o mínimo esforço –, há de estar em consonância com o arcabouço legal. Do contrário, cai por terra qualquer argumento de utilidade.

---

<sup>600</sup>Como registrado por Maurício Cavallazi Póvoas, embora a ação negatória de maternidade não seja comum, não é vedado o exercício desse direito pela mãe registral, a exemplo da hipótese “de alguma mulher ser coagida a registrar, como seu, filho de outra. Nesta situação, provado o vício de consentimento, pode-se admitir a discussão da maternidade em ação que busca negá-la” (PÓVOAS, 2017, p. 48).

<sup>601</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Revogada pela Resolução CFM nº 2.168/2017. Brasília, 16 de julho de 2015. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121\\_2015.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf). Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>602</sup>Acerca da socioafetividade, bem salienta Rolf Madaleno que, embora o Código Civil não traga previsão de reconhecimento da filiação socioafetiva, é inquestionável que a jurisprudência se encarregou, por meio de julgados reiterados, de prestigiar a prevalência da posse do estado de filho, “representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial” (MADALENO, 2017, p. 755).

A leitura do §2º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.” Cabe para a exegese da norma, levar em consideração o contexto histórico: quando da edição do referido dispositivo (ano de 2009), sequer se cogitava outra forma de união conjugal que não o casamento ou a união estável. Portanto, se for conferido à união poliafetiva tratamento similar à união estável, como proposto no primeiro capítulo, então necessariamente há de se estender àquela a possibilidade de adoção conjunta. Até mesmo porque o dispositivo em questão parece reforçar que o elemento relevante a ser comprovado é, acima de tudo, a estabilidade da família.

Resta saber se a extensão da possibilidade de adoção conjunta às famílias poliafetivas convém, pois a primeira preocupação que exsurge daí é a fragilização da segurança jurídica, pois haverá uma fissura sendo aberta num ordenamento jurídico desde sempre estruturado sob a ótica do casamento – o que, por similaridade, estendeu-se à união estável. Dessa feita, é inquestionável que abrir essa porta pode trazer o caos para o ordenamento jurídico, como a Caixa de Pandora, que, segundo a mitologia grega, aprisionava em seu interior todos os males do planeta – inveja, pobreza, vícios etc. –, mas também a esperança. Diante dos riscos daí provenientes, é razoável que se apure o que há em contrapartida: há interesses a serem atendidos que autorizem a extensão da adoção conjunta à família poliafetiva?

O interesse dos pretendentes à adoção, componentes da união poliafetiva, é evidente e dispensa maior argumentação. O simples ato de moverem conjuntamente o pedido de adoção é, por si só, a evidência maior do proveito que pode ser alcançado. Portanto, a possibilidade de adoção conjunta atende ao interesse da família poliafetiva que move o pedido.

Por sua vez, uma adoção conjunta tem elevado potencial de favorecer a concretização do princípio do melhor interesse da criança, tanto pelas razões já expostas, quanto por aquelas atinentes à multiparentalidade, mais bem exploradas no tópico seguinte. Sobre a aplicação desse princípio em matéria de adoção é oportuno lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já o invocou como fundamento para a flexibilização das regras da adoção por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.628.245/SP.<sup>603</sup>

---

<sup>603</sup>RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. PRETENDENTE NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE ADOTANTES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ESTABELECIDO DE VÍNCULO AFETIVO DA CRIANÇA COM A PRETENZA ADOTANTE NÃO CADASTRADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245 – SP** (2011/0285556-3). Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 14 de outubro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/466533058/recurso-especial-esp-1628245-sp-2011-0285556-3>. Acesso em: 20 maio 2021)

Quando uma criança é adotada por uma família poliafetiva, “o que deve ser levado em consideração é o interesse existencial da criança ou do adolescente, que é devidamente satisfeito em um espaço fundado no afeto, na honestidade, na confiança e na promoção da personalidade de seus integrantes, tal qual o poliamor.”<sup>604</sup>

Por fim, também há para o Estado um interesse a ser alcançado: a otimização de recursos públicos para a satisfação das necessidades sociais, o que poder-se-ia sintetizar na ideia de eficiência. Nesse tocante, os estudos florescidos no âmbito da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) têm potencial de lançar luz sobre o argumento.

Segundo Richard Posner,<sup>605</sup> os economistas pressupõem que os juízes em geral, tal como outras pessoas, buscam maximizar a sua utilidade. Também visando a isso, as regras do processo judicial foram criadas tanto buscando prevenir a possibilidade de o juiz receber algum benefício financeiro por decidir casos de uma certa forma, quanto para minimizar a influência política de interesses de determinados grupos sobre as decisões tomadas. Por óbvio, a efetividade das regras que conformam o judiciário e orientam o processo nesse intento ainda pode ser questionada, pois o juiz por vezes trará consigo uma carga de concepções sobre os temas que venham a ser objeto de sua apreciação.

De toda sorte, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, o objetivo do processo judicial é sobremaneira a minimização dos custos sociais [**min CS**]. Nessa esteira, Cooter e Ulen<sup>606</sup> trabalham a ideia de que o custo social é resultado da soma de dois custos específicos: o custo administrativo [**C<sub>a</sub>**] e o custo de erros [**c(e)**].

Embora o raciocínio venha representado pelos autores por uma fórmula típica das ciências econômicas [**min CS = C<sub>a</sub> + c(e)**], a sua compreensão é simples: enquanto o custo administrativo representa aquele decorrente da movimentação da máquina estatal e despesas correlatas, o custo dos erros simboliza o impacto gerado pela prestação jurisdicional errônea. A soma destes elementos leva à conclusão do custo total da atividade, que deverá ser o menor possível na busca pela eficiência.

Se o erro puder ser explicado como uma decisão inadequada para a solução do caso posto, então tanto o erro de fato quanto o erro de direito levariam ao erro judicial. Por isso, é de suma importância que a exegese da norma seja feita de modo que melhor atenda à tutela jurisdicional, conforme o caso. A má aplicação do direito também é geradora de ineficiência, contribuindo para o aumento do volume de processos judiciais em tramitação.

---

<sup>604</sup>SANTIAGO, R. 2015, p. 224.

<sup>605</sup>POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003, p. 542.

<sup>606</sup>COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law e economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2011, p. 384-386.

Fato que não parece demandar profunda pesquisa empírica é o aumento do custo social gerado pelo crescimento da judicialização de questões, haja vista que isso implica sobrecarga de volume de trabalho ao judiciário. Segundo relatório elaborado em 2020 pelo CNJ,<sup>607</sup> a média geral da taxa de congestionamento da Justiça Estadual<sup>608</sup> no Brasil é de 71%, o que revela um quadro periclitante. Só em 2020 foram mais de 20 milhões novos processos, significando um aumento de 5,8% do número de processos por juiz.

Portanto, a busca pela eficiência não é apenas desejável, mas necessária, sob pena de inviabilizar a prestação da tutela jurisdicional futuramente. O quadro em que hoje está submersa a Justiça tristemente acaba por remeter à celebre frase de Rui Barbosa: “justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.<sup>609</sup>

E como há de se definir a eficiência da justiça? Cabe aqui invocar o ótimo de Pareto (idealizado por Vilfredo Pareto), emblemático para a Economia e norteador para a Análise Econômica do Direito para fins de definir eficiência, ainda que este parâmetro dificilmente seja factível em alguns casos – como, por exemplo, quando se está diante da necessidade de mudança no direito. Segundo esse critério, determinada medida é considerada eficiente sempre que pelo menos um sujeito da relação obtenha melhora em sua situação sem que nenhuma piora ocorra para os demais sujeitos.<sup>610</sup>

Transpondo tal proposição para o caso em tela, poder-se-ia considerar eficiente a aplicação da norma que atenda aos interesses dos sujeitos envolvidos em ambos os lados – adotantes e adotado – e reduza os custos sociais, que se consubstanciam na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. No entanto, o risco de geração de insegurança jurídica existe e pode culminar em novas demandas judiciais, o que contribuiria, potencialmente, com o aumento de processos judiciais.

Por isso, o ótimo de Pareto pode se mostrar difícil de concretizar na prática, haja vista que dificilmente a alteração da esfera de direitos de um agente não terá reflexos sobre a de outro agente que componha a relação jurídica em questão – no caso, o Estado. Suprindo essa deficiência surge o critério Kaldor-Hicks<sup>611</sup> (criado por Nicolas Kaldor e John Hicks), segundo o qual determinada medida será eficiente se os benefícios gerados a quaisquer dos agentes

---

<sup>607</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2021, p. 48.

<sup>608</sup>Optou-se por trazer apenas os números da Justiça Estadual por ser a competente para apreciação das demandas relativas à filiação.

<sup>609</sup>BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1921, p. 74.

<sup>610</sup>TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. **Revista dos Tribunais**, v. 15, n. 75, p. 177-198, 2007.

<sup>611</sup>COOTER; ULLEN, 2011, p. 42.

forem superiores aos prejuízos suportados pelos demais. Vale dizer, por este critério as mudanças podem ser operadas mesmo que haja perdedores, desde que os ganhadores obtenham benefício suficiente para compensar a perda daqueles – o que não implica concluir que deverão compensá-la.<sup>612</sup>

Portanto, a adoção de interpretação da norma expandindo às uniões poliafetivas o direito à adoção conjunta teria alto potencial de alcançar a eficiência, pois além de atender aos interesses dos sujeitos do processo, também reduziria o número de processos judiciais, já que um único processo judicial poderia conferir a paternidade ou maternidade a três (ou mais) pessoas, que não precisariam fazer uso de um pedido de adoção e, em processo judicial autônomo, um pedido de reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva. Eventuais demandas judiciais que pudessem advir como efeito colateral provavelmente seriam em número inferior ao número de processos judiciais evitados para alcançar o intento da família poliafetiva.

Destarte, a solução que melhor atende aos interesses dos pais/mães (pretendentes à adoção), da criança/adolescente e do Estado é a extensão da possibilidade de adoção conjunta às famílias poliafetivas.

### 3.1.3.2 Autoridade (multi)parental

Um dos efeitos advindos “do reconhecimento da filiação socioafetiva é *conferir aos pais o poder familiar* ou autoridade parental em face do filho socioafetivo menor, incluindo todos os deveres quanto à pessoa e quanto aos seus bens.”<sup>613</sup> Portanto, se coexistirem as paternidades biológica e socioafetiva no arranjo da multiparentalidade, todos os pais e mães terão o poder familiar sobre o filho.

Antes de adentrar na abordagem dos aspectos jurídicos atinentes ao poder familiar, cumpre suscitar algumas questões terminológicas tocantes à expressão “poder familiar” que é alvo de crítica pela doutrina, como aponta Semy Glanz.<sup>614</sup>

Em que pese seja a expressão “poder familiar” mais adequada do que a sua antecessora, o simples deslocamento do poder da figura do pai (pátrio) para a figura de ambos os genitores (familiar) não expressa com precisão a relação em questão, uma vez que, diante das profundas

---

<sup>612</sup>MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23-24.

<sup>613</sup>CARVALHO, 2017, p. 588.

<sup>614</sup>GLANZ, Semy. **A família mutante**: sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 341-342.

alterações trazidas pela Constituição de 1988 em matéria de proteção do menor, o interesse dos pais estaria condicionado ao interesse do filho enquanto pessoa em formação. O autor recorda que nos ordenamentos estrangeiros tem se preferido utilizar da expressão “autoridade parental”, a exemplo da França e Estados Unidos, por melhor expressar a ideia de função ou múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro. A utilização de “parental” no lugar de “familiar” destacaria melhor a relação de parentesco existente entre pais e filhos, da qual advém a legitimidade que fundamenta a autoridade.<sup>615</sup>

Portanto, é melhor a utilização da expressão “autoridade parental”<sup>616</sup> para definir a relação existente entre pais e filhos, uma vez que se trata de um complexo fluxo de direitos, deveres e responsabilidades, o que também afasta, segundo alguns autores, a possibilidade de síntese na ideia de um simples “direito-dever”.<sup>617</sup> Luiz Edson Fachin esclarece, ainda, que os filhos não sejam o objeto da autoridade parental, e sim sujeitos nessa relação, destinatários do exercício deste direito subjetivo, em que se busca uma dupla realização de interesses: de um lado o do filho e de outro o dos pais.<sup>618</sup>

No entanto, em respeito aos clássicos da doutrina jurídica nacional e à nomenclatura adotada pelo Código Civil, o instituto em questão ora será invocado sob a denominação de autoridade parental, ora como poder familiar, tratando-se de sinônimos, a despeito da adequação técnica mais recomendada.

Historicamente o poder familiar – então pátrio poder<sup>619</sup>, desde a Roma Antiga – surge como relação de mando e controle praticamente absoluto do pai em relação aos filhos (e demais familiares sob sua autoridade).<sup>620</sup> Ainda que a sujeição sem limites dos filhos ao pai tenha

<sup>615</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 177-178.

<sup>616</sup>Expressão já adotada comumente pela doutrina e em alguns diplomas legais mais recentes, a exemplo da lei da alienação parental (BRASIL. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm). Acesso em: 15 abr. 2021).

<sup>617</sup>FACHIN, 1999, p. 222.

<sup>618</sup>FACHIN, 1999, p. 223.

<sup>619</sup>Anteriormente à adoção da expressão “poder familiar”, a doutrina já vinha por longo período alvejando com críticas a utilização do nome “pátrio poder”. Não sem razão, uma vez que *pátrio* trazia consigo a ideia de que o poder estaria limitado à figura do pai (o *pater*); já a expressão *poder* era pobre, senão equívoca, para definir o feixe de direitos e deveres de ambos os pais sobre os filhos (FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O poder familiar e o novo código civil. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte (org.). **Infância em família: um compromisso de todos**. Porto Alegre: IBDFAM, 2004, p. 230).

<sup>620</sup>Nessa relação, beirando o despotismo, era permitido ao *pater familias* decidir, de acordo com a sua conveniência e vontade, questões sobre vida e morte, doação e venda dos *fili familias*, situação essa que perdurava por tempo indeterminado, uma vez que não existiu no direito romano a figura da maioridade, conferindo à *pátria potestas* a vitaliciedade (LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 625).

desaparecido em Atenas, em Roma essa cultura foi conservada por longo período,<sup>621</sup> tendo início a mudança apenas sob o governo de Justiniano.<sup>622</sup> Posteriormente, o contato com o direito germânico resultou em importantes transformações para o instituto.<sup>623</sup>

Já em um contexto mais próximo, quando do nascimento da atividade jurídica pátria, houve no direito luso-brasileiro a noção do pátrio poder em que ao pai cabia dar educação (garantindo-se para tanto o castigo moderado) e profissão aos filhos, inclusive aproveitando do trabalho do filho sem lhe pagar salário, salvo quando prometido. Também era lícito ao pai, quando se considerasse o filho “incurável”,<sup>624</sup> entregá-lo às autoridades para que fosse recolhido à cadeia – cabendo àquele o seu sustento enquanto permanecesse preso.

Daí em diante a evolução jurídica vem apresentando um panorama otimista na proteção dos direitos dos filhos, adotando a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente na transformação do instituto do poder familiar. Como bem anota Sérgio Gischkow Pereira, “a exagerada autoridade paterna também cedeu diante do valor maior de proteção dos interesses dos filhos menores”.<sup>625</sup> Fabio Bauab Boschi complementa dizendo que “a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente transformaram profundamente o instituto do poder familiar, fazendo com que desaparecessem de vez os poderes, substituindo-os por funções que são impostas no interesse superior do filho.”<sup>626</sup>

Indo um pouco além do que já defendia Eduardo Espínola acerca do conteúdo do pátrio poder (hoje poder familiar ou autoridade parental), no sentido de que se estaria a tratar de um poder e de um dever,<sup>627</sup> a doutrina hodierna busca compreender essa relação pelo prisma do superior interesse do menor, como anota Gustavo Tepedino.<sup>628</sup>

<sup>621</sup>Entre os romanos esta cultura era alimentada pela tradição do culto doméstico, no qual o pai era o chefe supremo da religião doméstica, cabendo-lhe – além dos já mencionados – os direitos a reconhecer ou rejeitar o filho, repudiar a mulher (em caso de esterilidade ou adultério), casar filho e filha, emancipar e adotar, e, ainda, o direito de designar um tutor para sua mulher e filhos em caso de falecimento (FUSTEL DE COULANGES, 1998, p. 88-91).

<sup>622</sup>Noronha lembra que “os primeiros sinais de transformação já se constatarem no direito imperial romano, com as reformas de Justiniano, que passaram a considerar a *cognatio*, ou os vínculos consanguíneos, como polo irradiador da formação da família”, o que se mostrou um avanço considerável, ao relegar a *agnatio* (vínculo civil de parentesco) a um segundo plano (NORONHA, Carlos Silveira da. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. In: **Direito e justiça**, v. 20, p. 51-76, 1999).

<sup>623</sup>Uma relevante influência para o desenvolvimento do poder familiar foi a figura do *munt* que, no direito germânico, apresenta-se como um abrandamento do instituto da *patria potestas*, pois diversamente desta, aquele era um encargo de autoridade paterna com propósito de proteção ao filho, não havendo possibilidade, por exemplo, de dispor de sua vida (SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac. **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5).

<sup>624</sup>SALLES, 2002, p. 7.

<sup>625</sup>PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 40.

<sup>626</sup>BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192.

<sup>627</sup>ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954, p. 452.

<sup>628</sup>Segundo o autor, “no caso da autoridade parental, a utilização dogmática de uma estrutura caracterizada pelo binômio direito-dever, típica de situações patrimoniais, apresenta-se incompatível com a função promocional

Aliás, importa salientar que ainda no século passado o saudoso Pontes de Miranda, antecipando-se ao seu tempo, já esposava a ideia de que “o pátrio poder moderno é conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, afim de que, graças a êles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida” [sic],<sup>629</sup> lição esta que, por seu feliz acerto, parece ter ecoado entre os juristas que lhe sucederam.

Nessa esteira, os constituintes da Carta Magna de 1988 não se fizeram omissos, incluindo-lhe, no art. 229, a expressa previsão de que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Atendendo às exigências da nova Constituição Federal, sobreveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) com semelhante previsão em seu art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Registre-se, pois oportuno, que tanto a redação do art. 229 da Constituição Federal quanto a do art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente permitem aplicação, sem maiores dificuldades, à multiparentalidade e, por conseguinte, à união poliafetiva – já que se trata de um modelo conjugal que sobremaneira favorece tal ocorrência.

Destarte, a considerar que a autoridade parental é exercida no interesse do filho, pode-se concluir que quanto maior o número de detentores da autoridade parental, maior tende a ser o benefício para aquele. Por isso, o exercício do poder familiar no seio de uma família poliafetiva, em que presente a multiparentalidade, vem ao encontro da concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

No tocante ao exercício da autoridade parental, o art. 1.634 do atual Código Civil, em uma repetição quase integral do art. 384 do Código Civil de 1916, elencou expressamente as atribuições concernentes ao poder familiar. É o que Orlando Gomes classificou, ainda na vigência do Código Civil anterior, mas também aplicável à legislação atual, como atributos de

---

do poder conferido aos pais. A interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais. A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais – muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos – só merece tutela se exercida como um múnus privado, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência” (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 313-314).

<sup>629</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 109-110.

ordem *pessoal*<sup>630</sup> – que se somam aos atributos de ordem *patrimonial*, previstos no art. 1.689 e seguintes do Código Civil de 2002.

No que diz respeito às atribuições de ordem pessoal, a de “dirigir-lhes a criação e educação” (art. 1.634, I, CC) é possivelmente a de mais difícil definição, uma vez que o caráter subjetivo e amplo do dispositivo legal é passível de amoldar-se às mais diversas situações do caso concreto. No entendimento de Antonio Cezar Lima da Fonseca, “*Criar* é palavra ampla, que pode e deve ser compreendida extensivamente em relação aos filhos, porque engloba sua educação, a companhia, a guarda, a alimentação, o direito de autoridade, enfim, quem cria se responsabiliza, no mais amplo sentido, pela vida e sobrevivência da criatura.”<sup>631</sup>

Se a noção de “criar” pode ser intuitivamente compreendida como o emprego do esforço necessário para o sadio desenvolvimento do filho sob autoridade parental, então pode-se concluir que a existência de um número maior de adultos encarregados da tarefa tem o potencial de aumentar o benefício daquele – e, como benefício adicional, reduzir o desgaste para os pais/mães. Como muito bem expressou Silvio de Salvo Venosa, “compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade”,<sup>632</sup> o que seguramente revela a finalidade do dever de criação e a importância de a criança possuir o melhor suporte familiar que puder, no que a multiparentalidade pode levar vantagem numérica sobre a parentalidade corriqueira.

Atento às necessidades cotidianas do ser humano, Carlos Silveira Noronha compreende que também devem ser incluídos no dever de educação e criação a instrução formal e o auxílio do menor na busca de um modelo espiritual ou religioso que contribua com a sua formação de caráter e personalidade.<sup>633</sup> A preocupação do autor é pertinente, embora o exercício prático dessa orientação possa se revelar desafiador na hipótese em que os genitores possuem credos distintos – e, neste particular, a família poliafetiva tem potencial de tornar ainda mais difícil a definição de orientação religiosa, já que os múltiplos ascendentes podem possuir religiões distintas entre si.

Tal é a importância do dever de criação e educação que a omissão dos pais pode caracterizar os crimes de abandono material e abandono intelectual, respectivamente, previstos nos artigos 244 e 246 do Código Penal, sem prejuízo de incorrerem na infração administrativa prevista no art. 249 do ECA.

---

<sup>630</sup>GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 394.

<sup>631</sup>FONSECA, 2004, p. 238.

<sup>632</sup>VENOSA, 2017, p. 325.

<sup>633</sup>NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do poder familiar em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 26, p. 89-120, 2006.

No tocante aos atributos de ordem patrimonial, previstos no art. 1.689 a 1.693 do Código Civil, preocupou-se o legislador em salvaguardar os interesses do incapaz, uma vez que possibilitou que os bens sejam administrados pelos genitores, vedando a estes a possibilidade de dispor do patrimônio (art. 1.691) ou adotar providências contrárias aos interesses do menor proprietário (art. 1.692) – ainda que, por ausência de exigência legal expressa, estejam dispensados de prestação de contas, segundo entendimento de Maria Berenice Dias.<sup>634</sup>

Na execução do encargo de boa administração e zelo pelo patrimônio dos filhos uma vez mais a família poliafetiva, quando presente a multiparentalidade, leva vantagem: quanto maior o número de detentores do encargo, menos provável o seu exercício desvirtuado e mais provável a adoção de medidas contra práticas que desfavoreçam o filho, a considerar que o número de pessoas aptas a fiscalizar também aumenta.

Ademais, cuidou o legislador ainda de afastar a prescrição entre ascendente e descendente na constância do poder familiar, conforme inciso II do art. 197 do Código Civil, de modo a evitar risco de prejuízo ao menor em decorrência de sua inércia – até mesmo porque, a depender da idade, maturidade ou nível de dependência dos genitores, não há como se esperar nem exigir a adoção de medidas. Nesse aspecto, a existência ou não de multiparentalidade é completamente irrelevante, visto que o número de genitores não interferirá diretamente na aplicação da suspensão da prescrição.

Os atributos de ordem pessoal e patrimonial não devem ser confundidos com o que a doutrina chama de caracteres (ou características) do poder familiar, dentre os quais pelo menos quatro são elencados por Luiz Edson Fachin (é um *múnus*, irrenunciável, inalienável e imprescritível),<sup>635</sup> aos quais Carlos Silveira Noronha adiciona outros dois: é indelegável e personalíssimo,<sup>636</sup> o que implica a impossibilidade de cessão do exercício pelos pais, a qualquer título, a terceiros – excetuando-se a hipótese da adoção.<sup>637</sup>

Se no passado distante o “pátrio poder” esteve centrado exclusivamente no interesse do pai,<sup>638</sup> é fato que o viés de exercício desse *múnus* restou severamente alterado no ordenamento

<sup>634</sup>DIAS, 2015, p. 468-469.

<sup>635</sup>Segundo o autor, “1ª) É um *múnus*, significado que transcende o interesse pessoal, e o exercício da autoridade parental não consiste necessariamente no atendimento do interesse privado. O direito respectivo também está submetido a certos limites, por exemplo, o respeito à liberdade religiosa ou crenças; 2ª) É irrenunciável, mas pode ser destituído do exercício do direito; 3ª) É inalienável, não suscetível de ser transferido; 4ª) É imprescritível” (FACHIN, 1999, p. 225).

<sup>636</sup>NORONHA, 2006.

<sup>637</sup>FONSECA, 2004, p. 232-233.

<sup>638</sup>Segundo Pontes de Miranda, “deve-se, porém, ter em vista a diversidade de fundamentos entre o *pátria potestas* dos Romanos, que tinha por efeito, quase exclusivamente, o interesse do chefe da família, e o pátrio poder qual o instituem as legislações modernas. Os Romanos davam ao *pater familias*, por exemplo, o direito de matar o filho. Sob a República, tal poder ainda se exerceu, embora com moderação e mediante acordo com os parentes próximos e pessoas nobres, como Senadores. Só no começo do século II os poderes do chefe de

jurídico atual. Não apenas o pai – *pater* – deixou de ser a única autoridade no exercício do poder familiar (art. 21 do ECA), mas o próprio conjunto de direitos e deveres passou a levar em consideração primordialmente os interesses do filho.

Por se tratar a autoridade parental de um múnus a ser exercido pelos genitores, recai sobre estes uma carga de responsabilidades (art. 22 do ECA) que, se não atendidas adequadamente (art. 98 do ECA), acarretam-lhes uma série de possíveis sanções (art. 129 do ECA), sendo as mais graves a suspensão e a destituição do poder familiar – pelo menos na esfera cível.

Impende registrar que a suspensão e a destituição não podem ser confundidas com a extinção do poder familiar, uma vez que, diversamente daquelas, esta última não é sanção ao genitor mas tão somente implemento de determinadas condições que dispensam ou impossibilitam o exercício do poder familiar.<sup>639</sup>

A suspensão, prevista no art. 1.637 do Código Civil, é medida a ser adotada quando houver da parte dos pais a adoção de conduta inadequada que venha em prejuízo do filho e não haja outra medida apta a produzir o efeito desejado no interesse do menor e de seus haveres, podendo ser revista quando superados os fatores que a provocaram.<sup>640</sup> No dizer de Antonio Cezar Lima da Fonseca, “a suspensão é uma sanção, ou uma inibição do poder familiar imposta aos genitores”.<sup>641</sup>

É também aplicável a suspensão, segundo a letra fria da lei, quando o genitor em questão é condenado por sentença irrecorrível em crime cuja pena seja superior a dois anos de prisão. No entendimento de Maria Berenice Dias, o dispositivo é desarrazoado, haja vista que “a lei penal prevê o cumprimento da pena igual ou inferior a 4 anos em regime aberto (CP 33 § 2º c), sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direitos (CP 44).”<sup>642</sup>

Por criar um afastamento entre criança e pais, a medida em questão é bastante agressiva e, de modo a evitar que pudesse ser utilizada de forma banal e leviana, preocupou-se o legislador em assegurar que a simples carência de recursos materiais não ensejará a suspensão ou destituição (art. 23 do ECA). E, mesmo quando configurada a necessidade da medida, dependerá de decisão judicial com observância aos princípios constitucionais do devido

---

família se limitaram a simples direito de correção, graças à influência da filosofia estoica, de que Marciano cita bela máxima: *Nam pátria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere* (L. 5, D., *ad lege Pompeia de parriiis*, 48, 9). Sobre o assunto, H. Hürlimann (*Die persönliche Seite der pátria potestas nach dem römischen Rechte*, 3 s.).” (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 109-110).

<sup>639</sup>FONSECA, 2004, p. 240-241.

<sup>640</sup>LÓBO, 2003, p. 188.

<sup>641</sup>FONSECA, 2004, p. 240-241.

<sup>642</sup>DIAS, 2015, p. 471.

processo legal e do contraditório – o que vale também com ainda mais razão para os casos de destituição (art. 24 do ECA).

A destituição, por sua vez, é medida extrema, opção a ser considerada como último recurso, quando a suspensão da autoridade parental se revelar medida insuficiente e paliativa. A conclusão que se extrai da análise do art. 1.638 do Código Civil é que as hipóteses abordam ocorrências de extrema gravidade – que configuram, na maior parte dos casos, a incidência de tipo penal próprio –, à exceção do inciso IV, que diz respeito à reiteração das causas de suspensão do poder familiar.

Antes mesmo da inserção do parágrafo único do art. 1.638, que prevê novas hipóteses de destituição da autoridade parental por crimes praticados contra os filhos, Maria Berenice Dias<sup>643</sup> defendia haver ainda uma quinta situação que ensejaria a destituição do poder familiar, que se configura na prática de crime doloso – punido com reclusão – contra o filho, pois a perda do poder familiar tratar-se-ia de efeito anexo da condenação, nos termos do art. 92 do Código Penal.<sup>644</sup>

Visto o mínimo necessário acerca da destituição e suspensão da autoridade parental, percebe-se que mesmo tão duras penas tendem a ter o impacto amortecido quando existente a multiparentalidade, ao menos sob a ótica do infante, já que pela perspectiva do genitor destituído a sanção permanece sendo igualmente dura. A partir do momento em que o filho possui três (ou mais) genitores, a perda do vínculo com um deles tende a ser amenizada pela permanência do suporte dos outros.

Uma vez abordados sinteticamente os principais aspectos relevantes sobre a autoridade parental, revela-se possível o aprofundamento do estudo acerca dos reflexos do rompimento do vínculo conjugal – aí incluídos divórcio, separação e dissolução de união estável – sobre o instituto. Não raras vezes, a depender das situações específicas do caso concreto, a dissolução da relação entre os genitores culmina na definição de guarda unilateral dos filhos. É fato que, com isso, “os poderes que passarão a deter cada um dos genitores serão desiguais, já que o detentor da guarda passa a exercer o essencial das prerrogativas decorrentes daquela autoridade,

---

<sup>643</sup>DIAS, 2015, p. 473.

<sup>644</sup>Art. 92 - São também efeitos da condenação:

[...]

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 abr. 2021).

enquanto o outro genitor – ou genitores, em caso de multiparentalidade – vê-se limitado ao exercício de um direito de visita e de fiscalização.”<sup>645</sup>

Entretanto, diferente do que ocorre na França,<sup>646</sup> Itália<sup>647</sup> e Portugal,<sup>648</sup> em que o juiz tem o poder de decidir que a autoridade parental permaneça apenas com o guardião do menor, no sistema pátrio o rompimento do vínculo conjugal não confere essa opção ao juiz,<sup>649</sup> por força do art. 1.632 do Código Civil. Ademais, o art. 21 do ECA é claro ao predispor que o poder familiar será exercido por ambos os genitores, não limitando esse exercício apenas ao guardião. Como bem salienta Orlando Gomes, “a separação judicial não libera os pais do dever de contribuir para a criação e educação dos filhos.”<sup>650</sup>

Com vistas a melhor atender ao interesse do filho é que alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros têm buscado reformular as regras tocantes ao poder familiar de modo a incluir também o padrasto ou madrasta. A exemplo disso, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues invocam o ordenamento alemão, que atualizou sua legislação e incluiu no art. 1687b do BGB aquilo que veio a se chamar de “Pequeno Pátrio Poder”.<sup>651</sup>

É importante que se clarifique que “os percalços sofridos pela sociedade conjugal não abalam os direitos e deveres oriundos do poder familiar.”<sup>652</sup> Nos casos de guarda unilateral, não apenas a autoridade parental permanece com o genitor descontínuo, mas tem-se no exercício das visitas o meio de exercitá-la.<sup>653</sup> Rolf Madaleno suscita inclusive que a redução do contato do genitor não-guardião com o filho pode vir a ser um estímulo para reforçar o exercício do poder familiar, não devendo se cogitar a sua perda, quando da separação, por aquele que não detém a guarda.<sup>654</sup>

Visto isso, conclui-se que o efetivo exercício do poder familiar concretiza-se também por meio do direito de convivência e da guarda. E há obviamente aqui um obstáculo a ser superado pela união poliafetiva dissolvida em que haja filhos de todos os envolvidos. Isso

---

<sup>645</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 213.

<sup>646</sup>TEPEDINO, 2004, p. 316.

<sup>647</sup>TEPEDINO, 2004, p. 317.

<sup>648</sup>BOSCHI, 2005, p. 20.

<sup>649</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei 11.698/08: família, criança adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008b, p. 206.

<sup>650</sup>GOMES, 1999, p. 270.

<sup>651</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **Revista brasileira de direito civil**, v. 4, jun. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/97>. Acesso em 02 jul. 2021.

<sup>652</sup>FONSECA, 2004, p. 236.

<sup>653</sup>LAURIA, 2003, p. 94.

<sup>654</sup>MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84.

porque se o filho for de apenas um ou dois dos componentes da união poliafetiva, então as soluções até aqui oferecidas pelo ordenamento jurídico são suficientes. No entanto, quando há três ou mais pais e/ou mães, as fórmulas da guarda unilateral e da guarda compartilhada exigirão adaptações. Mais do que isso: surge a possibilidade de uma guarda híbrida: compartilhada entre alguns dos genitores, mas unilateral em relação a outro(s).

### 3.2 PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO POLIAFETIVA

Nem toda união poliafetiva resultará necessariamente em prole; e, caso resulte, nem todos os seus componentes figurarão obrigatoriamente na posição de pai ou mãe. Em quaisquer destes casos, as soluções hoje existentes em nosso ordenamento jurídico em matéria de proteção da pessoa dos filhos serão suficientes para a tutela jurídica da guarda e dever de convivência.

No entanto, é razoável pressupor que uma das consequências do reconhecimento da união poliafetiva é a possibilidade de exercício da parentalidade por todos os componentes da relação, resultando assim em quadro de multiparentalidade, conforme abordado anteriormente. Sendo este o caso, há que se buscar formas de tutelar adequadamente a guarda e a convivência nestes casos. Embora estas demandas guardem relação com a multiparentalidade e não obrigatoriamente com a poliafetividade, é de bom alvitre a recordação de que a presente pesquisa tem por escopo oferecer a tutela jurídica das mais variadas demandas resultantes do reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar.

E se por um lado é correto que a configuração da multiparentalidade não guarda relação de dependência com a poliafetividade, por outro há que se atentar à alta probabilidade de que uniões poliafetivas conduzam naturalmente ao exercício da multiparentalidade, sendo interesse dos companheiros poliafetivos – e, por conseguinte, da comunidade jurídica – a existência de respostas no que toca à forma do exercício da guarda e visitação em contexto de múltiplos pais ou mães.

Constitucionalmente protegida a união estável (art. 226, §3º) à semelhança – material e processual<sup>655</sup> – dos direitos já gozados pelo casamento, não diferem deste as disposições gerais sobre direitos e deveres decorrentes da filiação e poder familiar<sup>656</sup> aplicáveis à prole advinda

---

<sup>655</sup>BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil**: sistematização e exegese. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 149.

<sup>656</sup>Carlos Silveira Noronha esclarece que “em hipótese alguma poderia o filho restar excluído do *poder familiar* ou ser submetido ao regime de *tutela*, pelo simples fato da criança ou adolescente ter origem em união

do concubinato.<sup>657</sup> A despeito da longa discussão travada em período anterior aos novos ditames da Carta Magna e vigente Código Civil, em se versando sobre a proteção dos filhos menores a relação jurídica existente entre os genitores deve ser relegada a um segundo plano. Nesse particular, nenhuma razão há para ser dispensado tratamento diferente à união poliafetiva.

Ao serem expurgadas do direito contemporâneo quaisquer diferenças entre os direitos de filhos legítimos, ilegítimos e adotivos<sup>658</sup> (art. 1.596, CC) – desde que legalmente reconhecidos<sup>659</sup> –, em consonância com os princípios do superior interesse da criança (Art. 227, §3º, CF/88) e da proteção integral (art. 1º do ECA), não seria justificável que a conturbada relação dos genitores pudesse de qualquer modo vir a resultar em prejuízo à prole.

Isso porque aos poucos o direito foi abandonando os critérios de resolução das questões familiares baseados em uma ótica que considerava prioritariamente o interesse dos cônjuges em litígio, reconhecendo na vulnerabilidade do menor uma necessidade de atendimento preferencial, o que culminou na cristalização dos já referidos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança e do adolescente. Este último princípio tem grande importância para o presente estudo.

Em que pese haja unanimidade da doutrina hodierna no tocante à função norteadora do princípio do superior interesse da criança, subsistem discussões acerca de sua definição, o que não chega a ser uma surpresa devido à potencial abrangência do princípio e sua miríade de possibilidades no campo da interpretação diante do caso concreto.

Quando o superior interesse da criança precisa ser identificado em um contexto de disputa entre os genitores, o trabalho do juízo é ainda mais árduo, visto que não raras vezes reveste-se de incerteza a escolha da opção que melhor atende aos interesses da criança em desenvolvimento. O que resta ao julgador é agarrar-se à probabilidade, por vezes baseada em indícios, de que um dos genitores ofereça melhores condições de promover o desenvolvimento do filho – se impraticável a guarda compartilhada. E há na multiparentalidade uma peculiaridade: em vez de se tratar de disputa entre duas pessoas, há três (ou mais) possíveis interessados no exercício da guarda.

---

extralegal, porque o fundamento primeiro e inafastável do exercício do *poder familiar* é o da filiação consanguínea” (NORONHA, 2006).

<sup>657</sup>Segundo Alvaro Villaça Azevedo, “a Constituição Federal de 1988 preferiu chamar o concubinato puro de união estável. Atualmente, a legislação concubinária refere-se a companheiros e conviventes, quando se trata de união estável.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 191).

<sup>658</sup>FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 78.

<sup>659</sup>FONSECA, 2004, p. 232-233.

Eduardo de Oliveira Leite elenca alguns dos critérios mais comumente utilizados pelos juízes na tarefa de identificação do superior interesse do menor, considerando-se tanto os aspectos que dizem respeito ao infante (desenvolvimento físico e moral, qualidade das relações sociais, necessidades da idade e do gênero, existência de irmãos, maior nível de afeto ou indiferença em relação a um dos genitores etc.) quanto os que tocam às condições materiais (profissão, renda, moradia, facilidade escolar etc.) e morais (proximidade do filho, círculo social, dedicação etc.) dos genitores.<sup>660</sup>

O mais provável é que dificilmente será encontrado um conceito definitivo que se aplique de forma eficaz às inimagináveis hipóteses que apenas a casuística tem o potencial de apresentar, cabendo ao operador do direito compreender a ideia motriz do princípio – que se traduz, em superficial síntese, no sadio desenvolvimento do menor – e identificar a solução que melhor se coadune com os interesses da criança no caso concreto, valendo-se tanto quanto possível do suporte multidisciplinar de profissionais preparados para este fim.

De toda sorte, tendo por escopo a análise da aplicabilidade do princípio do superior interesse da criança e do adolescente naquelas hipóteses em que sobremaneira é imperiosa a atenção aos reflexos no desenvolvimento do menor, imprescindível é a abordagem dos temas relativos ao exercício do poder familiar, guarda e visitação, considerando-se as peculiaridades que tocam à união poliafetiva.

### **3.2.1 Guarda**

A despeito da previsão da guarda advir dos artigos 1.566, IV, e 1.583 do Código Civil, é no art. 33 do ECA que é encontrada a sua genérica definição: “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”

Ainda que o atual direito das famílias estimule a guarda compartilhada dos filhos quando da separação dos pais, é de conhecimento comum que essa não é uma opção disponível em muitos dos casos de separação litigiosa. Na busca pelo atendimento às necessidades das inumeráveis famílias que se encontram nessa situação, a definição da guarda do menor desempenha importante papel, podendo se apresentar teoricamente em pelo menos três modalidades: unilateral, compartilhada e alternada.

---

<sup>660</sup>LEITE, E., 2003, p. 199.

Quanto a essa última, é pontual a observação de Rolf Madaleno, que justifica a rejeição da modalidade pela prática judicial brasileira em decorrência da notória inconveniência da adoção da guarda alternada, na qual o tempo na companhia do filho é dividido entre os genitores pela metade de forma exata, pois tende a atender mais aos interesses dos pais do que do filho, causando a este prejuízos às amizades, programações, estabilidade e referências, que, diante da frequente mudança de domicílio, tende a não desenvolver identidade com um lar.<sup>661</sup>

Convém o registro, no entanto, de que a “guarda alternada, pode, todavia, consistir na melhor opção, principalmente quando os pais separados residirem em cidades ou regiões diferentes, alterando-se os tempos de atividades escolares dos filhos com os de suas férias [...]”,<sup>662</sup> além de hipóteses pontuais. Ainda assim, trata-se de modalidade de guarda sem previsão legal e sem recorrência prática.

Assim, sendo compreensivelmente irrelevante no cenário jurídico nacional a guarda alternada, a ponto de sequer ser elencada por alguns autores,<sup>663</sup> os tópicos seguintes limitar-se-ão à exploração das nuances das modalidades de guarda previstas pelo Código Civil e a verificação de sua aplicação às uniões poliafetivas ou, mais propriamente, à multiparentalidade.

### 3.2.1.1 Guarda Compartilhada

Inicialmente, parece-nos de bom alvitre para fins de delimitação de tema registrar que a guarda compartilhada aqui tratada, assim entendida pela doutrina e jurisprudência, é aquela prevista no art. 1.583, §2º, do Código Civil. O registro revela-se oportuno porque toda guarda é compartilhada em algum grau – à exceção dos casos em que o direito de visita encontra-se prejudicado. No momento em que o genitor visitante exerce o seu direito de visita e mantém o filho sob sua custódia, ainda que por breve período, estará substituindo a posição do guardião, e, por conseguinte, compartilhando o encargo no mundo dos fatos.

Talvez outra expressão, tal como guarda concomitante ou guarda simultânea, pudesse melhor representar a ideia do instituto que hoje a norma legal define por “guarda compartilhada”. Todavia, a fim de evitar devaneios acerca da adequação terminológica da denominação ou das possibilidades interpretativas, utilizar-se-á a expressão “guarda compartilhada” para tratar especificamente do instituto já consagrado no cenário nacional – lei, doutrina e jurisprudência.

---

<sup>661</sup>MADALENO, 2004, p. 88.

<sup>662</sup>LÓBO, 2020, p. 205.

<sup>663</sup>FONSECA, 2004, p. 237.

Seguindo o caminho já traçado por outros países,<sup>664</sup> e após maciça produção doutrinária<sup>665</sup> e jurisprudencial<sup>666</sup> no sentido de promover o uso da guarda compartilhada nos casos em que isso se revelasse favorável ao desenvolvimento do menor, sobreveio pela lei 11.698/08 a já esperada (e desnecessária, segundo alguns<sup>667</sup>) alteração do Código Civil que passou a prever expressamente tal modalidade de guarda – art. 1.583 e seguintes.

Em uma tentativa de definição, entende-se que na guarda compartilhada não há uma divisão igualitária de tempo de convivência – até mesmo porque isso provavelmente implicaria em prejuízo à criança – mas, sim, o compartilhamento de cuidados e responsabilidades, em que ambos os genitores estão simultaneamente encarregados juridicamente e afetivamente pelos filhos.<sup>668</sup> Não importa quem está detendo momentaneamente a custódia do filho,<sup>669</sup> uma vez que ambos os pais assumem solidariamente a responsabilidade pelo menor. Isso faz bastante sentido se encarada a guarda compartilhada como uma tentativa de minimizar, perante o menor, os efeitos da separação dos pais. E neste aspecto estende-se o argumento à hipótese da multiparentalidade.

Segundo o art. 1.584, §1º, do Código Civil, é dever do juiz, por ocasião da audiência conciliatória, prestar esclarecimento às partes das características (positivas e negativas) e responsabilidades da guarda compartilhada, estimulando-as à adoção da modalidade como solução menos traumática para os filhos em comum.<sup>670</sup>

---

<sup>664</sup>SALLES, 2002, p. 91-95.

<sup>665</sup>ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 173-174.

<sup>666</sup>Guilherme Calmon Nogueira da Gama recorda que “no que tange à admissibilidade da guarda compartilhada no período anterior à vigência da Lei nº 11.698/08, o fundamento era basicamente de índole constitucional, levando em consideração os princípios da igualdade entre homem e mulher (em especial nas relações de Direito de Família), do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, as regras referentes ao direito de convivência familiar e a prioridade absoluta da criança e do adolescente nos assuntos a ele pertinentes. Desse modo, a Lei nº 11.698/08, de certo modo, positiva infran constitucionalmente o modelo de guarda compartilhada que já existia no ordenamento jurídico brasileiro, o que vem a reforçar, ainda mais, a relevância do instituto para as famílias brasileiras contemporâneas. (GAMA, 2008b, p. 248).

<sup>667</sup>“Vale observar, no entanto, que os próprios preceitos contidos nos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil – na redação original dos dispositivos –, interpretados sob a perspectiva civil-constitucional, já permitiam alcançar a conclusão quanto à admissibilidade da guarda compartilhada no Direito brasileiro.<sup>667</sup> Assim como o disposto no art. 16, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 3.200/41, que autoriza o juiz a definir a guarda de acordo com o melhor interesse da criança. Agora, nos termos da Lei nº 11.698/08, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, foi expressamente admitida a guarda compartilhada.” (GAMA, 2008b, p. 218).

<sup>668</sup>GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira; GUIMARÃES, Marilene Cristina Silveira. Guarda: um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos. *In*: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte (org.). **Infância em família: um compromisso de todos**. Porto Alegre: IBDFAM, 2004, p. 183.

<sup>669</sup>MADALENO, 2004, p. 91.

<sup>670</sup>GAMA, 2008b, p. 261.

No entanto é imperioso atentar à necessidade de condições mínimas de urbanidade entre os genitores – ainda que por vezes existam discordâncias contornáveis<sup>671</sup> –, o que na prática deveria ser adotado como critério para o uso da guarda compartilhada. Constatando-se que logo após o rompimento do relacionamento pelos genitores subsiste animosidade capaz de comprometer o sadio desenvolvimento do filho, pode vir a ser desaconselhada a guarda compartilhada por ameaçar o interesse do filho. Nesse caso, a guarda unilateral mostrar-se-ia mais adequada momentaneamente, situação essa passível de revisão em oportunidade futura, quando a situação se revelar favorável à guarda compartilhada.<sup>672</sup> Mas aqui é preciso levantar importante questão: a solução pode ser significativamente mais difícil de ser alcançada num contexto em que há mais do que dois litigantes, uma realidade possível a partir de uma família poliafetiva desfeita.

Antes mesmo da alteração legal, Rolf Madaleno já observava que “não há lugar para a guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos e que encontram no filho o troféu de todas as suas dissensões pessoais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio.” Segundo o autor, o objetivo da guarda compartilhada é a continuidade do exercício recíproco da autoridade parental, e não um meio de abastecer o hostil embate dos genitores focado em suas desavenças.<sup>673</sup> A preocupação é válida, já que, em decorrência dos conflitos travados no processo de separação, frequentemente os genitores acabam por relegar o interesse dos filhos a um segundo plano, negligenciando-os ou até usando-os a seu favor, de forma consciente ou inconsciente, para atingir o ex-companheiro, objeto de sua ira e mágoa.<sup>674</sup> Quando o desconcerto conjugal envolve três – ou mais – pessoas a situação é ainda mais gravosa.

Por toda a importância dessa condição de urbanidade entre os genitores, Eduardo de Oliveira Leite espousa a ideia de que o consenso é uma das mais prováveis maneiras de identificação do melhor interesse do menor, haja vista que “o acordo entre os pais continua sendo o melhor elemento de convencimento do juiz, partindo-se do pressuposto de que ninguém melhor que os pais conhece seus filhos e sabe o que é melhor para o futuro dos mesmos.”<sup>675</sup> Aliás, tal é a importância da existência de diálogo entre os pais que, coincidência ou não, o Código Civil traz o pedido consensual como primeira hipótese de concessão da guarda

---

<sup>671</sup>BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 365.

<sup>672</sup>GAMA, 2008b, p. 221.

<sup>673</sup>MADALENO, 2004, p. 93.

<sup>674</sup>PEREIRA, Maria Isabel da Costa. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *In*: MADALENO, Rolf Hanssen; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 285.

<sup>675</sup>LEITE, E., 2003, p. 199-200.

compartilhada (art. 1.584, I), o que por sua vez remete às disposições do Código de Processo Civil sobre a separação consensual, na qual a petição inicial obrigatoriamente versará sobre a guarda dos filhos menores e o regime de visitas (art. 731, III).

Por outro lado, Maria Berenice Dias, antecipando-se ao que viria a ser positivado no §2º do art. 1.584 do Código Civil,<sup>676</sup> já erguia o estandarte de que “a regra deve ser a guarda compartilhada”,<sup>677</sup> ainda que inexistente consenso entre os pais, sob pena de comprometer a efetividade do instituto, arrolando como argumentos a insatisfação e conflitos – decorrentes da guarda unilateral – verificados na prática forense.<sup>678</sup> Isso implicava admitir que o juiz pudesse, mesmo nos casos de conflito entre os genitores, estipular de ofício a guarda compartilhada, o que efetivamente acabou por ser positivado no Código.

Apesar dos bons argumentos da autora, é preciso cautela com a questão, haja vista que mesmo que para o menor seja, *a priori*, saudável o convívio ilimitado com ambos os genitores, a chance de que o relacionamento hostil destes gere reflexos negativos na criação do filho é motivo de preocupação. Nesses casos, o melhor interesse da criança encontraria um conflito a ser resolvido: a (suposta) companhia sem limitações dos pais de um lado e, de outro, a (possível) ocorrência de danos à formação de sua personalidade. Uma vez que a limitação – mas não a suspensão – das visitas aparenta ser menos prejudicial do que a influência negativa na formação da personalidade do infante, o indício é de que a primeira corrente doutrinária esteja no caminho mais seguro, ainda que em aparente contrariedade ao texto do §2º do art. 1.584 do Código Civil. Todavia, o próprio dispositivo em questão adverte que a guarda compartilhada será adotada “sempre que possível”, o que implica a necessária observância aos casos em que isso se revele uma ameaça à saúde do filho. Por isso, em atenção à lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior, “as questões que envolvem os direitos da criança e do adolescente merecem, na Constituição brasileira, um tratamento destacado”, o que enseja a utilização do método da interpretação teleológica e axiológica para identificação do propósito das normas sobre a matéria e, por conseguinte, viabiliza a efetiva proteção ao direito do menor.<sup>679</sup>

---

<sup>676</sup>Art. 1.584, §2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (BRASIL 2002 [CC])

<sup>677</sup>DIAS, 2015, p. 387.

<sup>678</sup>Com a inserção da orientação no Código, a autora veio a ratificar seu entendimento nas obras posteriores, destacando que “A preferência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais. Caso não pudesse ser imposta pelo juiz, independentemente da concordância dos genitores, se transformaria em instituto destituído de efetividade” (DIAS, 2015, p. 529).

<sup>679</sup>FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 303-304.

Ao fim e ao cabo, o fator decisivo na adoção da guarda compartilhada em caso de dissenso entre os pais será o superior interesse da criança, princípio este que confere aos operadores do direito uma miríade de possibilidades para atendimento das necessidades humanas que se desvelam da casuística. Caberá à jurisprudência colmatar as lacunas da lei, vindo a prestar tutela jurisdicional às improváveis e inimagináveis situações trazidas a juízo, a exemplo da guarda compartilhada entre pais e avós<sup>680</sup> ou de uma guarda híbrida, parcialmente compartilhada numa relação marcada pela multiparentalidade.

No entanto, há que se ter em vista que numa relação poliafetiva da qual resulte a multiparentalidade por vezes a guarda compartilhada pode se mostrar impraticável em relação a uma parcela dos ex-companheiros, resultando na conclusão de ser inadequada a fixação dessa modalidade de guarda.

### 3.2.1.2 Guarda Unilateral

Constatando-se a inviabilidade de adoção da guarda compartilhada, adotar-se-á a guarda unilateral. Paulo Luiz Netto Lôbo alerta que, diferente do já revogado art. 10 da Lei 6.515/77<sup>681</sup>, a definição da guarda hoje não se vincula à culpa do cônjuge responsável pela separação; ficará o filho com aquele que detiver melhores condições de assumir o encargo,<sup>682</sup> o que curiosamente acaba por corroborar as lições de quase um século de Martinho Garcez Filho,<sup>683</sup> que já semeavam o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Novamente o princípio do melhor interesse do menor é que orientará o juízo na tarefa de definir a quem caberá a guarda do filho, assim como o regime de visitas. Este, segundo a

<sup>680</sup>GUARDA E RESPONSABILIDADE DE MENOR POSTULADA PELA AVÓ MATERNA. CONCORDÂNCIA DOS GENITORES QUE DETÉM O PODER FAMILIAR. POSSE DE FATO DOS PAIS. GUARDA COMPARTILHADA DA AVÓ QUE PASSA ALGUNS PERÍODOS COM A NETA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 2005.001.20632. Desembargador Raul Celso Lins e Silva. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2005. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?codigoProcesso=20050010020632&tipoProcesso=1>. Acesso em: 20 maio 2021)

<sup>681</sup>Art. 10. Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a não houver dado causa. (BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 16 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em: 20 maio 2021).

<sup>682</sup>LÔBO, 2003, p. 185.

<sup>683</sup>A preocupação do autor de total pertinência, vinha no sentido da orientação consolidada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente: "A atenção do juiz deve ser dirigida com toda cautela para os filhos, mercedores de todo cuidado e carinho, examinando as condições moraes de cada um dos conjuges, para que esses pequenos rebentos possam estar acobertos dos perigos de exemplos indignos e sob a autoridade de uma tutela respeitavel" [sic] (GARCEZ FILHO, Martinho. **Direito de familia**: exposição crítico-jurídica, systematica e philosophica. Rio de Janeiro: Off. Graph. Villas Boas & Cia, 1929, p. 62-63).

doutrina, divide-se em três modalidades: livre (em que não há limitação), de mínima regulamentação (o mais comum na guarda unilateral, que normalmente prevê finais de semanas alternados, algumas datas comemorativas e certo período de férias) e extremamente regulamentado (dias, horários e locais rigorosamente fixados).<sup>684</sup> Dada a importância do tema da visitação, em especial diante dos desafios envolvendo a multiparentalidade e a família poliafetiva, será objeto de tópico próprio.

Quanto às funções desempenhadas pelos pais, ao guardião, que não sofre redução de autoridade parental, cumpre atender às necessidades do menor e entender que não possui propriedade ou posse sobre o filho, que possui seus próprios interesses e necessidades, cabendo àquele auxiliá-lo, no convívio familiar e comunitário, visando ao seu desenvolvimento como pessoa.<sup>685</sup> É importante que se perceba que estando o menor sob os cuidados exclusivos do guardião, apenas este deveria responder, em matéria de responsabilidade civil, por eventuais danos causados por aquele, consoante art. 932, I, do Código Civil<sup>686</sup> – o que vale também ao genitor descontínuo durante o período de visita.

Do outro lado está a situação do genitor não-guardião, que além do “direito” de visita possui o direito de fiscalização (art. 1.589 do Código Civil), o que cria, implicitamente, o dever de prestação de contas por parte do guardião,<sup>687</sup> ao menos no campo da teoria, já que a operacionalização encontra certa dificuldade prática.<sup>688</sup> Gama observa que “a visita abrange não somente o contato físico-emocional entre o genitor não convivente e o filho, mas também permite o exercício da fiscalização do genitor relativamente à criação e educação ministrados pelo genitor convivente.”<sup>689</sup> Assim, poderá verificar se o filho está recebendo orientação adequada (moral, cívica, espiritual etc.) e se suas necessidades básicas (educação, vestuário, alimentação, saúde) estão sendo atendidas a contento, sendo uma boa ocasião também para examinar se a pensão alimentícia está sendo prestada em valor suficiente. Além disso, caberá

<sup>684</sup>GAMA, 2008b, p. 224.

<sup>685</sup>BOSCHI, 2005, p. 134.

<sup>686</sup>Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores **que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;** (BRASIL, 2002 [CC])(grifo nosso)

<sup>687</sup>LEITE, E., 2003, p. 226.

<sup>688</sup>Por longo período a jurisprudência dos tribunais do país, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, negou ao genitor não-guardião a possibilidade de intentar ação de exigir contas contra o genitor guardião como meio de exercer a fiscalização sobre a administração da pensão alimentícia paga ao filho. Recentemente, o STJ mudou de entendimento, resultado da edição da lei nº 13.058/2014, que inseriu o §5º no art. 1.583 do Código Civil. No julgamento do Recurso Especial nº 1.814.639/RS, restou manifestada a atual posição do tribunal, que finalmente conferiu ao genitor não-guardião a possibilidade de efetivamente fiscalizar a atuação do guardião no interesse do filho menor de idade. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.814.639/RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 26 de Maio de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília. 09 jun. 2020)

<sup>689</sup>GAMA, 2008b, p. 223.

ao genitor – ou genitores – descontínuo, no período em que estiver com o filho, prestar todos os cuidados próprios da condição de guardião, compreendidos em suma como educação, afeto, atenção às situações de risco (para o menor e para terceiros), fiscalização das atividades e relações com outras pessoas. A visita deverá ser realizada sempre pessoalmente, e na ocorrência de qualquer situação que coloque o visitado em risco, deverá comunicar em caráter de urgência o guardião e as autoridades públicas.<sup>690</sup>

Ponto problemático diz respeito à ocorrência de mudança de domicílio do guardião,<sup>691</sup> que implica, por decorrência lógica, mudança no domicílio do menor. Fabio Boschi entende que, mesmo que isso implique em mudança do domicílio do visitado, não se pode obstar o exercício desse direito pelo guardião.<sup>692</sup> De outra banda, Regina Beatriz Tavares da Silva defende ideia diametralmente oposta, no sentido de que se o guardião quiser continuar exercendo a guarda terá de submeter-se a uma restrição em sua liberdade de ir e vir, salvo em caso de consentimento expresso do genitor que não detém a guarda – ou suprimento judicial da outorga.<sup>693</sup> Segundo essa autora, na iminência de mudança do guardião para outra cidade ou estado, deverá o não-guardião buscar em juízo a tutela inibitória, a fim de evitar o afastamento do menor, haja vista que isso dificultaria ou inviabilizaria o direito de visitas.<sup>694</sup>

Buscando lançar luz sobre essa questão, o legislador inseriu no parágrafo único do art. 6º da lei de alienação parental (lei 12.318/10) uma opção para o juiz que se depare com tal ocorrência, pois, detectada a mudança abusiva de endereço, capaz de inviabilizar ou obstaculizar a convivência familiar, poderá haver inversão da obrigação de transporte do filho para o exercício das visitas.

A preservação da convivência entre filho e pai/mãe é de interesse, acima de tudo, da própria criança ou adolescente, cuja personalidade encontra-se em desenvolvimento. Todavia, como visto, é também um direito (e um dever) dos genitores. E, num cenário de multiparentalidade, com a guarda fixada em favor de apenas um dos ascendentes, tem ainda mais importância a existência de instrumentos capazes de evitar que os não-guardiões sejam

---

<sup>690</sup>BOSCHI, 2005, 135-136.

<sup>691</sup>Apenas nos casos em que não há o propósito específico de prejudicar o genitor descontínuo, pois de forma diversa caracterizaria conduta típica de alienação parental, prevista expressamente no parágrafo único do art. 6º da Lei 12.318/10, que assim dispõe: “Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.”(BRASIL, 2010 [Lei 12.318])

<sup>692</sup>BOSCHI, 2005, p. 174.

<sup>693</sup>SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda de filhos não é posse ou propriedade. *In*: COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p. 318

<sup>694</sup>SILVA, R., 2007, p. 318.

privados do convívio com o filho. Afinal, serão duas (ou mais) importantes relações prejudicadas, sob a perspectiva do filho; e, sob a perspectiva dos pais, serão duas (ou mais) pessoas sofrendo violação de direitos – além do(s) filho(s).

Uma das soluções possíveis para coibir a prática de alienação parental pelo guardião é a possibilidade de “alteração da guarda para guarda compartilhada ou a sua inversão”, nos termos do inciso V do art. 6º da lei de alienação parental. Como já se visto, a guarda compartilhada deveria ser a primeira opção, não sendo fixada apenas quando inviável ou quando houver acordo entre as partes. No entanto, uma relação hostil entre os genitores pode ser um entrave. Nesse contexto, importante questionamento há de ser feito: as modalidades de guarda unilateral e guarda compartilhada são capazes de atender às demandas da multiparentalidade?

### 3.2.1.3 Guarda Híbrida Ou Mista

Embora Póvoas entenda que no “concernente à guarda, mais uma vez, juridicamente, não haveria dificuldades (em tese) de resolver o problema da multiparentalidade”,<sup>695</sup> há que se ponderar com vagar a respeito da questão, pois essa forma de vínculo familiar inova num ordenamento jurídico construído sob as fundações do casamento e da família formada a partir dessa entidade familiar.

É certo que a inovação jurídica que venha para atender às demandas da sociedade é bem-vinda, especialmente quando visa a concretizar importantes princípios de direito, como a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança e do adolescente.<sup>696</sup> E é precisamente isso que a multiparentalidade oferece. No entanto, tão inovador arranjo parental carrega consigo a centelha do desarranjo jurídico. Efeitos não previstos num primeiro momento surgem nos planos teórico e prático à medida que a vida cotidiana acontece e a comunidade jurídica promove a maturação do tema.

Constituída a família poliafetiva, em que há opção de todos os componentes terem filho sob a estrutura de multiparentalidade, surge também a chance de ocorrência de uma nova demanda do ordenamento jurídico em matéria de exercício da guarda para a qual não há solução pronta no Código Civil.

---

<sup>695</sup>PÓVOAS, 2017, p. 115.

<sup>696</sup>Como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira “são várias as circunstâncias em que se confere lugar de destaque ao melhor interesse do menor, principalmente em disputas de guarda e na fixação do direito de visitas” (PEREIRA, R., 2005, p. 132).

Uma vez desfeita a família, surge a necessidade de definição de guarda entre os três (ou mais) pais/mães. Se for fixada a guarda unilateral em favor de algum deles ou houver fixação de guarda compartilhada em favor de todos, então nenhuma dificuldade de aplicação da atual estrutura normativa se desvelará.

No entanto, a casuística da multiparentalidade pode trazer situação inusitada: aquela em que dois dos genitores têm condições e desejam exercer a guarda, mas o terceiro não tem interesse – ou não está apto – para o exercício, estando satisfeito em exercer apenas o direito de convivência com o filho. Em outras palavras, surge, simultaneamente, as hipóteses de aplicação da guarda compartilhada e unilateral, de modo que apenas uma ou outra destas modalidades não consiga atender a contento a necessidade dos envolvidos. Destarte, a multiparentalidade dá azo ao surgimento de uma terceira possibilidade de guarda: a guarda híbrida ou mista.

Embora inexista previsão legal e tecnicamente não se trate de uma guarda híbrida, é possível ver o exercício prático dessa modalidade de guarda ocorrendo nos casos em que se defere a guarda unilateral a um dos genitores que tem nova união conjugal. Assim o guardião exerce a guarda de direito e a madrasta/padrasto exerce guarda de fato, assumindo muitas vezes a posição de pai ou mãe socioafetivos. Ao outro genitor cabe apenas o direito de visita. Portanto, embora tecnicamente não se trate de guarda mista, como mencionado, na prática já é possível encontrar o arranjo em curso em muitas famílias, não sendo incomuns os precedentes nesse sentido, a exemplo do acórdão de julgamento do recurso de apelação n° 70018995241 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.<sup>697</sup>

Aliás, convém o registro de que o art. 1.636 do Código Civil<sup>698</sup> é de difícil aplicação prática diante das novas formações familiares, pois a proibição de interferência por parte do “padrasto ou madrasta no exercício da autoridade parental em relação aos filhos de seus cônjuges ou companheiros é de difícil aplicação prática, tendo em vista o estabelecimento de um conjunto próprio de regras para convivência saudável no novo arranjo familiar”.<sup>699</sup> O que se verifica na prática é não apenas o exercício da guarda de fato pela madrasta ou padrasto, mas

---

<sup>697</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. REVELANDO O ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO QUE A MENOR, HOJE COM NOVE ANOS DE IDADE, PREFERE A GUARDA DO PAI, COM QUEM JÁ SE ENCONTRA DESDE O AJUIZAMENTO DA AÇÃO, EM 2004, INTERNALIZANDO O PAI E A MADRASTA COMO CASAL PARENTAL, É DE SE MANTER A DECISÃO, IMPONDO-SE, ENTRETANTO, PRESERVAR OS VÍNCULOS COM A MÃE E IRMÃOS (FILHOS DESTA) ATRAVÉS DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. RECURSO DESPROVIDO. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n° 70018995241**. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 15 de abril de 2007).

<sup>698</sup> Código Civil, Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. (BRASIL, 2002 [CC])

<sup>699</sup> TEIXEIRA; RODRIGUES, 2015.

até mesmo de alguns aspectos do poder familiar, ainda que juridicamente a lei não lhes confira esse amparo.

A busca por uma forma de guarda que atenda satisfatoriamente às necessidades do filho diante de uma nova possibilidade casuística vem ao encontro do melhor interesse da criança e do adolescente, já estudado. Ademais, como bem destaca Silvio Venosa, “o instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução”,<sup>700</sup> o que corrobora a conclusão de que novas necessidades demandarão novas soluções e, possivelmente, novos arranjos de guarda.

Até o presente momento não há estudos versando sobre uma modalidade de guarda híbrida ou mista, possivelmente por não ter a necessidade batido à porta do judiciário. Isso se explica pela relativamente recente normatização da multiparentalidade e pelo uso ainda incipiente dessa alternativa pelas pessoas. Soma-se ainda a isso o fato de que a principal ocorrência da multiparentalidade é a advinda da família recomposta, em que há um pai socioafetivo e um pai biológico, ambos com interesse no exercício da paternidade, mas normalmente um deles já conformado com o não exercício da guarda – via de regra o pai biológico, mais distante.

Mas a ausência de construção jurídica prévia neste sentido não é um impeditivo para cogitar-se modalidade de guarda híbrida. O art. 1.586 do Código Civil abre a brecha para a possibilidade de o juiz regular a guarda de modo diverso do previsto no capítulo que trata da proteção da pessoa dos filhos. É verdade que o dispositivo em questão condiciona tal faculdade à existência de “motivos graves”, elemento textual que traz consigo elevada dose de discricionariedade interpretativa.

Duas perguntas não de ser respondidas: i) no que consiste a noção de “motivos graves”? ii) o melhor interesse da criança e do adolescente não poderia ser fundamento suficiente para a aplicação do art. 1.586?

A busca por respostas não se revela particularmente proveitosa, haja vista que o art. 1.586 é visto como o respaldo para a inserção da criança sob a guarda de terceiro. Nesse sentido, Rolf Madaleno entende que o referido dispositivo autoriza a outorga da guarda a terceiros, quando presentes motivos graves, o que inclui até mesmo a possibilidade de internação do menor em estabelecimento de educação.<sup>701</sup>

Paulo Lôbo esclarece que embora o legislador parta da premissa de que se deva confiar no discernimento dos pais quando da tomada de decisões no melhor interesse do filho, ainda assim ao juiz competirá apurar se efetivamente o melhor interesse da criança está sendo

---

<sup>700</sup>VENOSA, 2017, p. 192.

<sup>701</sup>MADALENO, 2017, p. 484.

respeitado. Diante da hipótese de a escolha vir mais no interesse dos pais, terá o juiz, por força do art. 1.586, o poder de regular de modo diverso “a bem dos filhos”, sempre que houver motivos graves. No caso, entende o autor que “é motivo grave a preferência dada aos pais para a superação de seus próprios conflitos, em detrimento dos filhos”.<sup>702</sup>

Por sua vez, quanto ao segundo questionamento levantado acerca da possibilidade de figurar o princípio do melhor interesse da criança como fundamento suficiente para autorizar a reconfiguração do regime de guarda e visitação de forma diversa daquela prevista no Código Civil, não há necessidade de esforço muito significativo para intuir a resposta.

A própria guarda compartilhada, hoje positivada no Código, passou a ser exercida à margem da lei, mas em sintonia com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual lhe serviu como fundamento para a fixação quando do início da construção desse instituto.<sup>703</sup>

Tal princípio tem por escopo a conversão da criança em titular de direitos à semelhança do adulto, em vez de receber tratamento como objeto passivo. Por isso, a aplicação da lei deve realizar o princípio do melhor interesse da criança, o qual deve figurar como fator significativo na decisão e aplicação da norma. Este princípio “não é uma recomendação ética, mas norma determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.”<sup>704</sup>

Dessa forma, desde que o exercício da guarda híbrida venha ao efetivo encontro da concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, inexistente qualquer razão para se lhe opor aplicação, a despeito da inexistência de previsão legal específica nesse sentido.

Convém, como último registro neste tópico, que o que se apresenta aqui com a configuração de uma guarda híbrida – até onde se sabe uma proposição inédita em nosso ordenamento jurídico – caso acolhida será instituto que deverá adaptar-se às demandas do caso concreto e que estará sujeito à lapidação pela doutrina e jurisprudência. Trata-se, portanto, da

---

<sup>702</sup>LÔBO, 2020, p. 198.

<sup>703</sup>Aludindo ao art. 226, §5º, CF/88 e aos arts. 1º, 4º, 6º, 16, V, e 19 do ECA, Fabiana Marion Spengler já atentava, há quase duas décadas, ao fato de que “a guarda compartilhada, mesmo não possuindo legislação específica, vem sendo deferida baseada em todos os dispositivos anteriores e, principalmente, naqueles que tratam da manutenção dos laços entre a criança e o genitor com o qual ela não mora, mas que, mesmo diante desse fato, se envolve em sua criação e torna-se responsável também. Dessa feita, ainda pode ser utilizado o princípio do melhor interesse, antes disciplinado, para fins de embasar e tornar justo o deferimento da guarda compartilhada” (SPENGLER, Fabiana Marion. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 96-97).

<sup>704</sup>LÔBO, 2020, p. 80.

semeadura de uma ideia a ser melhor explorada, cujo desenvolvimento dependerá muito das dificuldades que se verificarem quando do exercício efetivo na prática.

### 3.2.2 Convivência

Apesar do uso consagrado entre os operadores do direito da expressão “direito de visita”, a doutrina<sup>705</sup> teceu algumas críticas à nomenclatura. Fabio Bauab Boschi entende que mais correto seria substituir “visita” por “conviver”, uma vez que isso expressaria de forma mais fiel o que busca esse direito tutelar, já que abarca com maior naturalidade a ideia e convívio com outra pessoa com quem se tem alguma familiaridade.<sup>706</sup> Em semelhante sentido é a crítica de Maria Berenice Dias, que compreende que a expressão leva à ideia de uma relação de índole protocolar, mecânica, com um sistema rígido de regras e fiscalização.<sup>707</sup>

Flavio Guimarães Lauria explica que a expressão surgiu de uma decisão proferida pela Corte de Cassação da França, na qual se garantiu à parte uma autêntica visita ao domicílio do visitado, de modo que naquela ocasião a expressão revelou-se bastante adequada. O mesmo não se pode dizer desse direito, então evoluído, que hoje se exerce no Brasil, o qual inclui não só a visita, mas a convivência entre visitante e visitado fora do domicílio, com pernoites prolongados, viagens de férias etc. Aludindo ao direito comparado, o autor elenca algumas das expressões utilizadas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros: direito à comunicação, direito de relação, direito a se relacionar, direito à comunicação e convivência transitória, direito de retiro, direito de adequada comunicação e supervisão da educação, direito ao trato, visitação, direito de acesso, direito de acesso e visita, direito de contato pessoal etc.<sup>708</sup>

De toda sorte, quando se fala em direito de visita não se está a falar de um direito do visitante propriamente, mas do visitado.<sup>709</sup> É direito do filho ter a companhia de ambos os genitores, de receber amor do “visitante” e ter um convívio em família que mitigue os efeitos nefastos da ruptura incontornável do casal,<sup>710</sup> de modo que a relação entre pais e filho se assemelhe, na medida do possível, àquela vivenciada antes do rompimento do vínculo

---

<sup>705</sup>Na doutrina argentina há semelhante crítica por Bossert e Zannoni: “La expresión “derecho de visitas” no se compadece con el verdadero contenido del derecho a que alude, ya que no se trata de La facultad del padre de visitar al hijo em el domicilio em donde convive con La madre, em ele supuesto de que ésta tenga la guarda del hijo, sino, por el contrario, de retirar al niño de ese hogar y tenerlo consigo donde pueda desarrollar el vínculo afectivo y su comunicación com ele hijo com la espontaneidad, la intensidad y la privacidad que desee, como, p.ej., en su domicilio.” (BOSSERT; ZANNONI, 2000, p. 395).

<sup>706</sup>BOSCHI, 2005, p. 4-5.

<sup>707</sup>DIAS, 2015, p. 532.

<sup>708</sup>LAURIA, 2003, p. 83-84.

<sup>709</sup>BOSCHI, 2005, p. 51.

<sup>710</sup>LEITE, E., 2003, p. 222.

conjugal.<sup>711</sup> Maria Isabel da Costa Pereira registra que são os filhos, e não os pais, que devem ter prioridade absoluta, sendo-lhes indispensável o afeto na fase de formação da personalidade, pois do contrário se estaria afrontando a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.<sup>712</sup>

No que diz respeito aos pais, não há que se falar exclusivamente em *direito* de visita, haja vista que acima de tudo constitui um *dever*<sup>713</sup> daqueles para com o menor, já que se insere no dever de assistência – portanto irrenunciável. Por isso, a doutrina tem encontrado no binômio direito-dever<sup>714</sup> maior adequação na definição do que constitui, para os pais, o exercício da visita – ainda que os tribunais pátrios tenham produzido esporadicamente jurisprudência em sentido diverso do que vem sendo adotado pelas tendências do direito moderno.<sup>715</sup>

Fabio Bauab Boschi elenca dez caracteres desse direito-dever: a) *Personalíssimo*, pois não pode ser exercido por representante ou substituto; b) *Irrenunciável*, por ser decorrência da autoridade parental; c) *Recíproco*, pois visa à convivência de visitante e visitado; d) *Imprescritível*, porque o não exercício não acarreta a sua perda; e) *Extrapatrimonial*, já que não pode ser convertido em pecúnia; f) *Inalienável*, por não admitir transferência; g) *Intransmissível*, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*; h) *Intransacionável*, por não ser negociável, salvo no que diz respeito à sua regulamentação; i) *Relativo*, pois condicionado à inexistência de circunstâncias que comprometam o bem-estar do menor; j) *Subordinado ao superior interesse do visitado*, por ser a parte mais frágil da relação.<sup>716</sup>

A inobservância dos deveres assumidos pelos genitores é uma das maiores fontes de litígio judicial no direito de família, com maior destaque às perturbações do regime de visitas, que por vezes podem vir a revelar situações mais graves, como o abandono afetivo ou a alienação parental. No tocante à perturbação do regime de visitas, melhor abordada no ponto seguinte, Lauria compreende que pode ocorrer por ação ou omissão de ambos os pais<sup>717</sup> – e, por analogia, de qualquer número de pais ou mães que uma criança ou adolescente possa ter.

<sup>711</sup>BOSCHI, 2005, 2005, p. 153.

<sup>712</sup>PEREIRA, M. 2008, p. 282-283.

<sup>713</sup>SILVA, R., 2007, p. 316.

<sup>714</sup>GAMA, 2008b, p. 220.

<sup>715</sup>BOSCHI, 2005, p. 59.

<sup>716</sup>BOSCHI, 2005, p. 80-84.

<sup>717</sup>Nas palavras do autor, “há perturbação por ação quando o pai ou a mãe impedem ou dificultam a comunicação do seu filho com o outro genitor, o que ocorre quando o guardião impede que o visitador tenha acesso à criança e também no caso do genitor descontínuo que permanece com a criança por período superior ao estabelecido no regime de visitas. Trata-se da violação de um dever de abstenção. O descumprimento por omissão, mais freqüente em relação ao genitor descontínuo do que em relação ao guardião, consiste na inércia do pai ou da mãe em ter o filho em sua companhia. É o que ocorre quando o visitador não aparece para ter a criança em sua companhia nos períodos fixados para as visitas, ou quando o guardião se ausenta com vistas a não reassumir suas funções, fazendo com que a criança permaneça com o genitor que não detém a guarda por

Diante desses problemas, as ferramentas do direito material e processual estão à disposição do(s) genitor(es) prejudicado(s) para a busca de uma solução, ainda que sabidamente a fácil resposta teórica não represente com fidedignidade as dificuldades de ordem prática. Isso porque diante de um fato incontroverso não se vislumbra maior complexidade à prestação da tutela jurisdicional de direito em favor do genitor que vem sendo prejudicado pela conduta do outro. O problema é que a prática revela que, não bastasse a dificuldade do ser humano para compreender as necessidades alheias e a tendência a supervalorizar as suas próprias, ainda há a presença da frequente desonestidade das partes em juízo, que não raras vezes trazem ao julgador informações inverídicas ou distorcidas. E, em matéria de família, é de conhecimento comum dos operadores do direito que a prova de determinados fatos, especialmente no seio familiar, é de difícil produção. O aumento do número de pais e mães envolvidos, por decorrência da multiparentalidade, adiciona maior complexidade a essa dinâmica.

### 3.2.2.1 Infrações no Exercício do Direito de Convivência

A perturbação do regime de visitas pelo guardião pode ocorrer tanto pela via da ação quanto da omissão, sendo esta última uma preocupação menor do legislador (comparativamente). No tocante à perturbação por ação do guardião, poderá o visitante socorrer-se, por requerimento judicial, de algumas ferramentas legais: multa coercitiva, modificação de guarda e até mesmo a severa medida cautelar de busca e apreensão do menor. Quanto a esta última ferramenta, é consenso na doutrina que, devido ao potencial de trauma ao menor – mormente quando envolve o aparato policial<sup>718</sup> – deve ser evitada sempre que possível alcançar o resultado desejado por outra via.<sup>719</sup> É preferível cogitar a hipótese de inversão da guarda antes de permitir que a busca e apreensão possa vir a se tornar uma constante, até mesmo porque não se pode conceber que os prejuízos psíquicos dessa prática sejam superiores ao bem que se pretende proteger.<sup>720</sup> Entretanto, em alguns casos a busca e apreensão acaba por se revelar a única ferramenta capaz de conferir efetividade à tutela jurisdicional, especialmente quando ignorado pelo guardião o dever de fazer ou não fazer.<sup>721</sup>

---

período superior ao fixado para as visitas. Trata-se da violação de um dever de conteúdo positivo, ou seja, cujo objeto consiste numa ação” (LAURIA, 2003, p. 96).

<sup>718</sup>GAMA, 2008b, p. 230.

<sup>719</sup>VENOSA, 2017, p. 326.

<sup>720</sup>LAURIA, 2003, p. 100 e 103.

<sup>721</sup>MONTEIRO, Alessandra. A Aplicação da Tutela Específica no Direito de Família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 456.

A aplicação de multa pecuniária tem grande potencial como meio de coerção indireta do guardião infrator,<sup>722</sup> desde que seja estabelecida em “montante que efetivamente possa compelir o guardião a abster-se de dificultar a visita e, ao mesmo tempo, impeli-lo a facilitar sua ocorrência”.<sup>723</sup> Como bem destaca Marinoni, “a forma ideal de proteção do direito é a que impede a sua violação”,<sup>724</sup> configurada na tutela inibitória, que visa a evitar ou prevenir que a prática do ato contrário ao direito ocorra ou, ainda, impedir sua reiteração ou continuação quando já praticado.<sup>725</sup>

Também se apresenta como uma alternativa a hipótese de modificação de guarda, que poderá ser deferida valendo-se da teoria do abuso de direito<sup>726</sup> quando o guardião “exceder manifestamente os limites impostos pelo fim social, pela boa-fé e bons costumes”,<sup>727</sup> uma vez que estaria desvirtuando o propósito da guarda em prejuízo do menor ou do não-guardião. Qualquer comportamento do guardião que gere distanciamento entre visitante e visitado, prejudicando a saudável convivência e comunicação entre genitor e filho, tem o potencial de autorizar a modificação da guarda – após verificação da gravidade do caso.<sup>728</sup>

Assim, diante da impossibilidade de fixação da guarda compartilhada no caso concreto, sob pena de trazer ainda mais prejuízos ao desenvolvimento do filho, cumpre ao juiz, com vistas à preservação do direito de convivência, transferir o encargo para um dos outros genitores na multiparentalidade ou, sempre que possível, valer-se da guarda híbrida se isso vier ao encontro do melhor interesse da criança e do adolescente.

Além das referidas formas de correção da perturbação no regime de visitas, para os casos de extrema gravidade ao menor ainda há a possibilidade de ser promovida a suspensão ou mesmo a destituição do poder familiar, segundo entendimento de Lauria.<sup>729</sup> Tão drástica medida, de caráter excepcional, só seria uma alternativa nos casos em que a exposição do menor a riscos também revelasse excepcional gravidade.

Ainda no que tange à perturbação do regime de guardas por ação do guardião, não podemos olvidar da alienação parental, matéria essa tutelada pela Lei 12.318/10, por se tratar

---

<sup>722</sup>GAMA, 2008b, p. 230.

<sup>723</sup>BOSCHI, 2005, p. 179.

<sup>724</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 250.

<sup>725</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Jus Podivum, 2007. v. 2, p. 312.

<sup>726</sup>Código Civil, Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002 [CC])

<sup>727</sup>GAMA, 2008b, p. 210.

<sup>728</sup>MADALENO, 2004, p. 87-88.

<sup>729</sup>LAURIA, 2003, p. 101.

daquela que é possivelmente a mais grave consequência da conduta inadequada do guardião no que diz respeito à visita e ao visitante. Nessa abominável prática, o guardião, que mantém sentimentos de ódio e rancor pelo visitante, promove o desapego e o distanciamento entre esse e o visitado por meio de obstrução das visitas e depreciação da imagem do não-guardião perante o menor – que, por sua pouca experiência de vida e dependência emocional do guardião, não dispõe de preparo psicológico para resistir.<sup>730</sup> As sequelas dessa prática irresponsável são graves e não raras vezes permanentes, e incluem a tendência à repetição do comportamento do genitor alienante (por ser o único modelo de inspiração restante ao menor), sentimento de culpa e injustiça em relação ao genitor alienado, comportamento hostil, transtornos de identidade, depressão crônica, alcoolismo, dependência química e, por vezes, o suicídio.<sup>731</sup> Felizmente, com o advento da lei em questão, foram elencadas as práticas infracionais do guardião (art. 2º) e o rol de possíveis medidas (art. 6º), conferindo maior proteção a visitante – ou visitantes – e visitado, bem como melhores meios ao juiz para coibir a prática.

Por outro lado, diversamente do que ocorre com o guardião, cujas infrações são predominantemente por ação, com frequência o visitante incorre em perturbação do regime de visitas tanto por ação quanto por omissão. A primeira resume-se de modo geral em descumprimento do dever de permitir que o menor esteja sob os cuidados do guardião nos moldes da definição judicial da guarda, a exemplo da não devolução. Nesse caso, o uso da multa coercitiva e, se for o caso, da tutela cautelar de busca e apreensão deverão se revelar suficientes para solucionar o problema.

Pior do que o pai desobediente que deseja estar com o filho é aquele que não cumpre o seu dever de visita. Com isso, deixa de prestar a assistência imaterial (apoio, carinho, aconchego, atenção, cuidado, presença nos momentos importantes etc.) ao filho,<sup>732</sup> falhando no exercício da autoridade parental. A negligência do visitante durante o período de formação da personalidade do filho pode acarretar a este consequências psicológicas expressivas, geradas pelo sentimento de frustração e abandono.<sup>733</sup> Nos casos comprovadamente mais graves, poderá

---

<sup>730</sup>DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Danos psíquicos da alienação parental no litígio familiar. *In*: MADALENO, Rolf Hanssen; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 226-227.

<sup>731</sup>MOLINARI, Fernanda. Guarda e abuso do poder parental. *In*: MADALENO, Rolf Hanssen; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 462.

<sup>732</sup>BOSCHI, 2005, p. 61-62.

<sup>733</sup>LAURIA, 2003, p. 150-151.

o pretense visitado buscar indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, conforme posicionamento firmado pelo STJ.<sup>734</sup>

Aqui importante reflexão há de ser feita a respeito do acerto do nosso ordenamento jurídico ao acolher a multiparentalidade. Havendo mais de dois pais ou mães o impacto do abandono afetivo praticado por um deles tende a ser mitigado, visto que o círculo de apoio familiar do filho será maior. Por conta disso, também neste aspecto a multiparentalidade tende a vir ao encontro do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, a falha do genitor descontínuo implica penalização também ao guardião, que sofrerá sobrecarga de encargos decorrente da dedicação que terá de prestar ao menor em período que supostamente deveria estar com o visitante.<sup>735</sup> Em vez de o guardião ver-se temporariamente livre da demanda de cuidados do menor, o que lhe possibilitaria dedicar algum tempo para as suas próprias necessidades, acaba tendo de sacrificar esse período por culpa do visitante em falta. No entanto, cabe o registro de que, presente a multiparentalidade, o sacrifício pode ser menor quando o exercício da guarda dá-se por mais de um genitor. Não obstante, o cumprimento dos horários e dias fixados para o exercício das visitas, além de demonstrar respeito pelo guardião, revela interesse e preocupação com o visitado, bem como contribui com a sua educação por meio do exemplo.<sup>736</sup>

Cabe ainda neste ponto tecer alguns comentários acerca da visita que, por qualquer motivo, é prejudicial ao visitado, a exemplo da ocorrência de abuso sexual. Verificando-se que a situação geradora de risco à integridade física ou psicológica do menor não pode ser contornada de forma mais branda, o afastamento do visitante passa a ser medida imperiosa. Entretanto, “como a visita atende ao superior interesse do visitado, pensamos que ela nunca deverá ser extinta, mas apenas suspensa, tantas quantas forem as vezes que se fizerem necessárias e por prazos que podem, gradualmente, ser aumentados, como forma de proteção ao visitado”, esclarece Boschi.<sup>737</sup> Ora, se a própria regulamentação de visitas pode ser revisada a qualquer tempo,<sup>738</sup> parece-nos que com ainda mais razão a suspensão das visitas deverá ser revista, já que se trata de medida extrema cuja dilação deve ser evitada. Até mesmo porque, como já aludido anteriormente, a multiparentalidade tende a reforçar o círculo de apoio ao filho,

---

<sup>734</sup>CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 maio 2021)

<sup>735</sup>LAURIA, 2003, p. 95.

<sup>736</sup>BOSCHI, 2005, p. 154.

<sup>737</sup>BOSCHI, 2005, p. 195.

<sup>738</sup>CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**, 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 237.

de modo que um temporário afastamento de um dos pais, com vistas à preservação da integridade física ou psíquica daquele, trará menos prejuízos àquele do que nos casos em que possui apenas dois genitores.

Por fim, recordando que ao visitante cabe também o dever de prestação de alimentos, brota o questionamento sobre se a inadimplência do alimentante acarretaria algum tipo de privação do exercício de visitas, a exemplo do que acontece no ordenamento argentino – a despeito das críticas da doutrina argentina.<sup>739</sup> Ao que tudo indica, a vinculação dessas obrigações viria em prejuízo apenas do menor, uma vez que lhe acarretaria privação tanto dos alimentos quanto das visitas. Assim, o exercício das visitas não deverá sofrer alterações no caso de inadimplência alimentar, cabendo ao credor valer-se dos meios que a lei dispõe para buscar em juízo a execução da dívida.<sup>740</sup> E o fato de haver um círculo maior de suporte material na multiparentalidade tende a amenizar o prejuízo advindo da inadimplência alimentar, não havendo razões para causar duplo prejuízo à criança ou adolescente, de ordem material (alimentos) e imaterial (convivência).

### 3.2.2.2 Convivência Com a Família Extensa

Com a edição da aplaudida lei nº 12.398/11, que incluiu no parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil<sup>741</sup> a previsão de visitas pelos avós, o ordenamento pátrio deu mais um passo em direção às modernas tendências do direito das famílias, que procuram uma “revalorização do aspecto afetivo, busca de autenticidade nas relações e preservação do interesse de crianças e adolescentes.”<sup>742</sup> Tratou-se de positivação de direito que já era defendido pela doutrina<sup>743</sup> e praticado pela jurisprudência.<sup>744</sup>

Foi em uma decisão da Corte de Cassação francesa, em 1857, que se teve conhecimento do primeiro caso emblemático de reconhecimento do direito de visitas dos avós. A Espanha seguiu caminho semelhante com uma decisão importante do Tribunal Supremo da Espanha, em 1935, que entendeu que aos avós seria assegurado o direito de visita à neta, ainda que contra a

<sup>739</sup>BOSSERT; ZANNONI, 2000, p. 395.

<sup>740</sup>BOSCHI, 2005, p. 184.

<sup>741</sup>Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

**Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.** (BRASIL, 2002 [CC]) (grifo nosso)

<sup>742</sup>PEREIRA, S., 2004, p. 48.

<sup>743</sup>GAMA, 2008b, p. 231.

<sup>744</sup>BOSCHI, 2005, p. 9 e 11.

vontade do pai; atualmente, prevê o direito de visitas para parentes ou terceiros quando reclamado pelo visitado. Em Portugal a legislação adaptou-se bem à mudança de paradigma em favor da proteção dos interesses do visitado, incluindo avós e irmãos no rol de legitimados a exercer a visita. Na Itália, em que pese inexistir previsão expressa de direito de visita pelos avós devido à reduzida legislação sobre o tema, a jurisprudência tratou de colmatar a lacuna, conferindo esse direito às mesmas pessoas dos países vizinhos anteriormente mencionados. Na Suíça o direito de visita é estendido, em circunstâncias especiais, a parentes e terceiros. Na Argentina o direito de visitas é garantido às pessoas que devem alimentos reciprocamente, o que inclui a relação entre avós e netos.<sup>745</sup>

Mesmo antes da alteração do Código Civil, sendo o direito de família moderno norteado pela proteção dos vínculos de afeto e pelo melhor interesse do menor, não seria justificável que a visita dos avós, normalmente saudável para a criança, fosse denegada por simples ausência de autorização expressa. Boschi salienta que o direito de visita prescinde de lei, uma vez que “a própria história do instituto demonstra que ele nasceu com a doutrina, consagrou-se na jurisprudência dos países civilizados, para, finalmente, vir a ser normatizado.”<sup>746</sup> Em regra, a manutenção dos laços entre avós e netos permite a estes o contato com valores diferentes dos da sua geração que, em um processo dialético, contribuirão para a construção da sua personalidade.<sup>747</sup> Não obstante, ainda leva em conta interesse múltiplo, como registra Euclides de Oliveira: “do menor, em manter-se integrado na comunidade familiar; dos pais, pela preservação do indispensável convívio com os ancestrais, e dos avós, na distribuição do seu natural afeto aos descendentes.”<sup>748</sup> Nem seria razoável ou justo que fosse diferente, uma vez que por força do art. 1.696 do Código Civil os avós podem ser responsabilizados pelo sustento dos netos. De modo diverso, hipoteticamente poderia o avô ser obrigado a prestar alimentos em favor do neto sem que lhe fosse dado o direito de fiscalizar a utilização do valor no interesse do alimentando.

É claro que há um fator complicado no que toca à operacionalização da visita pelos avós quando presente a multiparentalidade, já que em vez dos habituais dois pares de avós, a criança poderia ter três ou mais pares. Isso sem considerar a possibilidade de que esteja presente a

---

<sup>745</sup>BOSCHI, 2005, p. 7, 9, 16, 20, 21, 24 e 25.

<sup>746</sup>BOSCHI, 2005, p. 66.

<sup>747</sup>BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 51.

<sup>748</sup>OLIVEIRA, Euclides de. Direito de visitas dos avós aos netos. In: COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p. 165.

multiparentalidade em mais de uma geração, o que alargaria ainda mais o número de avós. Trata-se de realidade surreal atualmente, mas o futuro é uma incógnita. Equacionar múltiplas demandas de exercício da visitação por pais e avós pode se revelar um desafio significativo, mas para o qual seguramente será possível encontrar soluções de acordo com as peculiaridades do caso concreto e tendo por norte os princípios de direito aplicáveis à relação jurídica em questão, dentre os quais grande importância possui o do melhor interesse da criança e do adolescente.

Cumpra esclarecer, segundo entendimento de Boschi, que aos avós é garantido o autêntico direito de visita, não se tratando de um direito-dever como é o caso dos genitores.<sup>749</sup> O dever de visita dos avós existiu em relação aos seus próprios filhos, em virtude do poder familiar. Eventual dever de visita entre avós e netos limitar-se-á à esfera moral, não havendo ilegalidade em caso de não exercício.

Por fim, quanto às pessoas que podem buscar o exercício das visitas, Maria Berenice Dias registra que esse direito vem se desdobrando em favor de outras pessoas quando isso se revelar importante para a preservação dos vínculos afetivos com o visitado.<sup>750</sup> Sempre que o superior interesse da criança ou adolescente indicar a conveniência de convívio do menor com alguma pessoa, não necessariamente pais e avós, a inexistência de norma expressa não deverá ser um óbice à pretensão, mormente quando a existência de laços recíprocos de afeto demonstrar que isso virá em benefício da formação da personalidade do visitado. Fabio Bauab Boschi alude ao fato de que a jurisprudência nacional já está se dirigindo por esse caminho ao garantir o direito de visitas entre tios e sobrinhos, direito este que, segundo o autor, deveria pelas mesmas razões se estender a qualquer outro parente que possua laços afetivos profundos.<sup>751</sup> Ao fim e ao cabo, não há de se conferir tratamento distinto nesse particular às relações caracterizadas pela multiparentalidade.

### 3.3 REGIME DE BENS E PARTILHA

Grande problema detectado para a acomodação da união poliafetiva nas regras vigentes toca à eventual partilha de bens, a considerar a inexistência de previsão legal para tanto. Utilizemos ilustrativamente a menor das formações poliamorosas possível, envolvendo três pessoas. É improvável que o nascimento de uma união dessas se dê envolvendo desde o

---

<sup>749</sup>BOSCHI, 2005, p. 113.

<sup>750</sup>DIAS, 2015, p. 532-533.

<sup>751</sup>BOSCHI, 2005, p. 79 e 121.

princípio os três componentes – embora não impossível, já que a união poliafetiva poderia resultar, ao menos em tese, de um namoro poliafetivo. Mais provável é que a relação envolva inicialmente apenas duas pessoas e, com o tempo, uma terceira ingresse na relação. Eis o problema: com restará definida a comunhão de bens?

Se não há patrimônio comum, desaparece a preocupação, já que não demandará partilha – da mesma forma que não demandaria numa união estável pelo regime da separação total de bens, teoricamente. No entanto, o problema posto diz respeito à hipótese em que há patrimônio a ser partilhado. Uma solução segura – e, na medida do possível, justa – deve ser elaborada para solucionar eventuais litígios envolvendo a demanda pela partilha de bens. Se por um lado o pensamento mais conservador pode nos tentar com a ideia de que o terceiro que ingressa na relação não tem qualquer direito, pois caracterizado está o concubinato,<sup>752</sup> por outro já restou claro o bastante que a tentativa de excluir a nova formação familiar caracterizada pela união poliafetiva esbarra na visão moderna do direito das famílias.

As dificuldades atinentes à partilha de bens na união poliafetiva são de duas distintas ordens, mas intimamente interligadas: a primeira diz respeito à hipótese de serem praticados diferentes regimes de bens – um na união estável preexistente e outro na união poliafetiva que nascerá; a segunda é a complexidade exurgida da aquisição de bens adquiridos em momentos distintos (durante a união estável preexistente e após o início da união poliafetiva), ainda que seja o regime da comunhão parcial de bens aplicável a todas as hipóteses.

Por simplificação, o cotejo que será feito ficará adstrito à união estável e à união poliafetiva, pois, como já esclarecido alhures, as regras daquela entidade familiar serão aplicadas tanto quanto possível à família poliafetiva. Todavia, deve-se levar em consideração a possibilidade de extensão das reflexões e conclusões também à hipótese de a união originária ser um casamento. Se o casamento não é impedimento para o reconhecimento de união estável – quando houver separação de fato –, então poder-se-ia cogitar o reconhecimento da união poliafetiva de pessoas casadas.

Isso porque, se a união poliafetiva estiver caracterizada, então o casamento deixou de ser exercido no plano dos fatos. O direito sobremaneira prestigia a situação fática constatada, pois do contrário seria impensável cogitar-se o reconhecimento de união estável de pessoa casada.

---

<sup>752</sup>Nesse sentido é a inclinação expressada por Regina Beatriz Tavares da Silva quando da análise do Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, que negou direitos à união simultânea (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. **Revista de direito civil contemporâneo**, v. 26, p. 411-448, jan./mar. 2021, p. 4-5).

A preocupação restringe-se ao regime da comunhão parcial de bens por razões simples. Antes de mais nada, por se tratar do regime legal, aplicável a todas as uniões e casamentos em que inexistia ato válido de manifestação e vontade das partes dispendo em sentido contrário.

Mas vai além disso, pois a conclusão decorre de um raciocínio por exclusão: no regime da comunhão universal de bens, como regra geral todos os bens de todos os componentes da união integrarão a partilha, havendo pouca importância se havia um regime distinto anterior ou se o bem foi adquirido durante a união ou não; no regime da separação total inexistirá patrimônio a ser partilhado – desde que o regime da união estável preexistente também o seja; e, por fim, o regime da participação final nos aquestos é de uso muito raro no Brasil, mas, caso adotado, poderá valer-se da solução aplicável à comunhão parcial de bens, com as necessárias adequações.

Portanto, sendo o regime da comunhão parcial de bens a reger a união estável preexistente, possivelmente haverá patrimônio em comunhão entre os dois componentes da relação. Então, com o início de uma união poliafetiva, haverá uma nova comunhão, dessa vez envolvendo todos os componentes da família a três. E essa ocorrência conduzirá a situação peculiar em que duas distintas comunhões existirão: a comunhão a dois da união original e a comunhão a três da nova união – sem prejuízo de quadros ainda mais complexos quando a união poliafetiva for composta por mais de três pessoas, num crescimento gradativo e, portanto, com diferentes marcos temporais.

Dessa feita, buscando uma resposta ao problema, duas possíveis soluções se apresentam: a reforma do sistema de regime de bens e a triação. Ambas as hipóteses serão abordadas nos tópicos seguintes.

### **3.3.1 Reforma do Sistema de Regimes de Bens**

Uma possível solução para resolver a dificuldade posta pelo regime de bens numa união poliafetiva, não aplicável de imediato (pois dependente de alteração legislativa), seria a extinção da regra geral de um regime legal de comunhão parcial, proposta essa esposada por Samir Namur. O presente tópico será destinado exclusivamente a abordar a inovadora proposta trazida pelo autor em sua obra monográfica destinada ao tema. Segundo ele:

A supletividade do regime de bens é tema adequado para que se evite, pelo legislador, a “*armadilha da tutela paternalista*”, uma vez que ordenamentos de tipo paternalista são compatíveis com sociedades infantilizadas, em que as pessoas são tidas como irresponsáveis, ignorantes e inconseqüentes, fazendo com que tudo seja proibido ou regulado, podendo-se fazer apenas o que é expressamente permitido, protegendo as

pessoas de si próprias, no sentido completamente oposto da presunção que vigora nas sociedades democráticas, de que “*a liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção*”. Desse modo, não é mais função do Estado escolher um regime de bens para as pessoas que constituem família. Constituir família e unir patrimônio envolvem situações jurídicas subjetivas completamente distintas, reguladas por princípios e pressupostos também distintos. Nesse caso, a não interferência do Estado coincide com uma regra específica que determine: em caso de silêncio dos familiares, incide o regime da separação de bens.<sup>753</sup>

A liberdade patrimonial deve ser tratada de modo diverso da liberdade existencial, do mesmo modo que o direito civil destina distinto tratamento entre as relações jurídicas patrimoniais e as existenciais. A interpretação adequada da liberdade – e, por conseguinte, da autonomia privada – deve se dar de forma restritiva, sempre com vistas ao resguardo da dignidade humana, que é prioritária em face das atividades de cunho econômico. Por sua vez, a autonomia privada existencial, por seu forte apelo emocional, deve ser orientada para o exercício pleno da personalidade – de modo a proteger também a dignidade humana. No início do século passado o patrimônio era o pilar da família e esta era a base da sociedade. Atualmente, a base da família é a manifestação de afeto pelo indivíduo; relações patrimoniais devem ser reguladas pelos demais ramos do direito – sendo suficiente o direito das obrigações para tal propósito. Assim, se pessoas com plena capacidade civil são livres para a prática de atos negociais e disposição patrimonial, nas relações patrimoniais entre membros da família a solução há de ser a mesma – à exceção daquelas relações que embora possam ter conteúdo econômico são decorrência da solidariedade familiar e atingem a esfera existencial, a exemplo da obrigação alimentar e da sucessão por morte.<sup>754</sup>

Aliás, percebe-se que a proposta de Namur acerca do deslocamento das questões patrimoniais para fora do direito de família apresenta-se como alternativa muito prática também para a célere prestação da tutela jurisdicional em matéria de divórcio. Isso porque não raras vezes o procedimento atinente ao divórcio se arrasta interminavelmente devido a discussões atinentes a aspectos puramente patrimoniais. Frequentemente a partilha de bens é o ponto nevrálgico da solução do litígio. Nesse contexto, se hipoteticamente a regra supletiva para o regime de bens do casamento fosse a separação total, o processo de divórcio prescindiria de partilha. Eventuais contratações entre os cônjuges envolvendo questão de natureza obrigacional seriam remetidas às vias ordinárias no juízo cível, não impactando sobre o desenlace almejado no processo que objetiva a resolução das questões próprias do direito de família – estado civil, guarda, alimentos etc. Uma outra consequência advinda da fixação da separação total como

---

<sup>753</sup>NAMUR, 2014, p. 179.

<sup>754</sup>NAMUR, 2014, p. 180.

regime de bens seria a dispensa de regulação pormenorizada das regras de regimes de bens, pois tais regras seriam definidas pelas próprias partes por meio de contratos atípicos que melhor atendessem os seus interesses.<sup>755</sup>

O aspecto mais interessante – para a presente pesquisa – da proposta de Samir Namur reside na consequência que essa mudança da regra de regime de bens teria sobre a própria monogamia. A monogamia, junto com o limite de idade para casar e o rigor formal do casamento – e em certa medida da união estável – são justificados pelo patrimônio amealhado na constância da união. Sem dúvida a presença de diversos núcleos familiares implicaria enorme insegurança jurídica pela significativa dificuldade na identificação dos titulares dos bens e separação de patrimônios. Por sua vez, a união envolvendo menores esbarraria na falta de autonomia negocial e de administração patrimonial. Por fim, o rigor formal do casamento – e da união estável, facultativamente – guarda relação com a necessária publicidade, que se justifica pelos reflexos patrimoniais que podem advir da união, os quais adentram em interesses não só dos cônjuges, mas também de terceiros.<sup>756</sup>

Estas preocupações todas estão associadas à tradicional – e ainda atual – sistemática de regime de bens, que supletivamente fixa na comunhão parcial o regime dos casamentos e uniões estáveis. Ou seja, se acaso tal determinação legal viesse a ser superada pela proposta de Namur, todas estas demais regras consequentes do regime de bens supletivo perderiam a razão de existir. Assim, sendo a separação de bens a regra a operar automaticamente entre cônjuges e companheiros, todas as demandas de regramento patrimonial diverso seriam remetidas à autonomia privada, cabendo aos interessados pactuarem aquilo que melhor lhes aprouver. Eventuais problemas daí advindos seriam resolvidos pela esfera patrimonial (obrigacional ou real).<sup>757</sup>

Com isso, a multiplicidade de núcleos familiares deixaria de ser preocupação do direito e passaria a ser objeto de atenção exclusivo da esfera da moralidade, haja vista que a insegurança patrimonial antes existente devido à estrutura do sistema jurídico de regime de bens

---

<sup>755</sup>NAMUR, 2014, p. 181.

<sup>756</sup>NAMUR, 2014, p. 182.

<sup>757</sup>NAMUR, 2014, p. 182.

supletivo simplesmente desapareceria.<sup>758</sup> Salvo pactuação obrigacional em sentido diverso, cada componente da família é titular do seu próprio patrimônio.<sup>759</sup>

É um contrassenso para a realidade atual enquadrar o afeto dentro do direito público, dada a sua natureza subjetiva e manifestação máxima da intimidade do indivíduo. Quer-se com isso dizer que o afeto necessariamente deva restar situado dentro de uma esfera de direitos propriamente tutelada pela autonomia privada. E sendo o vínculo afetivo o elemento determinante da formação familiar, é preciso ressignificar a ideia de que a família deva ser necessariamente desenhada pelo casamento ou por sua versão informal, a união estável. Na visão de Namur, a família privatizada implica a limitação da função do Estado a apenas reconhecê-la como exteriorização legítima da vontade de convivência conjunta por seus membros na esfera existencial – e não patrimonial –, a partir do que incidem os efeitos advindos do vínculo familiar, a exemplo de sucessão *causa mortis*, efeitos previdenciários etc. Efeitos patrimoniais adviriam exclusivamente da existência de pactuação entre as partes. Ou seja, “estabelece-se verdadeira cláusula de não-direito no direito de família: o Estado por meio do direito reconhece a família, mas se retira a prerrogativa de pré-defini-la e pré-regulamentá-la, faculdades exercidas pelos indivíduos, senhores de suas vontades [...]”<sup>760</sup>

É necessário o registro de alguns apontamentos importantes acerca da proposta de Namur. O primeiro deles, no sentido de destacar que a proposição não se restringe a um ou outro tipo de união; trata-se acima de tudo da eliminação da regra geral hoje em voga, de que as uniões conjugais sejam regidas automaticamente pelo regime da comunhão parcial de bens.

O segundo apontamento é que não pretende o autor a simples substituição do regime legal atual pelo regime da separação total de bens – embora os efeitos possam ser semelhantes. Sua proposição trabalha num nível mais profundo de transformação do ordenamento jurídico, pois implica o deslocamento do regime de bens do âmbito do direito das famílias para o âmbito do direito das obrigações, passando a figurar como negócio jurídico com conteúdo patrimonial destinado a atender às necessidades dos contratantes.

---

<sup>758</sup>O mesmo raciocínio se estenderia também às outras duas questões suscitadas pelo autor, quais sejam, a idade mínima para casar e a rigorosa formalização e registro do casamento: “O discernimento para constituir família em função da idade passa a ser apenas uma questão de verificar-se um “não aproveitamento afetivo” de um pelo outro em termos de convivência, pois até mesmo a capacidade jurídica deixa de ser necessária para a família, que é apenas o conviver. Por fim, não ter um regime de comunhão de bens como regra para ser divulgado torna a formalização e registro da família desnecessária (a não ser para efeito de facilitação como prova no momento de sua dissolução). O eventual registro daquilo que é contrato obedecerá, logicamente, o rito das relações obrigacionais e reais.” (NAMUR, 2014, p. 182.)

<sup>759</sup>NAMUR, 2014, p. 182.

<sup>760</sup>NAMUR, 2014, p. 184-185.

Por fim, o terceiro apontamento a ser feito é de que a proposta, notoriamente arrojada, parte do pressuposto de que as partes terão o necessário entendimento de que na falta de um regime estabelecido, não há qualquer regime de bens a ser aplicado, o que implica dizer, em termos gerais, que os efeitos serão similares ao do regime da separação total de bens.

No entanto, é difícil prever quão desastrosos poderão ser os efeitos sociais de tão radical mudança, a considerar que culturalmente ainda é muito comum que uniões estáveis sejam constituídas sem contrato de convivência ou escritura pública, especialmente nas camadas mais vulneráveis do extrato social – até mesmo pelo custo e carência de informação.

Por fim, o quarto e último apontamento acerca da proposição em comento vem para suscitar uma dificuldade operacional para a implementação desse sistema a curto ou médio prazo, pois demandaria severa alteração legislativa – o que não é fundamento suficiente para impedir a mudança, mas é um obstáculo expressivo.

Por conta disso, não se vê na proposição de Namur uma solução para as famílias poliafetivas. No entanto, a argumentação do autor suscita importante reflexão sobre a possibilidade de um passo um pouco menos audacioso: a alteração do regime de bens legal, passando a figurar o regime da separação como aquele aplicável às hipóteses em que inexistente pacto antenupcial para o casamento ou escritura pública para as uniões estáveis – e, por analogia, às uniões poliafetivas, em que pese o óbice levantado pelo CNJ nesse sentido.

### 3.3.2 Triação e Soluções Análogas

Como ponto de partida para a busca de respostas para aquilo que não foi previsto pelo legislador, buscar na analogia<sup>761</sup> uma solução para a partilha de bens na união poliafetiva pode se revelar frutificante. Para tanto, o casamento putativo pode ser um bom norte a ser seguido, pois dentre as possíveis causas de nulidade está a ocorrência de um impedimento bastante familiar ao presente estudo: um dos cônjuges já ser casado anteriormente.<sup>762</sup> Diante da nulidade, o matrimônio não produzirá efeitos, salvo na hipótese de putatividade.<sup>763</sup> Em se tratando de casamento putativo pelo regime da comunhão parcial de bens, eventual aquisição patrimonial

---

<sup>761</sup>Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 20 maio 2021)

<sup>762</sup>Art. 1.521. Não podem casar: [...] VI - as pessoas casadas; (BRASIL, 2002 [CC])

<sup>763</sup>Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. (BRASIL, 2002 [CC]).

após a celebração e anterior à sentença de invalidação deverá necessariamente ser objeto de partilha, o que poderá gerar a peculiar situação de haver duas comunhões distintas, uma para cada casamento.

Por nenhuma razão negar-se-ia idêntica solução à hipótese de rateio que deva se dar entre duas companheiras, para o que a regra já existente do casamento putativo poderia seguramente ser utilizada por analogia. A regra em questão, com potencial aplicação independentemente de qual seja o número de esposas ou maridos que estejam de boa-fé no casamento putativo, revela-se apta a atender às demandas geradas pelas uniões poliafetivas, a despeito do número de integrantes. Afinal, se as regras do casamento putativo puderem ser aplicadas à união estável putativa – cuja configuração é até mais fácil<sup>764</sup> –, poderiam elas servirem de base para as uniões poliafetivas – até que a legislação se adequasse à nova demanda social.

A triação já se fez presente em alguns julgados recentes,<sup>765</sup> normalmente como solução dada às excepcionais ocorrências de famílias simultâneas que recebam a tutela do direito devido

<sup>764</sup>SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A (im)possibilidade da concessão da pensão por morte para o companheiro da união estável paralela consentida. **Revista magister de direito civil e processual civil**, v. 63, nov./dez. 2014, p. 80.

<sup>765</sup>APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO INSTITUTO. CABIMENTO. CONCOMITÂNCIA COM O CASAMENTO QUE NÃO AFASTA A PRETENSÃO NO CASO. SENTENÇA REFORMADA. I. Presente prova categórica de que o relacionamento mantido entre a requerente e o falecido entre 08/2000 e a data do óbito dele se dava nos moldes do artigo 1.723 do Código Civil, mas também a higidez do vínculo matrimonial do de cujus até o mesmo momento. Caso provada a existência de relação extraconjugal duradoura, pública e com a intenção de constituir família, ainda que concomitante ao casamento e sem a separação de fato configurada, deve ser, sim, reconhecida como união estável, mas desde que o cônjuge não faltoso com os deveres do casamento tenha efetiva ciência da existência dessa outra relação fora dele, o que aqui está devidamente demonstrado. Ora, se a esposa concorda em compartilhar o marido em vida, também deve aceitar a divisão de seu patrimônio após a morte, se fazendo necessária a preservação do interesse de ambas as células familiares constituídas. Em havendo transparência entre todos os envolvidos na relação simultânea, os impedimentos impostos nos artigos 1.521, inciso VI, e artigo 1.727, ambos do Código Civil, caracterizariam uma demasiada intervenção estatal, devendo ser observada sua vontade em viver naquela situação familiar. Formalismo legal que não pode prevalecer sobre situação fática há anos consolidada. Sentimentos não estão sujeitos a regras, tampouco a preconceitos, de modo que, ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, indispensável que o julgador decida com observância à dignidade da pessoa humana, solidariedade, busca pela felicidade, liberdade e igualdade. Deixando de lado julgamentos morais, certo é que casos como o presente são mais comuns do que pensamos e merecem ser objeto de proteção jurídica, até mesmo porque o preconceito não impede sua ocorrência, muito menos a imposição do “castigo” da marginalização vai fazê-lo. Princípio da monogamia e dever de lealdade estabelecidos que devem ser revistos diante da evolução histórica do conceito de família, acompanhando os avanços sociais. II. Reconhecida a união estável e o casamento simultâneos, como no presente, a jurisprudência da Corte tem entendido necessário dividir o patrimônio adquirido no período da concomitância em três partes, o que se convencionou chamar de “triação”. Não se pode deixar de referir que o caso se centrou mais no reconhecimento da união estável, de modo que inviável afirmar aqui e agora, com segurança, quais são exatamente os bens amealhados no período. Além disso, ao que tudo indica, a partilha de bens do falecido já foi realizada entre os anteriores herdeiros, enquanto que os filhos maiores e capazes desse não participaram do processo, mas apenas a cônjuge, razão pela qual não podem ter seu direito atingido sem o exercício do contraditório e da ampla defesa. Ao juízo de família, na ação proposta, compete apenas reconhecer ou não a existência da afirmada relação estável da demandante com o de cujus e a repercussão patrimonial a que essa faz jus, sendo que a extensão dos efeitos patrimoniais que são próprios à

à demanda por justiça detectada casuisticamente. Quando trazida para a esfera do poliamor pode se mostrar promissora, pois uma solução com alto potencial de justiça e segurança jurídica. Justiça porque aproxima ainda mais os tratamentos da união poliafetiva e da união estável – esta última lapidada pela necessidade de atendimento dos anseios sociais de justiça para as famílias formadas neste molde. E transita tanto quanto possível pelo caminho da segurança jurídica porque em vez de ser utilizada uma solução completamente nova, com desdobramentos ainda desconhecidos em nosso ordenamento, estar-se-á diante da adaptação de uma solução já conhecida de longa data.

Rafael da Silva Santiago vai além e propõe o uso da fórmula também para as outras formas possíveis de poliamor, incluindo aquelas que transitam na zona limítrofe das uniões simultâneas – ainda vedadas por lei por figurarem no campo do concubinato, especialmente após o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, segundo o autor “quando a relação originar várias famílias derivadas, é óbvio que [...] os efeitos de uma família repercutam na outra, o que tornará mais difícil a partilha do patrimônio [...]”.<sup>766</sup>

Diante desse complexo quadro, o autor reforça que a análise fática será determinante para o melhor deslinde da questão, “sendo ônus das partes envolvidas trazerem aos autos a maior quantidade de provas possíveis para o convencimento do magistrado. Trata-se de um ônus com o qual os praticantes do poliamor devem arcar em virtude da excepcionalidade de sua identidade relacional.”<sup>767</sup>

Sem dúvidas, há grande razão nesse ponto por parte do autor, devendo haver a aplicação das regras processuais de distribuição do ônus da prova conforme as circunstâncias e as regras de presunções da legislação civil – presunção absoluta de esforço comum no regime da comunhão parcial de bens (art. 1.658 a 1.660), presunção de copropriedade de bens móveis quando inexistente prova em contrário<sup>768</sup> etc.

Mas aqui não há como manter-se alinhado à conclusão do autor senão no que toca à união poliafetiva, assim definida como um único núcleo familiar composto por vínculo conjugal envolvendo três ou mais pessoas. Esclarecido isso, pode-se suscitar novamente a dificuldade prática do exercício da triação: a pré-existência de uma união estável na qual houve aquisição de patrimônio comum.

---

condição de companheira deverá ser buscada em demanda própria. Apelação parcialmente provida, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL, 2020 [AC 70082663261]).

<sup>766</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 220.

<sup>767</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 220.

<sup>768</sup>Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior. (BRASIL, 2002 [CC])

Em que pese a casuística possa trazer às portas do judiciário partilha de bens envolvendo enorme complexidade fática, fazendo hercúlea a tarefa do julgador de promover uma partilha correta, essa assustadora possibilidade está longe de ser um problema realmente difícil de ser solucionado no campo abstrato do direito.

Imagine-se, ilustrativamente, que os sujeitos 1 e 2 possuem uma união estável e adquirem o bem X, no valor de 200 mil reais. Posteriormente, formam uma união poliafetiva com o sujeito 3 e adquirem o bem Y, no valor de 300 mil reais. Por fim, ampliam a união poliafetiva, incluindo o sujeito 4. E, no curso dessa união com quatro pessoas, acabam por adquirir o bem Z, no valor de 400 mil reais. E então o sujeito 1 rompe com os demais e decide sair da relação. Qual é o valor do seu patrimônio?

É certo que os sujeitos 3 e 4 não participam da partilha do patrimônio X, pois trata-se de bem em comunhão apenas em os sujeitos 1 e 2. Se a partilha tivesse sido feita oportunamente, tais bens integrariam os patrimônios particulares dos sujeitos 1 e 2 e, por isso, não integrariam a comunhão de bens advinda da união poliafetiva formada posteriormente com o sujeito 3. A partilha do bem X seria feita então metade para o sujeito 1 e metade para o sujeito 2, restando cada um com 100 mil.

Pela mesma lógica, o sujeito 4 não tem direito na partilha ao bem Y, o qual foi adquirido na constância da união poliafetiva dos sujeitos 1, 2 e 3. Assim, caso tivesse sido feita a partilha oportunamente, antes da expansão da relação poliafetiva para promover a inclusão do sujeito 4, o bem Y teria sido partilhado entre os sujeitos 1, 2 e 3, restando cada um com 100 mil relativos a esta partilha.

Por fim, o bem Z foi adquirido em comunhão na união poliafetiva entre os quatro sujeitos, portanto, todos terão direito. Dessa feita, restará o bem questão partilhado e cada um dos membros terá direito a 100 mil deste bem.

Portanto, caso o sujeito 1 rompesse com todos e saísse da união poliafetiva existente, seu patrimônio particular seria, ao final, de 300 mil reais, resultante do somatório das três partilhas feitas. Embora o exemplo utilizado para ilustrar a forma de resolver a partilha da união poliafetiva seja o mais simples possível, a mesma lógica deve ser aplicada para casos complexos.

A maior dificuldade será a de fazer prova dos fatos, tal como ocorre ordinariamente nas demandas judiciais de reconhecimento e dissolução de união estável cumulado com partilha de bens. Em tais casos, as dificuldades residem no plano dos fatos e não do direito, sendo comum que haja controvérsia sobre a existência da união, data do início ou do fim da união, existência de bens, data de aquisição dos bens, origem dos bens etc. Portanto, embora o desafio em

operacionalizar a partilha de bens possa ser casuisticamente grande, juridicamente a solução é de fácil compreensão.

Evidentemente, podem surgir casos particularmente complexos, a exemplo de ser uma união em que ocorram separações de fato que possam culminar na interrupção da incidência do regime legal. Exemplificativamente, dando prosseguimento à ilustração anteriormente utilizada, imagine-se que o sujeito 1, após sair da relação, acaba por se reconciliar com os antigos companheiros poliafetivos após certo tempo. No entanto, neste período, os companheiros adquiriram o bem W, no valor de 300 mil reais. E após o reingresso do sujeito 1, houve a aquisição do bem V, no valor de 400 mil reais.

A solução continua sendo simples: no tocante ao bem W, o sujeito 1 não tem qualquer direito. Em relação ao bem V, terá direito à sua parte, ou seja, 100 mil reais. Assim, em caso de nova dissolução, o sujeito 1 acrescerá ao seu patrimônio particular apenas a fração correspondente ao bem V, haja vista que o bem W compõe apenas a comunhão dos sujeitos 2, 3 e 4.

Em suma, o fracionamento da partilha em etapas, de acordo com a formação familiar existente à data da aquisição do bem, como se cada partilha necessária tivesse sido feita no tempo oportuno, será o caminho para resolver a partilha de bens nas uniões poliafetivas. Desde que os fatos estejam esclarecidos (provados ou incontroversos), a partilha poderá ser feita sem maiores percalços.

Também por isso, acaba por ser de menor relevância a existência de diferentes regimes nas uniões pelas quais a entidade familiar transitou. Se para a conclusão da partilha derradeira o juiz tiver de proceder uma subpartilha para cada união que chegue ao fim – por ter sido substituída por uma nova união envolvendo, em parte, as mesmas pessoas –, então a existência de diferentes regimes de bens não representará um obstáculo.

Isso porque, concluída a subpartilha correspondente à primeira união, os bens dali resultantes serão destinados aos patrimônios particulares dos componentes daquela relação. Assim, na próxima relação novas regras podem incidir sem que haja prejuízo à correta partilha dos bens.

No mais, convém esclarecer que os regimes de bens e a partilha devem obedecer, tanto quanto possível, os ditames do Código Civil, em analogia à união estável – pelas razões já expostas. Assim, exceto pelo número de componentes e, por conseguinte, o número de partes em que se fará a partilha, no mais devem ser aplicadas as regras de direito civil e processo civil que normalmente seriam utilizadas para solucionar a partilha de bens numa união estável.

Nesse particular, é importante o registro sobre o impacto do ativismo judicial que, para além de colmatar lacunas da lei, por vezes acaba criando precedentes que se chocam com o texto legal. A exemplo disso, pode-se invocar o Recurso Especial nº 1.616.207/RJ, que criou preocupante precedente, colocando a risco a segurança jurídica ao estender à união estável as causas suspensivas do casamento e seus efeitos.<sup>769</sup>

O julgado em questão adota entendimento conflitante com a orientação prevista no Código Civil. Nos termos do art. 1.723, §1º, do Código, “as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”, o que permitia inferir não serem aplicáveis as causas suspensivas do casamento à união estável, posição essa adotada por Flavio Tartuce.<sup>770</sup> E, sendo este o caso, faltava o pressuposto para a aplicação do disposto no art. 1.641, I, que estabelece ser aplicável o regime da separação obrigatória de bens quando o casamento for contraído com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento. Portanto, o regime de bens da união estável, por força da previsão do art. 1.725 do Código, seria o da comunhão parcial de bens, salvo quando existente contrato escrito estipulando regime diverso.

Logo, caso o precedente em questão venha a se tornar a posição pacífica do STJ, conferindo nova interpretação à orientação vigente de inaplicabilidade de causas suspensivas à união estável e aplicabilidade do regime da comunhão parcial de bens – inclusive para as uniões

---

<sup>769</sup>CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. CAUSA SUSPENSIVA DO CASAMENTO PREVISTA NO INCISO III DO ART. 1.523 DO CC/02. APLICAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE. REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO PARA A PARTILHA. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Inaplicabilidade do NCPD neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Na hipótese em que ainda não se decidiu sobre a partilha de bens do casamento anterior de convivente, é obrigatória a adoção do regime da separação de bens na união estável, como é feito no matrimônio, com aplicação do disposto no inciso III do art. 1.523 c/c 1.641, I, do CC/02.

3. Determinando a Constituição Federal (art. 226, § 3º) que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não se pode admitir uma situação em que o legislador, para o matrimônio, entendeu por bem estabelecer uma restrição e não aplicá-la também para a união estável.

4. A Segunda Seção, no julgamento do REsp nº 1.623.858/MG, pacificou o entendimento de que no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento/união estável, desde que comprovado o esforço comum para a sua aquisição.

5. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1616207 - RJ (2016/0082547-0)**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 17 de novembro de 2020. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600825470&dt\\_publicacao=20/11/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600825470&dt_publicacao=20/11/2020). Acesso em: 20 maio 2021)

<sup>770</sup>TARTUCE, 2017a, p. 222.

constituídas entre pessoas casadas, mas separadas de fato –, então tal regra deverá ser levada em consideração também em relação às uniões poliafetivas.

Mas, para que se estabeleça segurança jurídica sobre o tema, será necessário também definir se a partilha anterior não feita, que autoriza a aplicação da causa suspensiva, é apenas em relação ao casamento ou também em relação a uma união estável em que houve constituição de patrimônio comum.

Em outras palavras, caso tal precedente venha a estabelecer a regra a ser seguida, então a composição de união poliafetiva que suceda a uma pré-existente união (estável ou poliafetiva) poderá ter o regime da comunhão parcial de bens ou da separação obrigatória de bens, a depender de a união anterior ter bens a partilhar ou não. De um jeito ou de outro, a regra a ser aplicada será a mesma da união estável, seguindo a lógica já explanada: para cada nova união, uma diferente partilha há de ser feita pelo fim da união anterior (com um número de membros diferente); o regime de bens que se aplicará, será relevante para a correta partilha, mas irrelevante como obstáculo à operacionalização da partilha de bens nas famílias poliafetivas.

Dessa feita, em conclusão do tema atinente à partilha de bens na união poliafetiva, analisadas as duas hipóteses de solução para a aplicação do regime de bens e partilha, o que se pode concluir é que para um primeiro momento, o uso da triação (ou divisão em número maior, se mais do que três membros tiver a união), em substituição à meação, pode ser a proposta menos agressiva ao sistema jurídico em voga no Brasil; para um momento futuro, há de se pensar com a necessária prudência e senso crítico na possibilidade de alteração na legislação, passando a figurar o regime da separação de bens como o regime legal – sem prejuízo da eleição de um regime diverso pelos cônjuges e companheiros mediante pacto antenupcial ou escritura pública – ou, ainda, a completa redefinição das normas atinentes aos regimes de bens, como proposto por Namur.

A adoção da solução aqui proposta, consistente na realização da partilha de bens por etapas, considerando os marcos temporais de modificação da estrutura familiar, não apenas será útil para as dissoluções conjugais; é, também, pressuposto para viabilizar o direito sucessório, a considerar que sem isso impossível seria a correta determinação da herança do falecido que vivesse em união poliafetiva.

### 3.4 DIREITOS ADVINDOS DA MORTE

O último dos temas a ser abordado diz respeito aos direitos cujo surgimento depende da morte de um membro da família poliafetiva constituída. Embora possam haver outros, aqui

serão enumerados essencialmente três: sucessão, pensão por morte e, por fim, indenização pelo seguro de vida.

Sabe-se que hoje não só a doutrina argumenta favoravelmente ao rateio de direitos sucessórios<sup>771</sup> e previdenciários<sup>772</sup> entre esposa e companheira; há também precedentes reconhecendo direitos sucessórios,<sup>773</sup> previdenciários<sup>774</sup> e pagamento de indenização por seguro de vida.<sup>775</sup>

Apesar disso, cada espécie demanda análise atenta, pois além de faltar posição doutrinária e jurisprudencial uníssona acerca dos aludidos direitos, recentemente o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, por uma frágil maioria, em sentido contrário à extensão de direitos à família paralela.<sup>776</sup> No final do seu voto, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, propôs a seguinte tese de Repercussão Geral, que restou consolidada no Tema 529:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, §1º do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude

<sup>771</sup>GIORGIS, 2010, p. 129.

<sup>772</sup>SOARES, 2014, p. 94.

<sup>773</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n° 70011962503**. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 17 de novembro de 2005.

<sup>774</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 362.743/PB. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 21 de setembro de 2004. **Diário de Justiça**, Brasília. 11 out. 2004.

<sup>775</sup>BRASIL, 2000 [REsp 100.888/BA].

<sup>776</sup>RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserida no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL. 2020 [RE 1.045.273]).

da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

No entanto, por ocasião da prolação de seu voto, o Ministro Edson Fachin elaborou a seguinte proposta de tese: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva.” Em seu voto, foi seguido pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio.

Em comentário ao referido julgado, Regina Beatriz Tavares da Silva, conclui que “a monogamia, como princípio norteador e estruturante do casamento e da união estável, venceu em prol da segurança jurídica que merecem os que constituem uma entidade familiar por meio do casamento e da união estável.”<sup>777</sup>

Convém, pois oportuno, o registro de que embora haja resistência da autora ao reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar,<sup>778</sup> novamente reforçado na publicação em comento, sua conclusão restringiu-se à imposição do princípio da monogamia ao casamento e à união estável, o que se percebe estar enfatizado por mais de uma vez em sua fala final.

Embora não se esteja a tratar nesta pesquisa de união paralelas, já tendo sido promovida a necessária distinção entre a união poliafetiva e as demais formações familiares, a decisão do Pretório Excelso cria obstáculo à possibilidade de reconhecimento de direitos a dois diferentes companheiros.

Apesar disso, alguns argumentos precisam ser trazidos a lume brevemente para reforçar que tal decisão não encerra o direito dos companheiros poliafetivos. O primeiro deles é o fato de que a jurisprudência não é um guia estanque para o exercício do direito, pois está sujeita à mudança de entendimento – especialmente neste caso, em que a maioria foi formada pela diferença de apenas um voto.

O segundo argumento importante guarda relação com o objeto do julgamento. Afinal, a coisa julgada possui limites objetivos, o que significa dizer que encerra a discussão – se é que se pode dizer encerrada efetivamente, já que a modificação de entendimento é uma possibilidade – sobre a divisão de pensão por morte entre duas pessoas quando isso for decorrente da existência de uniões simultâneas.

---

<sup>777</sup>SILVA, R., 2021, p. 23.

<sup>778</sup>SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Poliamor é negado pelo Supremo e pelo STJ. **Consultor Jurídico** [site], 26 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/regina-beatrizpoliamor-negado-supremo-stj>. Acesso em 26 jul. 2021.

Como se viu, o Tema 529 foi explícito em seu objeto, vedando tão somente o reconhecimento do impedimento de reconhecimento de novo vínculo durante o mesmo período, ou seja, uniões simultâneas. Portanto, tal julgado não pode ser invocado como fundamento único para negar pedido de pensão por morte para companheiros poliafetivos, já que nesta hipótese não se está a tratar de um novo vínculo no curso de uma união preexistente, e sim de uma única união envolvendo todos os componentes, formando um só núcleo familiar e não dois núcleos simultâneos.

Visto isso, os tópicos seguintes serão destinados a encontrar amparo jurídico no ordenamento para viabilizar o exercício de direitos advindos do óbito de um dos companheiros poliafetivos.

### 3.4.1 Pensão Por Morte

Dentre os direitos que exsurgem da morte de um dos companheiros poliafetivos, iniciar-se-á pelo direito previdenciário, ao tratar da pensão por morte a ser paga simultaneamente a duas – ou mais – pessoas que figurarão na condição de companheiro sobrevivente. Tais ocorrências não são desconhecidas da praxe forense, já tendo havido enfrentamento judicial de demandas neste contexto, com acolhimento do pleito de habilitação simultânea de duas companheiras – ou esposa e companheira. O processo (Apelação cível nº 0008105-68.2010.4.03.9999), julgado pelo Tribunal Regional da 3ª Região,<sup>779</sup> é exemplo de precedente neste sentido. No julgado, o voto do relator trouxe o argumento contundente de que:

---

<sup>779</sup>PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC DE 1973. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTOS SIMULTÂNEOS. RATEIO. TERMO INICIAL.

I - Embargos de declaração opostos pela parte autora e pela corré recebidos como agravo, recurso cabível em face de decisão monocrática, nos termos do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973.

II - Diante do quadro probatório, é possível inferir que o falecido manteve concomitantemente dois relacionamentos amorosos a configurar união estável.

III - O benefício de pensão por morte nada mais é do que a substituição do segurado falecido, até então provedor das necessidades de seus dependentes, pelo Estado. Assim sendo, no caso concreto, vislumbra-se situação em que se constata a existência de duas companheiras simultaneamente, sendo imperativo o reconhecimento do direito de ambas ao benefício em questão, haja vista que ambas vinham sendo sustentadas pelo de cujus.

IV - A demandante faz jus ao benefício de pensão por morte, a ser rateado em proporção igual com a corré.

V - O termo inicial do benefício deve ser mantido na data em que proferido o julgado embargado, momento no qual houve o reconhecimento do direito da autora, de modo a habilitá-la como dependente, na forma do art. 76, caput, da Lei n. 8.213/91, pois a decisão anteriormente proferida foi reconsiderada, ante a ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, não produzindo qualquer efeito.

VI - Agravos da autora e da corré improvidos (art. 557, § 1º, do CPC de 1973). (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 1493585.0008105-68.2010.4.03.9999. Relator: Des. Sergio Nascimento. São Paulo, 09 de agosto de 2016. **E-DJF3 Judicial 1**, 17 ago. 2016).

[...] a situação fática posta em exame deve ser analisada sob a ótica da legislação previdenciária, que sempre foi mais liberal que o direito de família, ramo do direito mais suscetível às injunções de ordem moral. [...] O benefício da pensão por morte nada mais é do que a substituição do segurado falecido, até então provedor das necessidades de seus dependentes, pelo Estado. Assim sendo, no caso concreto, vislumbra-se situação em que tanto a autora quanto a corré [...] ostentam a condição de companheira simultaneamente, sendo imperativo o reconhecimento do direito das duas ao benefício em questão, haja vista que ambas vinham sendo sustentadas pelo Sr. [...].

Como reforço argumentativo, o voto ainda invocou precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,<sup>780</sup> cujo entendimento adotado fora no mesmo sentido, indicando que a solução para a hipótese vinha revelando uma tendência à formação de uniformização – quando a situação de fato autoriza. Convém atentar ao cuidado do relator em destacar que a ótica a ser adotada para a prestação da tutela jurisdicional no caso em particular foi a do direito previdenciário, pois não é sem razão a preocupação com as balizas morais presentes no direito das famílias acerca do tabu das uniões paralelas. E, nesse ponto, houve precisão cirúrgica na fundamentação, pois se por um lado paira enorme celeuma sobre as uniões paralelas no direito das famílias, por outro a legislação previdenciária permite interpretação que dê sustentação à decisão. O art. 74 da lei 8.213/91 prevê apenas que “a pensão por morte será devida ao conjunto de dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não [...]”, enquanto o art. 77 prevê que “a pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais.”

O que se intui é que a solução adotada pelos tribunais converge para a concessão da pensão por morte para duas companheiras simultaneamente, desde que caracterizada a situação de fato – dependência do sustento provido pelo falecido. E na mesma toada seguiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento, em 2004, do Recurso Especial nº 362.743/PB.<sup>781</sup>

<sup>780</sup>PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA E CONCUBINA. RATEIO. POSSIBILIDADE.

Para a concessão do benefício de pensão por morte, no caso de companheira, há necessidade de comprovação de união estável.

Na hipótese, ainda que verificada a ocorrência do concubinato impuro, não se pode ignorar a realidade fática, concretizada pela longa duração da união do falecido com a concubina, ainda que existindo simultaneamente dois relacionamentos, razão pela qual é de ser deferida à autora o benefício de pensão por morte na quota-parte que lhe cabe, a contar do ajuizamento da ação. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2000.72.04.000915-0/SC. Relator: Des. Luiz Antônio Bonat. Porto Alegre, 12 de agosto de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 set. 2008)

<sup>781</sup>RECURSO ESPECIAL - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - ALÍNEA DO PERMISSIVO

CONSTITUCIONAL NÃO INDICADA - NÃO CONHECIMENTO - SOCIEDADE DE FATO - PATRIMÔNIO COMUM - PARTILHA - COMPANHEIRO CASADO - COMUNHÃO UNIVERSAL - SEPARAÇÃO DE FATO - SEGURO DE VIDA - BENEFICIÁRIO - LIVRE NOMEAÇÃO - PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - RATEIO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Esta Corte não se presta à análise de matéria constitucional, cabendo-lhe, somente, a infraconstitucional, não merecendo ser conhecido o recurso quanto à ofensa ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Precedentes.

No entanto, em 2006, quando do julgamento do Recurso Especial 789.293/RJ, o STJ adotou entendimento diverso, restando afastada a caracterização da união estável quando paralela a outra união estável em curso.<sup>782</sup> Seguindo por esse mesmo caminho, no ano de 2007, no julgamento do Recurso Especial 931.155/RS, posicionou-se o tribunal contrário à possibilidade de conceder o *status* de união estável à união paralela ao casamento válido.<sup>783</sup> Em 2009, outros dois Recursos Especiais (nº 674.176/PE e 1.104.316/RS) ratificaram o entendimento do tribunal superior no mesmo sentido. Posteriormente, no ano de 2010, o STJ novamente teve que enfrentar discussão sobre a matéria e veio reforçar o entendimento anteriormente adotado (Recurso Especial nº 1.157.273), excluindo a relação concubinária da proteção do direito das famílias – sem prejuízo de eventual partilha de bens pelas regras da sociedade de fato.<sup>784</sup>

Não se pode olvidar do recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273, no qual por decisão não unânime o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o pedido de rateio da pensão por morte entre dois companheiros, acabou por rechaçar a pretensão, sob o argumento de ser inviável o reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas. Nesse ponto houve divergência,<sup>785</sup> havendo cinco votos no sentido de ser possível o reconhecimento de uniões

---

2. Não se conhece de Recurso Especial sob alegação de dissídio jurisprudencial se a parte não indica, categoricamente, a alínea "c" do permissivo constitucional como fundamento de sua irresignação, incidindo a Súmula 284 da Suprema Corte. Precedentes.

3. Reconhecida a sociedade de fato e havendo contribuição, direta ou indireta, para a formação do patrimônio comum, cabível a partilha do mesmo, não afetada pelo regime de comunhão universal de bens adotado no casamento de um dos companheiros, estando o mesmo separado de fato. Precedentes.

4. Com relação ao seguro de vida, a apólice tem como beneficiária a cônjuge do de cujus e, tratando-se de um contrato no qual o segurado tem plena liberdade de escolha quanto ao beneficiário do prêmio, deve referida opção ser observada.

5. Correto o rateio da pensão previdenciária entre recorrente e viúva, fixando-se percentual análogo (50%) a ambas, sendo incabível a manutenção dos 30% estabelecidos por ocasião de revisão da pensão alimentícia percebida pela cônjuge.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, 2004 [REsp 362.743/PR])

<sup>782</sup>União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes.

Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96.

1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo.

2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 789.293/RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 16 de fevereiro de 2006. **Diário de Justiça**, 20 mar. 2006)

<sup>783</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931.155/RS. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 7 de agosto de 2007. **Diário de Justiça**, 20 ago. 2007.

<sup>784</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.157.273 - RN (2009/0189223-0)**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901892230&dt\\_publicacao=07/06/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901892230&dt_publicacao=07/06/2010). Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>785</sup>Voto divergente do ministro Edson Fachin. Acompanharam o voto divergente os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.045.273 Sergipe**. Relator: Min. Alexandre De Moraes. [Brasília, 21 de dezembro de 2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin-reconhecimento.pdf>. Acesso em 20 maio 2021).

estáveis concomitantes se observada a boa-fé objetiva. O voto trouxe até mesmo proposta de tese a ser fixada: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva.”

No entanto, condicionar o reconhecimento de direitos decorrentes das uniões estáveis concomitantes à presença da boa-fé objetiva é uma proposição problemática. Embora seja perfeitamente compreensível o dever de abster-se de determinadas condutas dentro de uma relação obrigacional, a transposição desse dever para o âmbito da conjugalidade só seria plausível se partíssemos da premissa de que só caracteriza família aquela advinda de negócio jurídico solene, tal como o casamento. Nesse cenário hipotético, é viável a imposição da boa-fé objetiva para as relações conjugais. Ocorre que na atualidade a família pode assumir variadas formas.<sup>786</sup> A própria união estável, tão presente no seio da sociedade, dispensa a existência de qualquer contrato verbal ou escrito.

A despeito da falta de uniformidade entre os ministros do Pretório Excelso acerca do reconhecimento ou não das uniões estáveis simultâneas, deve-se observar que este não é o escopo da temática aqui desenvolvida. A observação teve lugar apenas para fins de destacar que o assunto está envolto em celeuma, havendo uma incógnita recaindo sobre a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis simultâneas – e sob quais critérios. No entanto, em caso de reconhecimento de direitos à segunda união estável em algum momento, o rateio da pensão alimentícia entre os companheiros sobreviventes seria a consequência – tal como ocorrido nos julgados que reconheceram direitos a ambas as companheiras, anteriormente invocados.

Ademais, a decisão em comento não representa uma ameaça direta ao direito dos poliamoristas, pois o que se vedou foi o reconhecimento de direitos à segunda união e não a uma união com mais de duas pessoas. Embora o judiciário já tenha sido inúmeras vezes instado a decidir sobre uniões simultâneas, incluindo o recente julgamento pelo STF, “até o presente momento não foram submetidos à apreciação questões afetas ao poliamor”.<sup>787</sup>

Claro que na hipótese da pensão por morte, o benefício deverá ser rateado entre os companheiros beneficiários, o que pode resultar em valor significativamente modesto para cada um. Neste caso, se a pensão paga a cada beneficiário for insuficiente, poder-se-á estar diante de outro problema. Para esta hipótese, Rafael da Silva Santiago defende que “o Estado deve

---

<sup>786</sup>SILVA, M., 2012, p. 154, 2012.

<sup>787</sup>OLIVEIRA, Alexandre Bittencourt Amui de; BARBOSA, Caroline Vargas. Os efeitos previdenciários do reconhecimento jurídico das relações poliamoristas. **Revista de direitos sociais, seguridade e previdência social**, v. 5, n. 1, p. 82-100, jan./jun. 2019., p. 95.

garantir o auxílio material” para a manutenção dos companheiros sobreviventes se a pensão por morte “não for suficiente para prover o sustento de todos”.<sup>788</sup>

Embora a solução pareça ser a ideal para a proposta constitucional de realização da dignidade da pessoa humana, merece oposição, ao menos como solução geral. Isso porque a situação destes pensionistas não diverge daquela a que estão submetidas as demais pessoas que recebam pensão em valor inferior às suas necessidades. Para tais casos, será necessário avaliar casuisticamente as demandas para que se possa encontrar a solução jurídica adequada, sabendo-se que nem sempre haverá uma solução ideal acessível e que por vezes resta às pessoas o triste destino da resignação com a redução de padrão de vida. Infelizmente, os recursos são limitados e há mais interesses a serem considerados, de modo que a criação de uma regra geral de complementação de renda esbarra no interesse público e na necessidade de uso racional das reservas financeiras da administração pública.

Não quer isso dizer que diante da caracterização de necessidades específicas não possa ser exigido do Estado o seu custeio. Se houver previsão normativa para tanto, a exemplo do fornecimento de medicamentos para pessoas economicamente hipossuficientes, poderá o cidadão demandar do Estado que o direito seja atendido – respeitadas as exigências formais e materiais. Neste caso, a tutela estatal observará a necessidade pontual do sujeito de direitos, o que não se confunde sobremaneira com o pagamento de pensão por morte em valor superior àquele previsto em lei – sob pena de inviabilizar a sustentabilidade do sistema previdenciário.

Como mencionado no capítulo anterior, a Colômbia testemunhou recentemente uma decisão inédita concedente pensão por morte em união poliafetiva formada por Manuel Bermúdez, Alejandro Rodríguez e Alex Esneyder. Esse último veio a óbito e os companheiros Manuel e Alejandro demandaram judicialmente pensão por morte, que acabou sendo concedida pela Corte de Alçada, decisão esta que figurou como uma vitória na defesa do movimento poliamorista. O aspecto interessante é que o fundamento da decisão levou em consideração a formação da família poliamorosa, entendendo que tal formação familiar está de acordo com o artigo 13 da lei 797 de 2003, o que resulta do dever de adoção de interpretação que esteja de acordo com a realidade social e da forma como a família se apresenta. Por isso, se os demandantes compartilhavam do mesmo “teto, leito e mesa”, elementos caracterizadores da convivência, imperiosa era a análise do conceito amplo de família, em respeito à liberdade de desenvolvimento pessoal e à autonomia para eleger uma família com mais de duas pessoas.

---

<sup>788</sup>SANTIAGO, R., 2015, p. 219.

Ademais, inexistente qualquer prejuízo ao sistema financeiro de pensões, visto que os autores demandaram conjuntamente a pensão, que será entre eles distribuída.<sup>789</sup>

No entanto, é preciso reconhecer, pelo menos em nosso ordenamento, que alguns problemas podem advir da aplicação da legislação previdenciária às uniões poliafetivas. E uma questão em especial pode ser um significativo desafio para a acomodação da união poliafetiva nas disposições da lei 8.213/91: as regras de tempo de duração da união e cessação da pensão por morte paga ao cônjuge ou companheiro. O art. 77, §2º, V, fixa critérios temporais para a cessação da pensão por morte<sup>790</sup> e aí é que inicia o problema: qual é o marco temporal mais seguro a ser utilizado para atender adequadamente ao propósito da norma?

Um exemplo ajudará a compreender o problema, no qual serão utilizados três personagens fictícios: Malaquias, Maria e Madalena. Malaquias e Maria viviam em união estável havia 11 anos quando conheceram Madalena. Pouco tempo depois formaram uma união poliafetiva. Quando a união poliafetiva possuía 1 ano de duração Malaquias veio a óbito e como era segurado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) o pedido de pensão por morte poderá ser feito. Eis o complicador: a união poliafetiva possui apenas 1 ano de existência, mas a entidade familiar existente entre Malaquias e Maria já existe, no total, há pelo menos 12 anos. Como proceder?

<sup>789</sup>QUAINI, Fabiana. Primer fallo de Poliamor en cuanto al reconocimiento de una pensión em Colombia.

**Microjuris.com**: inteligência jurídica [site], 14 ago. 2019. Disponível em:

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/08/14/primer-fallo-de-poliamor-en-cuanto-al-reconocimiento-de-una-pension-en-colombia/>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>790</sup>Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

[...]

§ 2º O direito à percepção da cota individual cessará:

[...]

V - para cônjuge ou companheiro:

- a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”;
- b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;
- c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:
  - 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
  - 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
  - 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
  - 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
  - 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
  - 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

### 3.4.1.1 O Benefício Individualizado Como Critério

Nos termos do art. 16, I, da lei 8.213/91, o cônjuge/convivente e os filhos (não emancipados e até os 21 anos) são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado.<sup>791</sup> Ainda, o art. 74 da referida lei prevê que “a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer [...]”, o que define uma clara regra de concorrência entre os dependentes.

Por conta disso, raciocínio muito mais simples é o resultante da aplicação da regra geral prevista no art. 77 e seu §1º, que estabelecem, respectivamente, que a “pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais” (art. 77, *caput*); e que, caso um dos pensionistas deixe de se enquadrar nos requisitos necessários para que faça jus à pensão, então “reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar” (art. 77, §1º). O sistema cria, dessa forma, cotas individuais para cada beneficiário da pensão por morte.

Embora tal previsão não tenha sido pensada para a hipótese de mais de um companheiro, a solução será análoga à dos múltiplos filhos que concorrem à pensão, indicando um critério mais promissor à promoção da segurança jurídica, sem desamparar a demanda advinda dos parceiros poliafetivos necessitados da pensão por morte.

Para saber quando cessa o direito do pensionista à percepção da pensão, é necessário buscar, conforme o caso, a orientação disposta nos incisos do §2º do dispositivo em comento. No caso do filho, cessa o direito “ao completar vinte e um anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave” (art. 77, §2º, II); no caso do companheiro, a regra é aquela anteriormente estudada, que leva em consideração o tempo de união e a idade do companheiro (art. 77, §2º, V).

Assim, sendo, poderíamos invocar aqui o mesmo exemplo anteriormente utilizado, cujos desdobramentos passariam a ser distintos se aplicada a regra geral do art. 77, §1º, da lei: Malaquias e Maria viviam em união estável havia 11 anos quando formaram uma união poliafetiva com Madalena; após 1 ano da união poliafetiva formada, Malaquias vem a óbito. Maria tinha 42 anos de idade e Madalena tinha 45. Para este propósito, assumir-se-á que

---

<sup>791</sup>Lei 8.213/91, Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em: 15 abr. 2021).

Malaquias cumpriu o tempo mínimo de contribuição. Assim sendo, como restaria definido o rateio da pensão?

Neste caso, cada uma das companheiras teria sua própria fração (50% para cada, se fossem as únicas beneficiárias), cuja duração da pensão dependeria da aplicação individualizada dos critérios do art. 77, §2º, V. Assim, Maria, companheira há mais de 2 anos, teria sua pensão cessada de acordo com a o disposto na alínea “c” do inciso V. Por ter 42 anos, teria direito a receber a pensão por 20 anos (art. 77, §2º, V, c, 1); por sua vez, Madalena, companheira a menos de 2 anos, teria sua pensão cessada após 4 meses, pois aplicável à hipótese a alínea “b”.

Dessa feita, durante os primeiros 4 meses haveria o rateio da pensão entre as duas companheiras poliafetivas do falecido, nos termos do *caput* do art. 77. Após, com a cessão do direito de Madalena à pensão, sua parte reverteria em favor de Maria, conforme disposição do §1º do art. 77, perdurando até que alcançasse o seu termo, 20 anos após o início do pagamento da pensão por morte.

Ainda que tal solução possa vir a levantar críticas, sob o argumento de uma possível disparidade de tratamento ou abertura de fendas para injustiças no caso concreto, não se deve descuidar da necessidade de que haja consistência sistemática para a aplicação da norma às novas hipóteses.

A possibilidade de rateio da pensão entre mais de um companheiro encontra esteio na legislação previdenciária infraconstitucional, sendo aplicável, sem necessidade de exercício hermenêutico demasiadamente exigente, a regra geral contida no art. 77 e §1º da lei 8.213/91. Então o obstáculo a ser vencido não está no âmbito do direito previdenciário, mas no do direito das famílias. Uma vez superado, o que consiste no reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, será fluída a aplicação da legislação previdenciária.

E, buscando responder a outro questionamento feito no tópico anterior, o que ocorreria no caso de Maria vir a falecer algum tempo após Madalena? Se não forem mais companheiras, Madalena receberá a pensão por morte de Malaquias até o momento de sua cessação, ou seja, em 4 meses; por outro lado, se ambas permanecerem companheiras, mantendo uma união estável entre si – ou talvez uma união poliafetiva envolvendo outrem –, Madalena poderá buscar a obtenção da pensão por morte na condição de dependente de Maria, a qual perdurará conforme regras do inciso V do §2º do art. 77.

E quanto à possibilidade de percepção de mais de uma pensão por morte? Imagine-se a hipótese em que os personagens Malaquias e Maria fossem segurados do INSS e viessem a óbito. Poderia Madalena requerer duas pensões, cada qual relativa a um dos seus falecidos companheiros? A interpretação que se extrai da leitura do art. 124, VI, da lei 8.213/91, indica

uma resposta negativa, embora assegure à companheira sobrevivente o direito a escolher pela opção mais vantajosa.<sup>792</sup>

Por isso, a lei 8.213/91 parecia trazer todas as respostas. Todavia, a recente Emenda Constitucional 103/2019 trouxe uma mudança nas regras de cálculo e divisão de cotas que foi objeto de crítica doutrinária, visto que “a novel sistemática de cálculo representa grave prejuízo, principalmente ao dependente do segurado que falecer na ativa de causa não acidentária do trabalho [...]”.<sup>793</sup>

Isso porque, pela alteração trazida pelo art. 23 da EC 103/2019, a pensão por morte será equivalente a 50% do valor mais 10% para cada dependente, podendo chegar a no máximo 100%. Ademais, o §1º do art. 23 também elimina a possibilidade de reversão da cota em favor dos demais dependentes quando cessar o direito à pensão de um dos beneficiários concorrentes.<sup>794</sup>

Por conta disso, solução há de ser pensada para a família poliafetiva, tendo em vista que o constituinte derivado, quando da edição da Emenda Constitucional em comento, manifestou no caput do art. 23 sua clara intenção de estabelecimento de uma “cota familiar” (50%) acrescida de outras cotas (10% cada). De tal forma, o raciocínio jurídico a ser adotado não poderá basear-se na segura solução do art. 77 e §1º da lei 8.213/91.

#### 3.4.1.2 A Proteção Da Entidade Familiar Como Critério

Para construir o raciocínio, resgatemos o exemplo antes adotado: Malaquias e Maria viviam em união estável havia 11 anos quando conheceram Madalena, com a qual formaram

<sup>792</sup>Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

[...]

VI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa. (BRASIL, 1991 [Lei 8.213]).

<sup>793</sup>LAZZARI, João Batista. **Direito previdenciário** [versão digital]. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

<sup>794</sup>Emenda Constitucional 103/2019, Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).  
§ 1º As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco). (BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em 15 abr. 2021).

uma união poliafetiva; após 1 ano, Malaquias veio a óbito, momento no qual Maria possuía 42 anos e Madalena 45.

Eis o complicador: a união poliafetiva possuía apenas 1 ano de existência, mas a entidade familiar existente entre Malaquias e Maria já existia, no total, há pelo menos 12 anos. Neste caso, resta dúvida se estaria preenchido ou não o requisito da alínea “c” do inciso V do §2º do art. 77, que prevê pelo menos 2 anos de união<sup>795</sup> – pois, do contrário, aplicar-se-ia o disposto na alínea “b”. Afinal, a união com Madalena jamais foi desfeita e já possuía mais de uma década; mas a união poliafetiva possuía apenas um ano de existência.

Na falta de disposição legal específica, exsurge novamente a necessidade de buscar na analogia, costumes e princípios gerais de direito uma solução, consoante art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. E uma analogia poderia orientar o caminho razoável para encontrar uma solução: um casamento que suceda uma união estável, mas que não seja resultado de conversão de união estável em casamento. Neste caso, exemplo fictício similar ao anterior poderia ser invocado para melhor compreensão: Malaquias e Maria vivem em união estável há 11 anos e então resolvem casar-se. Cerca de 1 ano após o casamento Malaquias vem a óbito. Neste caso, deve-se aplicar a hipótese da alínea “b” ou “c” (art. 77, §2º, V, lei 8.213/91)?

Uma interpretação gramatical<sup>796</sup> conduziria à necessidade de aplicação da alínea “b”, pois o que há entre eles não é uma união estável de 12 anos e sim um casamento de 1 ano. Mas, como adverte Maria Helena Diniz, “insidiosa é a máxima *in claris non fit interpretatio*, pois as leis claras contêm o perigo de serem entendidas apenas no sentido imediato decorrente dos seus dizeres, quando, na verdade, têm valor mais amplo e profundo que não advém de suas palavras.”<sup>797</sup> Por isso, sem dúvida essa não parece ser a solução mais adequada, pois além da manifesta injustiça que se perpetraria, também ignora o propósito por trás da norma em questão. Uma interpretação teleológica<sup>798</sup> permite concluir que a intenção do constituinte derivado,

<sup>795</sup>Embora a redação legal fale sobre casamento e união estável, por dedução conclui-se que seria extensível também à hipótese da união poliafetiva, pois o acolhimento pelo ordenamento jurídico como entidade familiar demandaria proteção, tanto quanto possível similar às conferidas às outras formas de união conjugal.

<sup>796</sup>Também conhecida como interpretação léxica, literal, textual, filológica, verbal ou semântica, é o mais antigo método interpretativo existente na seara do direito, recordando França que “[...] tempo houve, no direito romano, em que era a única permitida, pois, como observa Ihering, a importância das palavras era tal que a omissão de uma só delas, no entabulamento de um ato jurídico, podia gerar a sua nulidade”. (FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9).

<sup>797</sup>DINIZ, Maria Helena. **Lei de interpretação ao código civil interpretada**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 147

<sup>798</sup>George Salomão Leite esclarece que “através do elemento teleológico busca-se a *ratio legis*, a razão da lei. Nela o intérprete procura conhecer a finalidade, o valor que está por trás do enunciado prescritivo.” (LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 33).

quando estabelece uma “cota familiar”, foi amparar a entidade familiar,<sup>799</sup> formada há mais de dois anos. Assim sendo, a solução razoável e justa ao caso seria a aplicação da alínea “c” ao caso hipotético, de modo que Maria possa gozar de pensão por morte por maior tempo.

Mas se em relação a Maria é aplicável a alínea “c”, o mesmo não pode ser dito em relação a Madalena, que terá seu direito limitado à duração de 4 meses, por força da alínea “b”, visto que não integrou a união conjugal pelo tempo mínimo de 2 anos. Isso não traria prejuízo a nenhuma das partes, pois: i) Maria terá seu direito preservado integralmente, rateando a pensão apenas pelo período a que Madalena fizer jus receber (4 meses), passando a ser a única titular posteriormente – embora descontada a cota de 10% pela existência de um dependente a mais (Madalena); ii) Madalena terá seu direito preservado integralmente também, pois só faria jus a receber 4 meses, sendo qualquer benefício para além desse tempo caracterizador de enriquecimento sem causa; iii) o INSS não terá aumento de custo, visto que tão logo Madalena deixe de preencher os requisitos, haverá a redução da cota de 10%, por força do §1º do art. 23 da EC 103/2019.

Caso, após a morte de Malaquias, Maria também viesse a falecer, o que ocorreria é que Madalena passaria a receber sozinha a cota familiar com a redução dos 10%, relativa à cota da dependente Maria, se ainda estivesse no gozo do seu direito; se, por outro lado, já houvesse expirado o seu direito à pensão, Madalena continuaria a não ter qualquer direito à pensão por morte de Malaquias. É claro que se a relação entre Maria e Madalena durar tempo suficiente (nos termos do art. 77, §2º, V), o óbito de Maria poderia conferir a Madalena o direito à pensão por morte em relação àquela, não havendo nenhuma relação mais com a morte de Malaquias.

E o que ocorre se as companheiras supérstites requerentes da pensão por morte possuem idades distintas, sendo Madalena a mais idosa? Neste caso, Madalena por seu próprio direito não faria jus a receber a pensão por morte por mais do que 4 meses (alínea “b”); no entanto, Maria teria esse direito, pois por compor uma entidade familiar há mais de 2 anos poderia exigir a aplicação do disposto na alínea “c”.

Ocorre que o dispositivo em questão estabelece prazos para duração da pensão por morte, cujo critério é a idade da pensionista. Neste caso, se Maria tem 42 anos de idade e Madalena 45, seria a idade de Maria a que deveria servir como critério para a fixação do prazo

---

<sup>799</sup>É corriqueira a classificação da pensão por morte como forma de proteção à família pelo direito previdenciário. Segundo Theodoro Agostinho, “a proteção previdenciária voltada à proteção da família e à maternidade abrange os benefícios de pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-maternidade e salário-família” (AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de direito previdenciário** [versão digital]. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592399/>. Acesso em: 25 jul. 2021).

de duração da pensão (20 anos) e não a de Madalena (vitalícia), pois apenas Maria preenche o requisito de tempo mínimo de formação de entidade familiar (2 anos), que autoriza a aplicação dos prazos mais dilatados previstos na alínea “c”.

Ademais, ainda pela aplicação da regra prevista no art. 23 e §1º da Emenda Constitucional 103/2019, caso Maria (42) e Madalena (45) fossem as únicas pensionistas, o valor a ser pago seria de uma cota de 50% da entidade familiar somada a cotas de 10% por dependente, ou seja, o valor a ser pago seria de 70% (35% para cada) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito. No entanto, tão logo transcorridos os 4 meses a que faz jus Madalena (art. 77, §2º, V, b, da lei 8.213/91), o valor seria reduzido para 60%, pois a cota não reverterá em favor de Maria (art. 23, §1º, EC 103/2019).

Essa solução poderia ser aplicada igualmente a relações com mais componentes. É importante registrar que em qualquer caso o ônus da prova deverá ser sempre da parte requerente, que precisará apresentar – e eventualmente produzir judicialmente – a documentação necessária para instruir o requerimento, comprovando os requisitos temporais necessários à concessão da pensão por morte pelo período a que fizer jus. Trata-se de regra básica de distribuição estática do ônus da prova: ao requerente compete produzir a prova do fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, do Código de Processo Civil).

### **3.4.2 Direito Sucessório**

Certamente, também no campo do direito sucessório há reflexos advindos do reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar. Todo o nosso ordenamento, incluindo o direito das sucessões, foi pensado sob o paradigma do casamento. Por conta disso, o sistema normativo foi estruturado para tutelar uma união conjugal formada por apenas duas pessoas – originalmente o casamento e, posteriormente, a união estável.

Por isso, convém breve esclarecimento sobre as regras a serem observadas para tutelar a sucessão na união poliafetiva: casamento ou união estável? Como já mencionado alhures, a inexistência de previsão legal da união poliafetiva fatalmente remete à informalidade, o que suscita aplicação analógica das regras atinentes à união estável.

Ocorre que em matéria sucessória o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, fixou entendimento de que é inconstitucional o tratamento diferenciado da

sucessão do cônjuge e do companheiro, conforme julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694, tese que restou cristalizada no tema 498, dirimindo a celeuma existente.<sup>800</sup>

No tocante ao direito sucessório decorrente das uniões poliafetivas, duas distintas questões interessam a este estudo: a sucessão do cônjuge ou companheiro – ou, neste caso, necessariamente dos cônjuges/companheiros, no plural – e a sucessão entre ascendentes e descendentes no contexto da multiparentalidade. De ambas as questões resulta uma terceira: a hipótese em que os companheiros poliafetivos concorrem com ascendentes ou descendentes do falecido.

Tratar-se-á inicialmente da sucessão entre pais e filhos, pois embora seja um efeito que decorre da multiparentalidade, sem dúvida interessa à família poliafetiva uma resposta para essa demanda.

#### 3.4.2.1 Sucessão na Multiparentalidade

Além dos já aludidos efeitos advindos da paternidade socioafetiva, “outro importante efeito é *conferir direitos sucessórios recíprocos* entre o filho reconhecido e todos os parentes socioafetivos na linha reta e na colateral até o quarto grau, obedecendo a ordem de vocação hereditária”.<sup>801</sup> Disso se extrai como conclusão que a multiparentalidade – uma consequência possível quando ocorre reconhecimento da paternidade socioafetiva sem prejuízo da manutenção da paternidade biológica no registro de nascimento – estará igualmente sujeita a essa regra.

Quando do acolhimento derradeiro da multiparentalidade pelo Excelso Pretório, naturalmente muitas questões novas surgiram, a começar pelo fato de que um filho poderia vir a ter três diferentes heranças. A despeito de ser a melhor solução ou não, a conclusão mais óbvia é de relativa simplicidade “se um filho possuir três pais, deve receber três heranças, sem prejuízo ou restrição em nenhuma delas.”<sup>802</sup>

Mas é claro que esta linha de pensamento não se consolidou em nosso ordenamento sem críticas, já que, no entender de Farias e Rosendal, a pluriparentalidade gera plurihereditariedade, o que traz consigo inconvenientes explícitos, a exemplo da possibilidade de estabelecimento de filiação com interesses puramente patrimoniais. Ademais, a busca

---

<sup>800</sup>Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

<sup>801</sup>CARVALHO, 2017, p. 588.

<sup>802</sup>CASSETTARI, 2017, p. 155.

inexorável pelo vínculo biológico poderia acabar fragilizando o vínculo socioafetivo já estabelecido. Os autores suscitaram crítica, também, à possibilidade de uma pessoa herdar várias vezes, de diferentes pais.<sup>803</sup>

A multiparentalidade é, sem dúvidas, objeto de dúvidas no direito sucessório. Quando se está diante da hipótese em que o filho sucede os pais, a solução parece ser simples: será sucessor de todos os pais e mães que possuir, nada de muito complexo. Por isso, nos termos do Enunciado nº 632 da VIII Jornada de Direito Civil, “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.”<sup>804</sup>

No entanto, a hipótese inversa esbarra na necessidade de exercício hermenêutico cuidadoso da norma que trata da sucessão em favor dos ascendentes. Isso porque o regramento do Código Civil para esta necessidade foi criado tendo como paradigma o casamento e, portanto, pensado para a possibilidade de no máximo dois ascendentes de primeiro grau sucedendo.

Maurício Cavallazi Póvoas busca identificar a intenção do legislador quando da criação das regras atinentes à hipótese em que são os ascendentes a suceder (art. 1.829, II, 1.836, §§ 1º e 2º, e 1.837 do Código Civil).<sup>805</sup> Segundo o autor, quando da edição do Código Civil de 2002 jamais imaginaria o legislador a possibilidade de haver mais do que um pai e uma mãe no assento de nascimento de uma pessoa, como veio a ocorrer cerca de 10 anos após o início da vigência do diploma legal. Por isso, a regra de destinação da herança aos ascendentes vale-se da clara intenção de divisão igualitária, a qual deverá ser observada também no contexto da multiparentalidade.<sup>806</sup> Também é nesse sentido a conclusão de Nelson Sussumu Shikicima.<sup>807</sup>

<sup>803</sup>FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 599.

<sup>804</sup>JORNADA DE DIREITO CIVIL. 8., [2018, Brasília]. [Anais...]. Brasília, Justiça Federal, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>805</sup>Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

[...]

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

[...]

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

[...]

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (BRASIL, 2002 [CC])

<sup>806</sup>PÓVOAS, 2017, p. 119-120.

<sup>807</sup>SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade: uma lacuna da lei para ser preenchida. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP**, n. 18, p. 68-78, 2014. Disponível em: [https://issuu.com/esa\\_oabsp/docs/revista\\_virtual\\_numero\\_18](https://issuu.com/esa_oabsp/docs/revista_virtual_numero_18). Acesso em: 19 jul. 2021.

Assim sendo, o filho que possua três pais ou mães e não tenha descendentes, deixará a herança em favor dos três, procedendo-se entre eles a divisão igualitária. Trata-se de uma solução razoável, que respeita a igualdade. Ademais, não há maiores dificuldades em adequá-la à redação do Código Civil. Salvo por um detalhe: o art. 1.837 estabelece que ao cônjuge do falecido caberá a terça parte da herança, cabendo o restante aos ascendentes de primeiro grau.

Portanto, inexistindo cônjuge a solução é simples. Havendo cônjuge, há o problema de adequar o comando legal à realidade multiparental sem correr o risco de injustiça. Isso porque a solução que respeite a *mens legislatoris* precisará desrespeitar a *mens legis*.<sup>808</sup> A interpretação gramatical e a interpretação teleológica não conseguem coexistir neste caso.

A primeira parte do art. 1.837 estabelece com clareza que quando o cônjuge concorrer com os ascendentes, caberá àquele um terço da herança – e, naturalmente, os outros dois terços seriam destinados aos dois ascendentes. Por isso, a primeira parte permite trabalhar com a hipótese de que o legislador intentava assegurar ao cônjuge no mínimo a terça parte da herança, comando este que poderia então ser aplicado também à hipótese da multiparentalidade.

No entanto, a segunda parte do mesmo dispositivo legal lança luz sobre a interpretação a ser dada ao dispositivo, pois estabelece que ao cônjuge caberá metade da herança se houver apenas um ascendente ou se maior for o grau. Portanto, o que se extrai da segunda parte do art. 1.837 é a clara intenção de que o cônjuge receba parte igual àquela que receberá o pai ou a mãe. Assim, se forem pai e mãe – ou, por analogia, qualquer composição em que figurem dois ascendentes de primeiro grau – a concorrer com o cônjuge, será destinado um terço da herança a cada um, de modo que os três recebam partes iguais. Entretanto, se for apenas um ascendente, então será destinada metade da herança para aquele e a outra metade para o cônjuge, de modo que ambos recebam partes iguais.

Portanto, não resta dúvida de que a intenção do legislador era assegurar a máxima igualdade na divisão da herança entre o cônjuge e os pais do falecido. Detectada essa diretriz por trás da regra posta no art. 1.837, pode-se invocá-la para a formulação da melhor solução para o caso de haver multiparentalidade.

Assim, exemplificativamente, se o falecido possuísse três pais e fosse casado, a solução que melhor respeita o espírito da norma é dividir a herança em quatro partes iguais, destinando

---

<sup>808</sup>Embora Lenio Streck entenda que se trata de uma discussão ultrapassada essa contraposição entre *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, pois segundo o autor é questionável a real importância de conhecer a vontade do legislador, assim como é questionável a ideia de que a lei tenha uma vontade. No entanto, o próprio autor reconheceu, ao tempo da obra, que essa polêmica estaria longe de ser resolvida (STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 78-81).

uma parte para o cônjuge e as outras três para os ascendentes. A regra de divisão igualitária entre os múltiplos pais aplicar-se-ia da mesma forma também se houvesse cônjuge a concorrer com os ascendentes, o qual receberia idêntico quinhão.<sup>809</sup>

Porém, há um complicador que pode surgir: e se o falecido também viver em uma união poliafetiva? Para tornar mais claro o quadro, ilustrar-se-á com números: imagine-se a hipótese em que o falecido fosse filho de três pessoas e vivesse em união poliafetiva com outras duas pessoas.

Ora, já se detectou que o espírito da norma que dá azo ao art. 1.837 é da divisão igualitária. Neste caso, parece razoável que os mesmos critérios sejam então invocados para apresentar uma solução para esta hipótese sucessória em que está presente tanto a multiparentalidade nos sucessores ascendentes quanto a poliafetividade em relação aos consortes.

Assim, para o caso hipotético de um falecido que tenha deixado três pais e dois companheiros, o critério da igualdade detectado no art. 1.837 sugere que a herança seja dividida igualmente entre todos, recebendo, neste caso, um quinto cada um. Seria uma solução coerente com o propósito do referido dispositivo que, como visto, é orientado pela distribuição igualitária da herança entre as pessoas elencadas no dispositivo – cônjuge(s) e pais(s).

Resta ainda um último problema decorrente da multiparentalidade a ser resolvido em sede de direito sucessório: a hipótese de que os sucessores sejam ascendentes de segundo grau ou maior. Nos termos do §2º do art. 1.836 do Código Civil, a herança deixada aos ascendentes deve respeitar a divisão de linha paterna e materna, bem como a proximidade do grau de parentesco. Assim, os parentes mais próximos excluem os mais remotos.

Mas na multiparentalidade surge um complicador: não há apenas um pai e uma mãe. Neste caso, ainda faz sentido a divisão pelos gêneros ou a divisão deveria ser igualitária, de acordo com o número de pessoas implicadas na multiparentalidade?

A resposta a esse questionamento precisa harmonizar-se com a orientação geral por trás dos dispositivos atinentes à vocação hereditária e proporção da distribuição da herança. O primeiro aspecto a ser levado em consideração é que o §1º do art. 1.836 é claro ao dispor que a herança destinada aos ascendentes terá o critério da proximidade do parentesco como prioritário, pois havendo ascendente de grau mais próximo, resta excluído o mais remoto, sem distinção de linhas.

---

<sup>809</sup>PÓVOAS, 2017, p. 119-120.

Assim, exemplificativamente, se um filho, fruto da multiparentalidade, vem a falecer, sua herança seria destinada a todos os seus ascendentes de primeiro grau. Se fossem três, então a herança seria dividida em três partes. Se fossem dois, então a herança seria dividida em duas partes. Se fosse um, a herança seria destinada inteiramente a este pai ou mãe, a despeito de haver avós vivos que sejam ascendentes dos outros pais. Se o pai A e o pai B estão falecidos, mas possuem seus próprios pais vivos ainda, estes não serão chamados a suceder se houver um pai C para herdar.

No entanto, se os pais A, B e C estão vivos, cada um herda uma parte idêntica. Esse parece ser um bom indicador de que as linhas dos ascendentes a que se refere o §2º do art. 1.836, originariamente apenas duas (materna e paterna), no âmbito da multiparentalidade serão em número igual ao número total de pais ou mães. Assim, se ao todo forem três pais/mães, então haverá três linhas de ascendentes a serem observadas caso nenhum daqueles esteja vivo quando da abertura da sucessão do filho.

Como destaca Póvoas, a leitura do comando legal deve levar em consideração o objetivo do legislador quando da edição do Código em 2002, momento em que não se cogitava a possibilidade de mais do que duas pessoas figurando como pai e/ou mãe de uma pessoa – se imaginasse tal hipótese, a redação certamente teria sido diferente. Por isso, “o que objetivou o legislador, pois, foi conferir igualdade entre os ascendentes paternos e os maternos na distribuição da herança”.<sup>810</sup>

No lugar de linhas materna e paterna, teríamos linhas parentais, até mesmo porque não apenas por decorrência da multiparentalidade alguém pode vir a ter dois pais ou duas mães. Com a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, uma criança pode ter dois pais mesmo que inexistente a multiparentalidade naquela família. Daí a razão pela qual mais apropriado do que a divisão em linha paterna e materna, é apenas a indicação de linhas parentais: uma para cada pai ou mãe que o *de cujus* tinha. Precisamente nesse sentido foi a conclusão chegada na VIII Jornada de Direito Civil, que resultou na edição do Enunciado nº 642, com vistas a orientar a melhor interpretação do art. 1.836 para a hipótese da multiparentalidade.<sup>811</sup>

Dessa forma, poderíamos trabalhar com a ideia de que o ascendente A teria sua própria linha, assim como o ascendente B e o ascendente C. Se todos eles forem pré-mortos e possuírem pais vivos, então a distribuição da herança em favor desses dar-se-á de acordo com as linhas.

---

<sup>810</sup>PÓVOAS, 2017, p. 121.

<sup>811</sup>Enunciado 642: “Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.” (JORNADA DE DIREITO CIVIL, [2008]).

Por exemplo, se o *de cuius*, que já não possui pais vivos, tem os dois avós por parte do pai A (linha A), mas apenas um avô na linha do pai B (linha B) e apenas uma avó na linha do pai C (linha C), então, embora existam quatro ascendentes de segundo grau para suceder, a herança não será dividida em quatro partes, mas em três, uma para cada linha. Naquela linha em que há dois avós vivos a herança será entre eles dividida.

Assim, seguindo o mesmo exemplo, se acaso a herança fosse de 120 mil reais, cada uma das três linhas receberia 40 mil: na linha A, ficaria 20 mil para cada um dos avós vivos; na linha B ficaria 40 mil para o avô; na linha C também ficaria 40 mil para a avó.

O que se depreende, portanto, é que a intenção da norma que orienta a divisão em linhas paterna e materna quando da destinação da herança a ascendentes seria essencialmente mantida, havendo apenas adequação à realidade da multiparentalidade. Passar-se-ia a tratar de linhas parentais, em substituição às linhas materna e paterna, que seriam tantas quantos tivessem sido os pais do *de cuius*.

Em suma, há três conclusões a que se pode chegar acerca da aplicação do direito sucessório no contexto da multiparentalidade, situação essa de enorme potencial de ocorrência no seio da família poliafetiva: i) a sucessão de três ou mais ascendentes em favor do filho não demanda dificuldades práticas; ii) a sucessão do filho em favor de três ou mais ascendentes de primeiro grau há de ser feita pela divisão igualitária dos quinhões, com ou sem cônjuge; iii) a sucessão do filho em favor de três ou mais ascendentes de segundo grau ou maior deverá respeitar a divisão de linhas conforme tenham sido o número total de pais ou mães.

É claro que se a sucessão for em favor dos avós e o falecido tiver cônjuge ou companheiro, então é preciso observar o que dispõe o art. 1.837, parte final, que estabelece que o cônjuge receberá metade da herança e outra metade será destinada aos avós. No que toca à parte dos avós, seguirá a regra já vista da divisão conforme as linhas, que serão mais do que duas em caso de multiparentalidade, como já visto.

No entanto, no que toca à parte do cônjuge ou companheiro, um outro questionamento precisa ser feito: e se houver mais de um companheiro, como ocorre na união poliafetiva?

#### 3.4.2.2 Companheiro Poliafetivo Herdeiro

Antes de adentrar propriamente no tema atinente à divisão da herança, convém lembrar que o monte-mor resultará da prévia operação de repartição do patrimônio pelo número de componentes da relação. Assim, em vez da tradicional meação aplicável ao casamento e à união

estável, proceder-se-á à “triação”,<sup>812</sup> solução já encontrada em alguns precedentes<sup>813</sup> – ou outra operação com denominador ainda maior, se mais componentes tiver a relação poliafetiva. Apenas a parte que cabia ao falecido, no patrimônio comum formado durante a união, é que será objeto da herança.

É claro que no campo fático há potenciais complicadores, já que a controvérsia sobre a exatidão de alguns fatos pode dificultar ou inviabilizar a solução tecnicamente mais adequada, ficando à mercê da produção probatória.

Um dos fatos relevantes que exige prova é a existência da união poliafetiva, já que a não comprovação pode acabar resultando na caracterização de outra entidade familiar – ordinariamente, a união estável – e, conseqüentemente, na exclusão de herdeiros. Obviamente, em caso de controvérsia, o ônus da prova da existência da união poliafetiva é de quem a alega como fato constitutivo do seu direito.

Ademais, ainda que comprovada a existência da união poliafetiva, é possível que se impugne a condição de companheiro componente da união, visto que uma união poliafetiva pode ter mais do que apenas três membros. Assim, hipoteticamente, um homem poderia ter uma relação com três mulheres, mas duas delas, comprovadamente companheiras poliafetivas daquele, podem impugnar a condição de membro da união invocada pela terceira mulher – alegando, por exemplo, tratar-se apenas de uma relação eventual que o falecido possuía. Novamente, o ônus da prova do fato constitutivo do direito há de ser atribuído a quem pretende o reconhecimento da existência de direito sucessório.

Não obstante seja reconhecida a união poliafetiva e a condição de companheiros dos litigantes, ainda pode haver controvérsia no que toca ao marco temporal de determinados eventos importantes. O fato de haver uma incontroversa união poliafetiva não está imune ao risco de haver controvérsia sobre o início da união, o que pode ter reflexos sobre quais bens

<sup>812</sup>AZEVEDO, Camyla Galeão de; AZEVEDO, Thiago Augusto Galeão de. A constitucionalidade do poliamor: possível aplicabilidade do direito sucessório aos companheiros das entidades poliafetivas. **Revista brasileira de Direito Civil em perspectiva**, v. 4, n. 1, p. 166-189, jan./jun. 2018, p. 174.

<sup>813</sup>APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. LEGITIMAÇÃO. PERÍODO. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. USUFRUTO. AGRAVO RETIDO Os sucessores do de cujus são os legitimados para responder ação declaratória de união estável. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento de "papel". Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO ("TRIAÇÃO") Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. DIREITO AO USUFRUTO A companheira tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo de cujus, quando da existência de filhos. Regramento com base na legislação vigente ao tempo do código de 1916, época do óbito do autor da herança. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA, VENCIDO O PRESIDENTE QUE PROVIA, EM PARTE, EM MENOR EXTENSÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA)(RIO GRANDE DO SUL, 2005 [AC 70011962503]).

devam compor a herança, já que essa será o que resultar da prévia divisão do patrimônio comum dos companheiros poliafetivos.

Por exemplo, se antes da formação da união poliafetiva já havia uma união estável em curso entre dois dos três membros, é correto afirmar que os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável serão, como regra geral, patrimônio comum do casal. Por isso, se logo após a aquisição de determinado bem, o casal opta por acolher em sua formação familiar uma terceira pessoa, o referido bem não integrará o patrimônio comum da união poliafetiva, tratando-se de patrimônio pertencente apenas aos dois primeiros componentes da família. Assim, esse bem ficaria de fora da “triação”, sendo metade dele pertencente a cada um dos companheiros originais. Se um deles viesse a óbito, essa metade comporia o monte-mór.

A vedação de lavratura de escrituras públicas pelo CNJ apenas potencializa a chance de imprecisão da apuração dos fatos relevantes, já que este seria um instrumento de notória importância para a comprovação da existência da união e da data de sua constituição.

De toda sorte, o que se propõe aqui é uma construção no campo do direito, de modo que a eventualidade de controvérsia sobre os fatos no caso concreto deverá ser objeto da instrução no processo de conhecimento, aplicando-se para tanto as regras processuais sobre ônus da prova e os meios de prova idôneos que se mostrem apropriados conforme o caso.

Partindo-se da premissa de que à união poliafetiva serão aplicadas as regras da união estável, tanto quanto possível, e de que o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional a distinção de tratamento da companheira em relação ao cônjuge na aplicação do direito sucessório, pode-se chegar a uma conclusão segura: aplicar-se-á à união poliafetiva, em matéria de sucessões, o regramento previsto para a sucessão do cônjuge, ressalvadas as necessárias adequações que o formato conjugal exige.

Assim sendo, há três distintas situações que devem ser objeto de enfrentamento na aplicação da norma à união poliafetiva, presentes respectivamente nos incisos I, II e III do art. 1.829 do Código Civil:<sup>814</sup> i) os companheiros que concorrem com os descendentes (inciso I); ii) os companheiros que concorrem com os ascendentes (inciso II); iii) os companheiros que são os únicos destinatários da herança (inciso III).

---

<sup>814</sup>Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente; (BRASIL, 2002 [CC])

No que tange à hipótese do inciso III, em que a herança é destinada exclusivamente aos companheiros poliafetivos supérstites, não há qualquer dificuldade no campo do direito em encontrar solução, visto que a aplicação do princípio da igualdade não permite solução diversa da divisão equânime do patrimônio entre os herdeiros.

E é preciso ainda levar em consideração que a possibilidade de dois cônjuges concorrerem à herança já existe em nosso ordenamento jurídico, embora em caráter excepcional. Nos termos do art. 1.561 do Código Civil,<sup>815</sup> o casamento putativo operará efeitos até a data da sentença de invalidação, a despeito de ser causa de nulidade ou de anulabilidade. Assim, a considerar que o Código prevê como causa de nulidade a infringência de impedimentos para casar (art. 1.548, II), e que um destes impedimentos é a existência de anterior casamento de um dos nubentes (art. 1.521, VI), então a ocorrência de bigamia é hipótese de invalidação do segundo casamento. No entanto, estando um dos cônjuges de boa-fé, em relação a ele continuará a produzir efeitos até que sobrevenha a sentença.

Assim, no caso de, ilustrativamente, um homem casar-se com duas mulheres, estando a segunda de boa-fé, a ela beneficiarão os efeitos civis do casamento – até a sentença. Assim, se porventura o homem vier a óbito antes da sentença de nulidade do segundo casamento, a segunda esposa também terá direitos sucessórios, concorrendo com a primeira. Tal entendimento, originalmente refutado pela doutrina,<sup>816</sup> foi esposado por Pontes de Miranda<sup>817</sup> e ecoa na doutrina atual.<sup>818</sup>

Por isso, o que se detecta é que a aplicação do art. 1.829, III, do Código Civil à sucessão pelos companheiros poliafetivos é plenamente possível sem qualquer esforço hermenêutico.

<sup>815</sup>Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. (BRASIL, 2002 [CC]).

<sup>816</sup>No entendimento de Clovis Bevilacqua, tal hipótese era inconcebível, pois além do vínculo matrimonial era necessária a subsistência da coabitação, algo que ao autor parecia impraticável em duas uniões. Em suas próprias palavras, “se o casamento fôr annullado depois da morte do conjuge predefundo, mas em attenção á boa fé dos cônjuges fôr declarado putativo, como este tem effeitos de válido, e existia a coabitação ao tempo da morte, subsiste o direito successorio para o conjuge superstite. Decisão outra impõe-se, quando a sentença annullatoria intervier em vida de ambos os cônjuges, porque faltarão, nesta hypothese, as duas condições do direito hereditario reciproco entre cônjuges: casamento válido e persistencia da sociedade conjugal ao tempo da morte de u m delles. A ausencia de qualquer dessas condições é sufficiente para determinar a incapacidade successoria do conjuge. Não basta ter sido conjuge do finado, é preciso sel-o ainda, no momento em que se abre a sucessão; não basta que subsista o vínculo matrimonial, é necessario que os cônjuges não tenham dissolvido a sociedade conjugal” [sic] (BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p. 153-154).

<sup>817</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 55: Direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima, p. 237.

<sup>818</sup>LÔBO, Paulo. **Direito civil** [versão digital]. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. v. 6: Sucessões.

Por outro lado, a adequação das regras dispostas nos incisos I e II do art. 1.829 ao contexto da união poliafetiva pode ser deveres desafiadora.

#### 3.4.2.2.1 Concorrência com os descendentes na herança

O inciso I do art. 1.829 prevê que a sucessão legítima se defere aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente – no caso, com os companheiros poliafetivos sobreviventes. Prossegue o dispositivo trazendo ressalvas, excluindo o cônjuge da herança quando o regime for: comunhão universal de bens; separação obrigatória de bens; comunhão parcial de bens, se não houver bens particulares.

Para tratar da questão, não se adentrará nas celemas que envolvem o dispositivo em sua aplicação originária ao casamento e união estável. Tratar-se-á apenas da adequação da regra à união poliafetiva, especialmente no que toca ao ponto nevrálgico: a cota mínima de que trata o art. 1.832 do Código.<sup>819</sup>

É que pela simples aplicação do art. 1.832, o que se extrai é uma orientação geral de divisão igualitária entre os cônjuges (e companheiros) e os descendentes. Não há grande dificuldade em aplicar essa lógica à poliafetividade com filhos, com ou sem multiparentalidade. Todos os herdeiros terão direito a idêntico quinhão.<sup>820</sup>

Ocorre que o dispositivo em questão também determina que o cônjuge, quando for ascendente dos herdeiros com quem concorrer, receberá um quinhão igual ao dos herdeiros, mas que não poderá ser inferior à quarta parte da herança. Como adequar essa regra à hipótese da poliafetividade, mais propriamente quando a multiparentalidade está presente?

Aqui surgem duas hipóteses. Pela primeira, cada um dos companheiros faria jus à cota mínima. Pela segunda, a cota mínima deveria ser reservada conjuntamente a todos os companheiros.

Caso a segunda hipótese seja aplicada, a cota mínima assegurada a cada um dos companheiros será severamente reduzida, suscitando dúvida sobre o atendimento do espírito da lei. A exemplo disso, se a união poliafetiva era entre três pessoas, a cota mínima será

---

<sup>819</sup>Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. (BRASIL, 2002 [CC])

<sup>820</sup>Para ilustrar, invocar-se-á exemplo de quem já tentou antecipar uma solução ao problema: “Pela triação de bens, ocorreria a repartição de bens em três partes (quando o caso se referir à uma relação à três): um terço da herança iria para uma das companheiras, a outra para a outra companheira, e a terceira parte para os filhos provenientes da relação familiar, quando houver. Essa divisão faz jus ao próprio artigo 1.832 do Código Civil em que o cônjuge da relação, quando concorrer com os filhos de casal, recebe quinhão igual aos dos filhos.” (AZEVEDO; AZEVEDO, 2018, p. 178).

equivalente à oitava parte da herança para cada companheiro supérstite. Se porventura a união fosse composta por ainda mais pessoas, a cota mínima em favor de cada uma acabaria ainda mais diluída. Esse resultado parece se distanciar da intenção do legislador ao criar a regra da cota mínima.

No entanto, é também verdade que a regra precisa ser aplicável às uniões poliafetivas a despeito do número de componentes. E aí há um argumento matemático inexorável: se cada companheiro poliafetivo supérstite tiver direito à cota mínima equivalente à quarta parte da herança, corre-se o risco de que não reste herança aos herdeiros.

Por exemplo, numa união poliafetiva formada por três pessoas, cada um dos dois companheiros supérstites teria direito à quarta parte da herança, restando aos filhos apenas a metade da herança para dividir. No entanto, caso se estivesse diante de uma união poliafetiva formada por cinco pessoas, se cada um dos quatro companheiros supérstites tivesse direito à quarta parte, então não restaria herança a ser destinada aos filhos. Esse resultado é, sem dúvida, ainda mais distante daquilo que almejou o legislador.

Não se pode esquecer que a cota mínima já é por si só um tratamento desigual, portanto um benefício conferido ao cônjuge supérstite em detrimento dos herdeiros. É preciso recordar que em qualquer caso o cônjuge ainda terá direito, invariavelmente, a um quinhão no mínimo igual ao dos descendentes.

Por isso, em caso de aplicação da regra do art. 1.832 do Código, a cota mínima há de ser conjunta em favor de todos os companheiros supérstites. Embora a fração destinada a cada um a título de cota mínima vá ser significativamente reduzida, tal solução melhor se coaduna com a proteção do direito dos descendentes herdeiros. E ainda que a cota mínima reservada a cada companheiro poliafetivo supérstite possa ser menor, o seu quinhão de nenhuma forma será menor que os dos demais herdeiros.

No entanto, o problema pode ficar ainda mais complexo: e se na família poliafetiva não há multiparentalidade, mas há herdeiros descendentes em número suficiente para que seja necessária a invocação da cota mínima? Não há aqui uma solução que possa ser buscada na lei. O legislador jamais chegou próximo de cogitar tal situação.

No entanto, a inexistência de solução pronta na lei, nem mesmo por analogia, não exime o juiz de entregar a tutela jurisdicional.<sup>821</sup> Por isso, a construção de uma resposta que seja harmônica com o sistema vigente é imperiosa.

---

<sup>821</sup>Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. (BRASIL. **Lei n° 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 15 abr. 2021)

Buscando auxílio na analogia, o Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil pode colaborar com o desenvolvimento de um raciocínio consistente. Sua redação esclarece que “na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.”<sup>822</sup>

O enunciado em questão pacifica a discussão acerca da aplicação do art. 1.832 à hipótese em que o cônjuge supérstite concorre com filhos do falecido que sejam em parte também filhos seus, em parte não. O tratamento variável de acordo com o número de filhos foi gerador de sonoras polêmicas na comunidade jurídica, dando azo ao surgimento de proposições variadas. Com bem destacou Hironaka, “esse comando concentra a enorme dúvida relacionada à matemática dos quinhões, esmiuçando casos de concorrência supérstite com descendência comum, com descendência exclusiva e com descendência híbrida do falecido.”<sup>823</sup>

Vale ressaltar que essa não foi a única ocorrência do Código nesse sentido, já que o art. 1.790, I e II, que tratava da sucessão do companheiro, trazia insuperável problema no tocante à filiação híbrida e ao quinhão a que fazia jus o herdeiro, o que inspirou o surgimento de criativas soluções, incluindo uma sofisticada fórmula matemática<sup>824</sup> estabelecendo solução contábil inusitada. Felizmente, tal problema restou sanado com a decisão do Pretório Excelso, que igualou a condição do convivente à do cônjuge para fins sucessórios. Por decorrência da decisão do STF, “aplica-se ao cônjuge e ao companheiro as mesmas regras de concorrência com os descendentes”<sup>825</sup>

O que se extrai dessa interpretação é que para que a aplicação da regra seja possível será imprescindível que não haja nenhum filho externo à união conjugal que existia quando do óbito. Isso permite deduzir que a intenção da doutrina responsável pela edição do Enunciado 527 é que a regra em questão seja aplicada quando inexistir pessoa estranha ao núcleo familiar. Assim,

<sup>822</sup>V Jornada de Direito Civil, Enunciado 527. (AGUIAR JUNIOR, 2012).

<sup>823</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de direito brasileira**, v. 13, n. 6, p. 131-149, jan./abr. 2016, p. 137.

<sup>824</sup>A esse respeito, convém breve menção à fórmula Tusa invocada por Hironaka e Cahali como solução para a divisão da herança entre descendentes e companheiro, com vistas a harmonizar os incisos I e II do art. 1.790 quando existente filiação híbrida (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 236-237). Os esforços da doutrina para solucionar o problema restaram prejudicados pelo julgamento do Recurso Extraordinário 878.694 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Relator: Min. Roberto Barroso. [Brasília, 9 de novembro de 2018]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339019694&ext=.pdf>. Acesso em 20 jun. 2021), que resultou no tema de repercussão geral n° 809: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.”

<sup>825</sup>CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões: inventário e partilha** [versão digital]. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 60.

serão apenas mãe (ou pai) e filhos (da mesma união) os destinatários da herança, o que permite um tratamento especial ao cônjuge supérstite, assegurando-lhe a cota mínima.

Partindo dessa interpretação, que parece ser bastante razoável, poder-se-ia utilizar do mesmo critério para resolver o impasse da aplicação do art. 1.832 à hipótese em que os companheiros supérstites não figurem conjuntamente como ascendentes, pela via da multiparentalidade, dos descendentes também herdeiros. Assim, o art. 1.832 não poderá ser aplicado à hipótese em que os filhos do falecido não sejam filhos também de todos os companheiros poliafetivos que com eles concorrem na herança.

Ocorre que tal solução viria em prejuízo do companheiro de longa data que fosse pai ou mãe de todos os filhos do falecido. Vale dizer, embora atualmente estivesse numa união poliafetiva, o fato é que esse companheiro é ascendente de todos os descendentes do falecido que também concorrem à herança.

Tendo detectado essa mesma inconsistência, Azevedo e Azevedo defendem que “quando for possível, o percentual de 25% será aplicado independentemente da origem da filiação, o que vai em contraposição com o posicionamento que é atribuído no caso de filiação híbrida do casal monogâmico”,<sup>826</sup> conclusão essa que lança um pouco de luz sobre a questão, mas, máxima vênia, exige melhor lapidação.

Ora, se não há direito à cota mínima em caso de filiação híbrida, como constou do Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil, não seria incoerente assegurá-la à hipótese de apenas um dos companheiros ser genitor dos demais herdeiros?

Sob o ponto de vista do interesse dos descendentes herdeiros, em nada mudaria o número de possíveis beneficiários da cota mínima de 25% da herança, a despeito de quantos companheiros poliafetivos estejam concorrendo, visto que seria uma única cota mínima para todos os companheiros, como explicado anteriormente. Por outro lado, pela ótica dos companheiros poliafetivos concorrentes, poder-se-ia gerar uma inconsistência, visto que aquele que faz jus à cota mínima teria que dividir com os que não preenchem o requisito.

Diversamente, se apenas o companheiro que atende o requisito fizer jus à cota mínima, isso geraria outro descompasso: o quinhão de um dos companheiros seria superior ao dos demais, visto que receberia sozinho a cota mínima e os demais companheiros receberiam idêntico quinhão ao dos demais herdeiros.

Tal solução chama atenção por conferir tratamento desigual entre os companheiros. No entanto, é preciso reconhecer que os companheiros, nesse cenário, estão efetivamente em

---

<sup>826</sup>AZEVEDO; AZEVEDO, 2018, p. 178.

posição de desigualdade, pois apenas um deles é ascendente dos demais herdeiros (descendentes do falecido). Dessa feita, desiguais devem ser tratados desigualmente. Afinal, não se pode esquecer que “o intento do legislador teve em conta garantir uma certa porção mínima na situação de verificada a ascendência dos herdeiros com os quais concorre.”<sup>827</sup>

Por isso, uma solução extremamente técnica das regras do Código Civil conduziria a essa solução, visto que seria a que melhor se harmoniza sistematicamente, amparada pelo raciocínio de que todos os herdeiros receberão idêntico quinhão, exceto aquele que preencher dois requisitos cumulativamente: i) ser cônjuge/companheiro; e ii) ser também ascendente de todos os filhos herdeiros do falecido.

Essa fórmula permite uma solução harmônica para qualquer caso de sucessão envolvendo poliafetividade, com ou sem multiparentalidade. Isso porque se houver multiparentalidade, então a cota mínima será assegurada a todos os pais/mães em comum dos coerdeiros. Se apenas uma parte dos companheiros supérstites figurarem na condição de pais/mães de todos os demais herdeiros, então somente àqueles companheiros concorrerão à cota mínima. E, assim, qualquer outro quadro familiar complexo<sup>828</sup> poderá ser resolvido pela mesma fórmula, conjugada com a orientação do Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil.

#### 3.4.2.2.2 Concorrência com os ascendentes na herança

No que toca à aplicação do inciso II do art. 1.829 do Código Civil, já se viu (tópico 3.4.2.1) que a aplicação do art. 1.837 deve ser orientada pelo princípio da igualdade, estabelecendo-se uma divisão igualitária pelo número total de concorrentes à herança.

Por isso, em se tratando de uma união estável, o cônjuge receberia a terça parte e os pais receberiam, cada um, também uma terça parte da herança. Havendo apenas um genitor vivo, esse receberia metade e o companheiro a outra metade. Se porventura o *de cujus* tivesse mais do que dois ascendentes de primeiro grau, em virtude da multiparentalidade, todos os concorrentes (incluindo o companheiro) receberiam uma parte igual.

---

<sup>827</sup>RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões** [versão digital]. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 168.

<sup>828</sup>Imagine-se, por exemplo, que numa família poliafetiva formada por três companheiros, há quatro filhos. No entanto, desses quatro filhos, apenas em relação a dois está estabelecida a multiparentalidade entre os três companheiros. Em relação aos outros dois, são filhos apenas de dois dos três companheiros. Nesse caso, aquele companheiro que fosse ascendente de todos os filhos teria direito ao quinhão mínimo; por outro lado, aquele que fosse ascendente de apenas parte dos filhos não teria direito à cota mínima, por aplicação do Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil, o que faria com que tivesse direito apenas a quinhão igual ao dos demais herdeiros.

E em caso de coexistir a hipótese de multiparentalidade (ascendentes do falecido) e união poliafetiva (conjugalidade do falecido), também a solução seguiria o mesmo critério: divisão igualitária entre todos os concorrentes, ou seja, pais e companheiros poliafetivos. Tais aspectos foram abordados com mais vagar anteriormente.

Porém, a adequação das regras sucessórias à união poliafetiva pode se mostrar bastante desafiadora à medida que se avança para os meandros do sistema sucessório. Como adequar a parte final do art. 1.837 à união poliafetiva?

Como visto, enquanto o companheiro estiver a concorrer com ascendentes de primeiro grau do falecido, a divisão será igualitária no sistema brasileiro.<sup>829</sup> No entanto, quando concorre com ascendentes de grau superior, é reservado ao companheiro um quinhão equivalente à metade da herança.

Neste caso, em se tratando de união poliafetiva, haverá mais de um companheiro supérstite. E a regra em questão mostra-se extremamente problemática de ser aplicada, pois cria resultado que seguramente vai contra o propósito do legislador quando da edição da redação.

A intenção é que o cônjuge tenha direito a metade da herança (e não apenas um terço) quando estiver concorrendo com ascendentes de segundo grau ou superior, diversamente da hipótese em que concorre com ascendentes de primeiro grau – nesta última, o critério é a igualdade dos quinhões.

Quando há dois (ou mais) companheiros na condição de sucessores, esses concorrerão com os ascendentes de primeiro grau em igualdade, recebendo todos o mesmo quinhão. Mas quando há dois (ou mais) companheiros concorrendo com ascendentes de segundo grau ou maior, essa regra não se aplicará. Em vez disso, os ascendentes receberão metade da herança e os companheiros receberão a outra metade.

Assim sendo, teríamos o esdrúxulo quadro em que os dois companheiros supérstites receberiam herança maior quando estivessem concorrendo apenas com a sogra – um terço para cada – do que quando estivessem concorrendo com o avô do falecido – metade para ambos.

E uma interpretação no sentido de assegurar a cada um dos companheiros poliafetivos supérstites um quinhão equivalente à metade também seria impraticável. Primeiramente porque

---

<sup>829</sup>Isso por si só já facilita significativamente a busca por uma solução, pois o critério da igualdade na distribuição dos quinhões é manifesto, demandando pouco esforço para identificá-lo na redação legal. Embora em tempos remotos a legislação brasileira tenha sido inspirada na lei portuguesa, felizmente houve um distanciamento saudável entre os ordenamentos, de modo que por aqui problemas daquela legislação não tenham sido reproduzidos. A exemplo disso, pode-se invocar a criticada previsão do art. 2142/1 do Código Civil Português, que prevê partilha irregular, sendo destinado quinhão de 2/3 da herança para o cônjuge supérstite e de 1/3 para os ascendentes, como registra José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 346).

deixaria os ascendentes sem nenhuma herança, ofendendo claramente o intento da norma. Além disso, seria uma regra inviável diante da hipótese de uma união poliafetiva que tivesse três ou mais companheiros supérstites – afinal, a própria noção de “metade” limita-se a duas partes.

Portanto, resta muito claro que a parte final do art. 1.837 do Código Civil, no que diz respeito à concorrência com ascendentes de segundo grau ou superior, não tem como ser aplicada à união poliafetiva sob uma interpretação que assegure a cada companheiro uma cota mínima de 50% da herança.

No entanto, também não parece ser acertada a hipótese de aplicar a regra de divisão igualitária entre companheiros supérstites e ascendentes de segundo grau ou maior, tal como ocorreria se a concorrência fosse com ascendentes de primeiro grau. Isso porque novamente corre-se o risco de que os companheiros recebam menos na concorrência com os avós do falecido do que receberiam na concorrência com os pais, o que desvirtuaria o propósito da norma.

O caminho mais acertado parece ser o de uma construção híbrida considerando todas as hipóteses previstas no art. 1.837. Assim, seria resguardado quinhão mínimo equivalente a metade da herança em favor dos companheiros (conjuntamente), mas concorreriam com os ascendentes em igualdade. Assim, caso houvesse três ascendentes<sup>830</sup> (de segundo grau ou mais) e dois companheiros supérstites, os companheiros receberiam conjuntamente metade e a outra metade caberia aos ascendentes. Por outro lado, se fossem dois companheiros supérstites concorrendo com apenas um ascendente (de segundo grau ou mais), então a cada um caberia a terça parte.

### 3.4.3 Seguro de Vida

Outro direito que pode advir da morte é o decorrente do seguro de vida. O contrato de seguro, regrado essencialmente pelo Código Civil (art. 757 a 802), pode ser dividido em duas categorias: seguro de dano (art. 778 a 788) e seguro de pessoa (art. 789 a 802), sendo este último de interesse do presente estudo.

Embora seja comum o uso da expressão “indenização” para designar a prestação devida em caso de implemento da condição suspensiva (morte), tecnicamente o Código Civil trata tal prestação pela nomenclatura “capital”.

---

<sup>830</sup>Hipótese possível pela via da multiparentalidade, pois ascendentes de segundo grau ou mais sucedem respeitando a linha de parentalidade, como já exposto anteriormente, resultante da adequação do comando do §2º do art. 1.836 à realidade multiparental.

O presente capítulo tem por objetivo apontar a adequação das relações jurídicas mais corriqueiras à realidade da união poliafetiva, razão pela qual o mesmo há de ser feito no que toca à relação securitária e à destinação do capital em caso de morte de um dos companheiros poliafetivos que era segurado.

A considerar que o seguro deverá ser objeto de contrato escrito, do qual resulta emissão de apólice, nos termos do art. 760 do Código Civil,<sup>831</sup> inexistente qualquer óbice à indicação dos companheiros poliafetivos como beneficiários. Afinal, por força do já invocado princípio da legalidade, será lícito ao particular fazer tudo aquilo que a lei não lhe proibir (art. 5º, II, da Constituição Federal). Neste caso, não seria lícito à seguradora deixar de pagar aos beneficiários e o contrato seria suficiente para solucionar a necessidade da família poliafetiva em matéria securitária.

No entanto, embora o contrato de seguro de pessoas não possa ser ao portador (art. 760, parágrafo único), não é inválido ou ineficaz por deixar de indicar beneficiários, hipótese em que se aplicará a solução prevista no art. 792 e parágrafo único do Código.<sup>832</sup> Pela dicção do aludido dispositivo, na ausência de beneficiário metade do capital segurado será destinado ao cônjuge (não separado judicialmente) e a outra metade aos herdeiros.

O dispositivo possui redação que dá pouca margem para interpretação que não ofenda a *mens legis* para a adequação à tutela da união poliafetiva, restringindo estritamente ao cônjuge a destinação do capital segurado. A lei, neste ponto, não iguala o cônjuge ao companheiro, pois traz previsão expressa em relação a esse último no art. 793: “É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou se já se encontrava separado de fato.”

Aparentemente, esta intromissão do legislador na autonomia privada do segurado vem com o propósito de coibir a extensão de proveito econômico ao concubino, em sintonia com outras disposições do Código com semelhante propósito.<sup>833</sup>

A aplicação do parágrafo único do art. 792 cria duas condições para que possa o companheiro vir a receber o seguro de vida, pois estabelece que na falta das pessoas arroladas

---

<sup>831</sup>Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário. (BRASIL, 2002 [CC])

<sup>832</sup>Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência. (BRASIL, 2002 [CC])

<sup>833</sup>A exemplo disso, pode-se invocar o art. 1.642, V, que permite à pessoa casada lesada reivindicar bens transferidos ao concubino do seu cônjuge e o art. 1.801, III, que impede a nomeação do concubino como herdeiro testamentário. (BRASIL, 2002 [CC])

no *caput* do art. 792 (cônjuge e herdeiros), “serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.” Ou seja, para que pudesse o companheiro invocar o referido dispositivo como fundamento para reclamar para si o pagamento do capital segurado, precisaria preencher dois requisitos: i) não haver cônjuge e herdeiros para receber o seguro; e ii) comprovar que era economicamente dependente.

Na prática, tal dispositivo será de remota aplicação em favor do companheiro, pois o *caput* do art. 792 ao tratar de herdeiros não restringe aos necessários, o que significa dizer que a previsão do parágrafo único só terá lugar se não houver nenhum herdeiro facultativo também – assim entendidos como os colaterais em geral, nos termos dos art. 1.829 e 1.845 do Código Civil.

Felizmente, a comunidade jurídica detectou a flagrante injustiça da aplicação literal dos aludidos dispositivos, passando a permitir à companheira reclamar o pagamento do capital segurado quando inexistente a designação de beneficiário. A esse respeito, merece destaque a crítica feita por Silvio Venosa ao comando legal: “mais uma vez a lei omite o convivente estável, que, por justiça e por direito constitucional, deve ser incluído na dicção. Ainda mais pelo texto do artigo seguinte.”<sup>834</sup>

Em vista disso, por ocasião da III Jornada de Direito Civil restou editado o Enunciado 186, estabelecendo que “O companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo no seguro da pessoa do outro companheiro.”<sup>835</sup>

A equiparação do companheiro ao cônjuge para o propósito de ser beneficiário do capital segurado resolve apenas um dos percalços dos companheiros poliafetivos – a considerar que a união poliafetiva será regrada, tanto quanto possível, de modo análogo à união estável, pelas razões exaustivamente já expostas. Mas há ainda outro obstáculo a ser superado para conferir aos conviventes poliafetivos o direito à percepção do capital quando não constarem expressamente como destinatários: dois beneficiários baseados em vínculo de conjugalidade, uma excentricidade para o ordenamento jurídico brasileiro.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.401.538, já se posicionou a respeito de demanda envolvendo o interesse da companheira da união estável comprovadamente em curso e da ex-esposa separada de fato do segurado falecido. Ao tratar da questão, entendeu o tribunal inexistir óbice à destinação do capital tanto à

---

<sup>834</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 729.

<sup>835</sup>III Jornada de Direito Civil, Enunciado 186. (AGUIAR JUNIOR, 2012).

companheira quanto à ex-esposa, por meio da interpretação do art. 792 do Código pelos métodos teleológico e sistemático.<sup>836</sup>

Posição no sentido de determinar o fracionamento do capital segurado entre esposa e concubina já havia sido anteriormente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 100.888/BA, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil.<sup>837</sup>

O precedente mais recente do STJ acerca do tema lança luz na busca da resolução de dois problemas de uma só vez: i) o companheiro passa a ser admitido como beneficiário legal do seguro de vida; ii) o fracionamento do capital segurado entre companheiro e ex-cônjuge revela-se uma opção a ser adotada quando casuisticamente revelar-se a solução juridicamente mais harmônica.

---

<sup>836</sup>RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE VIDA. MORTE DO SEGURADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE BENEFICIÁRIO. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO À COMPANHEIRA E AOS HERDEIROS. PRETENSÃO JUDICIAL DA EX-ESPOSA. SEPARAÇÃO DE FATO. CONFIGURAÇÃO. ART. 792 DO CC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. DIVISÃO IGUALITÁRIA ENTRE O CÔNJUGE NÃO SEPARADO JUDICIALMENTE E O CONVIVENTE ESTÁVEL. MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC. AFASTAMENTO. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NECESSIDADE. INTUITO PROTETÓRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RESP 1.198.108/RJ (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA).

1. Cinge-se a controvérsia a saber quem deve receber, além dos herdeiros, a indenização securitária advinda de contrato de seguro de vida quando o segurado estiver separado de fato na data do óbito e faltar, na apólice, a indicação de beneficiário: a companheira e/ou o cônjuge supérstite (não separado judicialmente).

2. O art. 792 do CC dispõe de forma lacunosa sobre o assunto, sendo a interpretação da norma mais consentânea com o ordenamento jurídico a sistemática e a teleológica (art. 5º da LINDB), de modo que, no seguro de vida, na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, o capital segurado deverá ser pago metade aos herdeiros do segurado, segundo a vocação hereditária, e a outra metade ao cônjuge não separado judicialmente e ao companheiro, desde que comprovada, nessa última hipótese, a união estável.

3. Exegese que privilegia a finalidade e a unidade do sistema, harmonizando os institutos do direito de família com o direito obrigacional, coadunando-se ao que já ocorre na previdência social e na do servidor público e militar para os casos de pensão por morte: rateio igualitário do benefício entre o ex-cônjuge e o companheiro, haja vista a presunção de dependência econômica e a ausência de ordem de preferência entre eles.

4. O segurado, ao contratar o seguro de vida, geralmente possui a intenção de amparar a própria família, os parentes ou as pessoas que lhe são mais afeitas, a fim de não deixá-los desprotegidos economicamente quando de seu óbito.

5. Revela-se incoerente com o sistema jurídico nacional o favorecimento do cônjuge separado de fato em detrimento do companheiro do segurado para fins de recebimento da indenização securitária na falta de indicação de beneficiário na apólice de seguro de vida, sobretudo considerando que a união estável é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar. Ademais, o reconhecimento da qualidade de companheiro pressupõe a inexistência de cônjuge ou o término da sociedade conjugal (arts. 1.723 a 1.727 do CC). Realmente, a separação de fato se dá na hipótese de rompimento do laço de afetividade do casal, ou seja, ocorre quando esgotado o conteúdo material do casamento.

6. O intérprete não deve se apegar simplesmente à letra da lei, mas perseguir o espírito da norma a partir de outras, inserindo-a no sistema como um todo, extraíndo, assim, o seu sentido mais harmônico e coerente com o ordenamento jurídico. Além disso, nunca se pode perder de vista a finalidade da lei, ou seja, a razão pela qual foi elaborada e o bem jurídico que visa proteger.

7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.401.538/RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 4 de agosto de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 ago. 2015)

<sup>837</sup>BRASIL, 2000 [REsp 100.888/BA].

Destarte, o que se depreende é que, mesmo diante da polêmica hipótese de duas uniões distintas, o STJ identificou na divisão entre ambas as reclamantes do capital segurado a solução que melhor atendia ao postulado da razoabilidade,<sup>838</sup> harmonizando-se tanto quanto possível ao comando da lei e à efetiva proteção da família destinatária do proveito geralmente esperado quando da contratação de seguro de vida.

E embora não se deva buscar na jurisprudência o amparo único para fundamentar uma nova possibilidade de arranjo jurídico, não se pode também negar que a jurisprudência vigente dá o tom da aplicação do direito dentro de um determinado contexto temporal, encorajando a produção de novos julgados que acabem por se valer do precedente aberto. Este processo, sobremaneira, conduz a transformação do direito, a exemplo das famílias homoafetivas, multiparentalidade etc.

Por conta disso, reconhecida a união poliafetiva como entidade familiar no plano do direito e comprovada a configuração de uma família nesta moldura de conjugalidade no plano dos fatos, a solução não há de ser outra para a destinação do capital segurado quando inexistente indicação de beneficiário: imperioso é o fracionamento entre os companheiros poliafetivos do segurado falecido, por força de interpretação teleológica e sistemática do art. 792 do Código Civil.

### 3.5 CONCLUSÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE TUTELA DA UNIÃO POLIAFETIVA PELA ESTRUTURA NORMATIVA VIGENTE

O ponto de partida do capítulo que se encerra foi a invocação, por parte do relator do julgamento do pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000, de argumento consistente na inexistência de estrutura normativa para amparar os reflexos jurídicos advindos do reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar.<sup>839</sup>

---

<sup>838</sup>Enquanto os princípios são normas que contêm comandos amplos com vistas à realização de valores juridicamente relevantes, os postulados servem como critérios para aplicação das normas, a exemplo da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência. Portanto, os postulados estão em plano distinto, sendo considerados metanormas ou normas de segundo grau. A violação de um postulado ocorre quando a norma é interpretada sem levá-lo em consideração. Não devem os postulados serem confundidos com os sobreprincípios, adiante abordados, os quais são princípios jurídicos e, por conseguinte, espécie normativa – funcionando frequentemente como fundamento formal e material para atribuição de sentido às normas inferiores, diversamente dos postulados normativos, cuja função é estruturar a aplicação de tais normas (ÁVILA, 2005, p. 88-89).

<sup>839</sup>Nas palavras do relator, “Por ser uma estrutura de convivência completamente nova, o tema é demasiado complexo e demanda profundos estudos acerca do impacto e das consequências jurídicas que pode gerar, já que não existem regras para a convivência com maior número de pessoas.” (BRASIL, 2018 [Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000])

Por isso, embora o capítulo anterior tenha alcançado a conclusão de que a família poliafetiva há de ser reconhecida no plano da existência – como família, presente a poliafetividade –, receber o *status* de família poderia encontrar óbice operacional no plano da eficácia, sujeita ao caos jurídico de uma multiplicidade de distintas soluções insubsistentes para os problemas práticos.

Assim sendo, o presente capítulo teve por objetivo o enfrentamento dos principais efeitos jurídicos advindos do reconhecimento da família poliafetiva, buscando para cada um apresentar uma solução consistente e sistematicamente coerente, com vistas à promoção da segurança jurídica.

Para tanto, a divisão metodológica de abordagem deu-se em quatro grupos temáticos. No primeiro, buscou-se tratar dos deveres advindos da caracterização da união poliafetiva: lealdade, assistência e cuidados com os filhos, visto que o uso da união estável como norte para analogia se revelou oportuna e razoável. No segundo, abordou-se a proteção da pessoa dos filhos em caso de dissolução da sociedade conjugal poliafetiva. No terceiro, adentrou-se na tutela dos direitos patrimoniais, tratando do regime de bens e partilha. E, por fim, no último grupo temático a abordagem reuniu os direitos advindos da morte – com vistas a tratar, para além dos direitos sucessórios previstos no Código Civil, também de outros direitos previstos em legislação esparsa, como previdência e seguro de vida.

A abordagem do primeiro grupo temático iniciou pelo dever de lealdade, trazendo a lume a polêmica existente na distinção ou equivalência das noções de lealdade e fidelidade. Após o necessário aprofundamento na questão, concluiu-se que a ausência de sanção específica à infidelidade acabou por trazê-la ao mesmo patamar da lealdade, sendo indiferente na atualidade o uso de uma ou outra expressão. O que se espera, de qualquer das uniões conjugais previstas no Código, é que haja observância à boa-fé entre os componentes da relação, dever esse também oponível à união poliafetiva.

O segundo dever abordado foi o de assistência, iniciando pelas repercussões no dever alimentar. Nesse particular, detectou-se que as regras hoje em curso não trazem como exigência explícita ou tácita a monogamia. Por outro lado, a ampliação do grupo familiar traz notória vantagem ao exercício do direito a alimentos, representando um aumento do círculo de apoio potencialmente devedor de alimentos, tanto em relação ao companheiro poliafetivo, quanto aos filhos.

Ainda dentro do tema assistência, houve a abordagem dos direitos extensíveis aos companheiros, com especial atenção aos planos de saúde. Nesse aspecto, o que se detectou foi

a existência de liberdade contratual apta a viabilizar a inclusão de múltiplos companheiros dependentes, desde que contratualmente prevista a possibilidade.

O terceiro dever diz respeito aos filhos, reduzidos a dois grupos de assuntos: multiparentalidade e poder familiar. No tocante a esse último, percebeu-se inexistir qualquer impacto relevante quando exercido por uma família poliafetiva em que configurada a multiparentalidade. Por outro lado, a multiparentalidade demandou atenção maior. Embora seja a solução à família poliafetiva que deseje filhos que possuam vínculo de parentesco com todos os componentes, acabou por suscitar outros questionamentos, podendo ser sintetizados em dois pontos: aplicação das regras de presunção de paternidade e parentesco civil.

No que toca às regras de presunção de paternidade, também aplicáveis à união estável e, por conseguinte, à união poliafetiva, detectou-se que, uma vez comprovada a existência da união, é possível invocar a presunção de paternidade em face de seus componentes, a qual poderá ser impugnada por qualquer dos pais presumidos.

Em relação à adoção conjunta por três ou mais pessoas, vem ao encontro da concretização do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo razoável e viável a inclusão da família poliafetiva, à semelhança da família informal advinda da união estável, como uma possibilidade para o exercício desse direito.

O segundo grupo temático abordou a proteção da pessoa dos filhos em caso de dissolução da sociedade conjugal poliafetiva, dando atenção à guarda e à convivência. No tocante a essa última, inexistiu, no plano teórico, qualquer dificuldade de acomodação do interesse da família poliafetiva desfeita, que se valerá das mesmas soluções conferidas à multiparentalidade em igual situação – o que pode se revelar desafiador se muitos forem os pais ou mães a exercerem o direito de convivência.

Por outro lado, no que diz respeito à guarda, detectou-se que é possível que o tempo revele que as atuais guardas unilateral e compartilhada não sejam suficientes para atender às demandas da multiparentalidade, visto que nada impede a existência de um quadro em que ambas as necessidades coexistam: dois pais ou mães aptos e interessados no exercício da guarda, um não. Para buscar atender a essa necessidade, surge na presente tese a proposição da guarda híbrida ou mista, que permite a fixação da guarda compartilhada entre dois dos genitores, configurando-se como se unilateral fosse em relação ao terceiro.

O terceiro grupo temático diz respeito ao regime de bens da união poliafetiva e à partilha de bens. Nesse tópico, buscou-se trabalhar a proposição inovadora de Samir Namur de dissociar o regime de bens do Direito das Famílias, delegando o regimento do interesse patrimonial à vontade das partes, por meio de negócio jurídico a ser apreciado sob a ótica do Direito das

Obrigações. No entanto, embora a proposta seja louvável, não resolve a necessidade advinda das uniões poliafetivas no estágio atual do ordenamento jurídico.

Por isso, também no terceiro grupo temático foi feita a abordagem do regime de bens e partilha considerando o ordenamento jurídico em voga, ressalvadas as adaptações necessárias. Por isso, partiu-se do pressuposto de que às uniões poliafetivas será aplicado o regime de bens legal, atualmente a comunhão parcial de bens. Para proceder à partilha, a divisão patrimonial deverá levar em conta o número de componentes da união poliafetiva e o marco temporal da entrada ou saída de um deles da relação. Adotados estes cuidados, a partilha poderá ser feita pelas regras em curso.

Por fim, o quarto e último grupo temático tratou dos direitos advindos da morte de um dos companheiros poliafetivos: pensão por morte, sucessão e seguro de vida. Iniciando pela pensão por morte, verificou-se a inexistência de óbice na legislação previdenciária à concessão do benefício a mais de duas companheiras. No entanto, sendo o deferimento do benefício condicionado à caracterização do *status* de companheira, fica subordinado ao Direito das Famílias nesse particular. E, a considerar que o atual entendimento do Pretório Excelso sobre as uniões simultâneas deu-se, por apertada maioria, no sentido de negar o reconhecimento da segunda união, hoje a concessão de pensão por morte a duas companheiras restou inviabilizado – mas tão somente na hipótese das uniões simultâneas, formadoras de dois distintos núcleos familiares, hipótese distinta da união poliafetiva.

Outro problema atinente à pensão por morte foi o relativo ao tempo de duração do benefício, em observância às disposições do art. 77 da lei nº 8.213/91. Isso porque, pela regra do art. 77 e §1º da aludida lei, o benefício poderia ser concedido individualmente a cada companheira, cada qual recebendo sua fração e, quando da cessação do direito por parte de uma, sua fração reverteria em favor da outra companheira pensionista. No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, tornou-se impraticável tal solução. O caminho então passou a ser a estipulação de uma conta familiar de 50% somada a 10% para cada dependente, até que cessasse o direito de algum desses, o que implicaria na destinação integral da pensão ao dependente subsistente – descontados os 10%. De toda sorte, revela-se uma solução viável à necessidade das uniões poliafetivas.

Passando ao direito sucessório, duas complexas questões surgem com a união poliafetiva: uma tocante aos companheiros e outra aos filhos, quando presente a multiparentalidade. Quanto a essa última, embora seja fácil concluir que o filho herda de todos os ascendentes, grande dificuldade havia na hipótese inversa, visto que a multiparentalidade parecia não ser acolhida pela disposição legal da sucessão em favor dos ascendentes, em vista

da previsão das linhas materna e paterna. No entanto, isso restou devidamente esclarecido pelo Enunciado nº 642 da VIII Jornada de Direito Civil, estabelecendo múltiplas linhas parentais para os ascendentes – tantas quantas fossem os pais/mães do autor da herança.

Um segundo aspecto, um pouco mais complexo, diz respeito à hipótese de concorrência dos companheiros poliafetivos com outros parentes de linha reta do falecido. Assim, duas questões surgem no tocante à concorrência dos companheiros, uma em relação aos descendentes e outra em relação aos ascendentes.

Relativamente à primeira, o problema guarda relação com a regra de quinhão mínimo. Uma vez abolida a distinção de tratamento entre companheiro e cônjuge em matéria sucessória, aplica-se ao companheiro o direito ao quinhão mínimo quando for também ascendente de todos os filhos do falecido com os quais concorra na herança. No entanto, havendo mais de um companheiro, dificuldade surge a esse respeito: o quinhão mínimo será dividido ou cada um terá um quinhão equivalente à quarta parte? Após a necessária reflexão concluiu-se que o quinhão mínimo há de ser dividido entre os companheiros, pois do contrário criar-se-ia cenário matematicamente impraticável nos casos em que a união poliafetiva contasse com um número maior de integrantes.

O mais difícil dos problemas advindos dessa questão da cota mínima, que provavelmente ensejará calorosas discussões, diz respeito à hipótese de multiparentalidade parcial, em que um dos companheiros supérstite é genitor de todos os filhos coerdeiros e o outro não. Nesse caso, a solução sistematicamente coerente indicaria tratamento desigual entre os companheiros, o que se justificaria pela condição desigual em que se encontram em relação aos filhos, de modo que só aquele(s) que for(em) genitor(es) de todos os filhos do falecido é que terá(ão) direito à cota mínima.

Por outro lado, havia ainda o problema referente à concorrência entre companheiros poliafetivos e ascendentes de primeiro grau, visto que a regra prevista no Código não contempla tal possibilidade. No entanto, o estudo acurado das regras de direito sucessório, sob uma interpretação sistemática e teleológica, apontou que a igualdade entre os sucessores é o critério a ser observado, razão pela qual cada herdeiro nesse caso há de receber idêntico quinhão, a despeito do número de companheiros ou do número de pais ou mães do falecido.

Essa solução, no entanto, não se aplica à concorrência entre companheiros poliafetivos e ascendentes de grau superior, visto que para tal caso a lei prevê quinhão mínimo equivalente à metade da herança em favor do companheiro. Assim, haveria a necessidade de aplicação de regra híbrida: o quinhão seria dividido de forma igualitária entre todos os herdeiros, desde que respeitado o quinhão mínimo de 50% conjuntamente em favor dos companheiros.

Por fim, o último ponto tratou do seguro de vida. Considerando que o Código Civil prevê a possibilidade de indicação contratual dos beneficiários, o problema poderia ser sanado com esse cuidado por parte do segurado. No entanto, em caso de inexistência de indicação de beneficiários, a solução estará no pagamento fracionado do capital a todos os companheiros poliafetivos comprovados – hipótese essa já adotada pelos tribunais em situações análogas.

Embora os quatro grupos temáticos deste capítulo não tenham abordado a totalidade dos desdobramentos possíveis advindos do reconhecimento de uma entidade familiar baseada na poliafetividade, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que foram abordados os pontos nevrálgicos – que se mostram mais relevantes e preocupantes.

Exemplificativamente, essa nova composição familiar também interessa ao direito processual<sup>840</sup> e ao direito administrativo<sup>841</sup>, mas é certo que inexistem maiores dificuldades para a aplicação da legislação em voga, que proíbe cônjuges e companheiros de figurarem em determinadas funções, num sentido amplo.

Portanto, resta demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro está apto a acolher as demandas advindas do reconhecimento da união poliafetiva sem a necessidade de reforma legislativa.<sup>842</sup> Por isso, a união poliafetiva poderá, também no plano da eficácia, ser tutelada

<sup>840</sup>Alguns exemplos extraídos do Código de Processo Civil: hipóteses de impedimento (art. 144, III, IV e VIII) e de suspeição (art. 145, III); causa temporária impeditiva de citação (art. 244, II); escusa em depoimento pessoal (art. 388, III); impedimento para testemunhar (art. 447, I); escusa depor como testemunha (art. 448, I); legitimidade para pedir apuração de haveres (art. 600, parágrafo único); legitimidade para requerer inventário (art. 616, I). Há outras tantas ocorrências previstas na lei processual civil, além das legislações processuais dos demais ramos do Direito, que podem ser facilmente adaptadas à união poliafetiva.

<sup>841</sup>A esse respeito, a súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal estabelece que “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” Isso autoriza concluir que a regra imposta a um companheiro seria facilmente estendida a todos os companheiros poliafetivos de uma relação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 13**. Brasília, [21 de agosto de 2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em 20 jul. 2021)

<sup>842</sup>Nesse particular, respeitosa discordamos da conclusão a que chegou Duina Porto em tese de doutorado versando sobre o poliamor: “Os motivos elencados para a necessidade de um novo regramento para o Direito das Famílias corroboram o argumento de que regras específicas para a hipótese do reconhecimento jurídico das uniões poliamorosas também se farão imprescindíveis. Não bastam a Constituição e o Código Civil atual ou até mesmo a jurisprudência que venha a ser formatada nesse sentido: o reconhecimento jurídico das multiconjugalidades consensuais tem o potencial de *desestruturar* toda uma ordem monogâmica sobre a qual a normatização das relações conjugais foi construída e ainda permanece vigente, de sorte que a ruptura dessa mononormatividade trará inúmeros reflexos nas áreas do Direito [...]” (PORTO, 2017, p. 238). A brilhante pesquisa da autora não há de ser desmerecida pela conclusão divergente da que se chega na presente tese; a dialética é característica marcante da construção acadêmica e fonte de riqueza na produção de conhecimentos. Não se questiona a grande utilidade que eventual alteração normativa traria, reduzindo a insegurança advinda das lacunas a serem colmatadas pelo Poder Judiciário na tutela dos reflexos advindos do reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar. No entanto, divergimos no que toca à conclusão de se tratar de medida imprescindível, pelas razões expostas ao longo deste trabalho, em especial no capítulo que ora se encerra.

juridicamente, o que desconstrói argumento em sentido contrário com vistas à negativa de reconhecimento da nova entidade familiar.

## 4 CONCLUSÃO

Apesar de as uniões poliafetivas serem um fenômeno ainda incipiente em nossa sociedade, não se trata de fato a ser desprezado pelo Direito, mas, sim, de ocorrência que timidamente começa a ocupar o seu espaço nas sociedades ocidentais, sendo particularmente presente nos Estados Unidos e Canadá.

No Brasil, uma simples busca pela expressão “trisal” nos mecanismos de pesquisa e redes sociais levará a resultados que denotam ser cada vez mais expressiva a ocorrência dessas uniões. A lavratura de escrituras públicas de uniões poliafetivas é, por si só, um indício de que essa formação familiar possui adeptos e demanda a adequada tutela jurídica.

Embora a presente tese tenha fixado como objeto principal a tutela jurídica dos reflexos advindos da união poliafetiva reconhecida como entidade familiar, o julgamento do pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000 pelo Conselho Nacional de Justiça, vedando a assinatura de escrituras públicas para tal propósito, representou um obstáculo que clamou atenção – especialmente por ter o voto condutor negado o status de entidade familiar a tais uniões.

Destarte, antes de adentrar na tutela jurídica dos efeitos advindos de uma união poliafetiva, foi necessário apurar se tal formação poderia efetivamente ser amparada como entidade familiar, o que demandou a desconstrução dos argumentos arrolados no julgamento do pedido de providências.

Assim, a primeira etapa deste trabalho dedicou atenção ao reconhecimento da entidade familiar poliafetiva, analisando criticamente os argumentos presentes no voto condutor do julgamento do pedido de providências, o que se deu, metodologicamente, pela reunião de tais justificativas em quatro grupo temáticos: i) a inexpressividade social da poliafetividade; ii) a estruturação do ordenamento jurídico baseada na monogamia; iii) a família advinda da união poliafetiva merecedora de proteção; iv) efeitos da escritura pública de união poliafetiva e ilicitude presumida.

A considerar que a conclusão parcial, ao final da primeira parte deste trabalho (tópico 2.5), abordou de forma detalhada as conclusões relevantes do capítulo, evitar-se-á tautologia e invocar-se-á apenas aquilo que de mais relevante se extraiu de conclusões acerca de cada um dos pontos.

O primeiro ponto (tópico 2.1) concluiu essencialmente que o fato de uma nova formação familiar ser ainda incipiente no seio da sociedade não é, por si só, fundamento suficiente para excluí-la da tutela do Direito das Famílias, sob pena de incorrer em ofensa a uma série de

princípios, dentre os quais, dois ganham especial destaque: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da pluralidade familiar. Entendimento em sentido contrário poderia levar, hipoteticamente, à proibição de outras formações familiares caso passassem a ser praticadas por uma minoria, a exemplo do casamento.

O segundo grupo temático (tópico 2.2) versou sobre o peso da monogamia sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, apurou-se que a monogamia é uma exigência expressa legalmente no âmbito do casamento, mas uma exigência resultante atividade hermenêutica – de questionável qualidade técnica – no âmbito da união estável. No entanto, não há como entender-se existir um “dever ser” para toda e qualquer forma de união, o que autorizaria novas formas familiares em que não esteja presente a monogamia. Por isso, aderindo à posição de diversos autores que enfrentam o assunto, chegou-se à conclusão de que a monogamia figura no campo axiológico e não principiológico. Portanto, não se presta como argumento para inviabilizar o reconhecimento da família poliafetiva.

O terceiro ponto (tópico 2.3) tratou de apurar se a atual orientação do Direito das Famílias autoriza o acolhimento da união poliafetiva como entidade familiar, concluindo-se positivamente, após compreender o processo evolutivo da noção de família(s) e a incidência do princípio da afetividade como importante fundamento para a proteção do direito fundamental da personalidade consistente na liberdade de exercício da família, desde que inexistente a agressão a direitos, o que de fato não há, a priori, numa relação em que todos são capazes e concordes.

O quarto e último grupo temático (tópico 2.4) tratou da possibilidade de lavratura de escritura pública para fazer prova da existência das uniões poliafetivas. Nesse ponto, concluiu-se que o Conselho Nacional de Justiça pecou em sua decisão em dois aspectos: um de ordem material, ao vedar as escrituras públicas para uniões poliafetivas por enquadrá-las como ilícitas, o que denota uma falha grave, pois: i) se não há proibição, não há ilicitude; ii) ainda que não se reconheça a entidade familiar, a escritura pública seria útil para eventual partilha de bens sob as regras da sociedade de fato. Ademais, num segundo aspecto a decisão do CNJ possui vício: a competência deste órgão não se sobrepõe à dos órgãos judicantes do Poder Judiciário e tampouco à do Poder Legislativo, tendo aquele órgão extrapolado sua competência ao enquadrar como ilegal a união poliafetiva, em evidente má técnica hermenêutica – pois, segundo o princípio da legalidade, deveria considerar lícitas todas as práticas que não tenham sido reputadas ilícitas pelo legislador ou pelos tribunais.

Portanto, a conclusão que se extrai da primeira parte da pesquisa é que a família poliafetiva pode e deve ser acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, cujos princípios

orientadores hoje em voga – dentre os quais, merecem especial destaque os princípios da dignidade da pessoa humana, da pluralidade das entidades familiares, da afetividade e da legalidade – orientam nesse sentido.

Assim, embora a decisão do CNJ no pedido de providências seja um inconveniente obstáculo à produção de prova da existência e regimento das uniões poliafetivas, não possui o condão de vedar o reconhecimento de tais uniões, que, se no plano dos fatos estiverem configuradas, deverão ser reconhecidas como entidade familiar e tuteladas pelo Direito das Famílias – e pelos demais ramos no tocante aos reflexos a eles atinentes.

Partindo dessa premissa, a segunda parte do trabalho, cerne da tese, teve por objetivo apurar se o sistema normativo em vigência teria condições de tutelar os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar. Embora não se negue que a alteração legislativa seria de todo bem-vinda nesse sentido, é cediço que em nosso ordenamento as mudanças costumam ocorrer antes no campo dos fatos, resultando na formação de jurisprudência para, só então, sobrevir a modificação da lei.

A possibilidade de tutela dos efeitos jurídicos advindos das uniões poliafetivas, pelo ordenamento jurídico (com o que dispõe atualmente), é fator determinante para que o reconhecimento destas uniões não venha acompanhado de uma avalanche de insegurança jurídica. Isso tem enorme relevância, pois, sendo o ordenamento jurídico capaz de tutelar as demandas da união poliafetiva, com suas peculiaridades, cai por terra a resistência fundada no receio do caos jurídico, manifestada no voto condutor do julgamento do pedido de providências pelo CNJ.

Desta forma, a segunda parte do trabalho fez uma divisão temática dos efeitos advindos da união poliafetiva em quatro grupos, assim dispostos: i) deveres na união poliafetiva; ii) proteção da pessoa dos filhos na dissolução da união; iii) regime de bens e partilha; iv) direitos advindos da morte.

Novamente, com vistas a evitar tautologia, pois as conclusões parciais do capítulo foram lançadas com maior riqueza de detalhes (tópico 3.5), passar-se-á à invocação do extrato das conclusões dessa segunda parte do trabalho, atendo-se àquelas que efetivamente se mostram mais relevantes para o apanhado geral.

A considerar que a união poliafetiva reside, ao menos por ora, no campo da informalidade, à semelhança da família informal advinda da união estável, esta última foi a referência conjugal utilizada para fins de construir soluções com base na analogia – quando viável. Até mesmo porque, grosso modo, poder-se-ia caracterizar a união poliafetiva como

união estável entre três pessoas, o que tecnicamente guarda certa imprecisão, mas essencialmente representa a ideia com suficiente fidelidade.

Assim sendo, o primeiro grupo temático (tópico 3.1) escorou-se nos deveres previstos no art. 1.724 do Código Civil, que estabelece entre os companheiros o dever de lealdade, respeito, assistência e cuidado para com os filhos (guarda, sustento e educação). Pela significativa abrangência do referido dispositivo, a abordagem foi dividida em três grandes tópicos, destinados a tratar da lealdade, da assistência e dos filhos. No tocante ao dever de respeito, julgou-se ser desnecessária a apreciação, pois não se trata de dever que demande explicação detalhada de como deva funcionar particularmente numa união poliafetiva.

Assim, no que diz respeito ao dever de lealdade verificou-se que inexistiu qualquer ofensa a ele na união poliafetiva, visto que a própria noção de lealdade guarda estreita relação com a boa-fé entre os componentes da união, um pressuposto dessa formatação. É cada vez mais despicienda a distinção entre lealdade e fidelidade, o que se iniciou a partir do momento em que a discussão sobre a culpa pela dissolução da união tornou-se inócua.

O dever de assistência no âmbito da união poliafetiva, por sua vez, mostrou-se de fácil cumprimento – possivelmente, mais fácil do que nas relações conjugais entre duas pessoas. O princípio da solidariedade tem a sua concretização facilitada num cenário em que há um número maior de pessoas para ratear o dever de assistência.

Por fim, no que se refere aos filhos, antes de tratar dos deveres atinentes à criação, por meio do exercício da autoridade parental, percebeu-se a importância de verificar como se estabeleceria o vínculo de parentalidade, pois pressuposto para o surgimento dos deveres. Nesse particular, o feliz advento do acolhimento da multiparentalidade pelo ordenamento jurídico na última década solucionou um dos principais percalços que a família poliafetiva poderia encontrar, a considerar que, não fosse isso, estariam desamparados pelo Código Civil. Assim, a investigação apontou que a família poliafetiva não encontraria óbices ao exercício da multiparentalidade. Também foi possível concluir, nesse particular, que, ressalvados os pequenos ajustes necessários, aplicam-se à união poliafetiva tanto as possibilidades de imputação da paternidade pelo sistema de presunções do art. 1.597 do Código Civil e quanto a adoção multiparental – com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O segundo grupo temático (tópico 3.2) cuidou da proteção da pessoa dos filhos quando da dissolução da união poliafetiva, tratando basicamente dos institutos da guarda e da convivência. Embora tais questões digam respeito mais à multiparentalidade do que à poliafetividade, entendeu-se necessário abordá-las, pois é de todo oportuno que a dissolução da

união poliafetiva esteja acompanhada da adequada tutela dos interesses dos filhos. Concluiu-se, de modo geral, que os deveres de guarda e convivência sofrerão mínima alteração, restritas predominantemente ao campo prático da efetivação, uma vez que o maior número de pais ou mães implica adaptação na distribuição do tempo de convivência.

Todavia, desse tópico resultou também a primeira contribuição inovadora à presente tese, que consiste na necessidade de repensar as opções de guarda do Código, que hoje prevê apenas a guarda unilateral e a guarda compartilhada, espécies que podem não ser suficientes para tutelar as demandas de uma formação multiparental. Por isso, surgiu neste estudo a proposição da guarda híbrida ou mista, capaz de fixar simultaneamente regras de guarda unilateral e compartilhada entre os três (ou mais) pais ou mães – compartilhada entre alguns, unilateral em relação a outros.

O terceiro tema (tópico 3.3) tratou do regime de bens e da partilha na união poliafetiva. No tocante ao regime de bens, nenhuma dificuldade há em aplicar o regime legal – atualmente a comunhão parcial de bens – ou outro regime eleito pelos componentes – o que pode tornar ainda mais facilitada a partilha.

Surge nesse contexto a segunda contribuição inovadora desta tese, que consiste na adoção de critério para a partilha de bens por etapas, de acordo com o ingresso ou saída de componentes da relação. Embora o desafio de ordem fática possa ser grande, pois depende de provas, no campo do Direito a solução exige apenas que se observe o marco temporal de cada formação e dissolução familiar para fins de realização da partilha, que, se respeitado, permitirá resolver a partilha de bens na união poliafetiva a despeito do número de membros e variações de regimes de bens.

Por fim, o quarto e último grupo temático (tópico 3.4) abordou os reflexos jurídicos advindos da morte de um dos companheiros poliafetivos. A opção pela reunião dos temas no entorno do evento morte permitiu abordar as três principais demandas que podem daí advir, geradoras de litígios judiciais com relativa frequência: pensão por morte, sucessão e seguro de vida.

A pensão por morte, regida pelo Direito Previdenciário, pode ser facilmente rateada entre dois companheiros supérstites, o que, inclusive, já ocorreu em alguns julgados antes da posição manifestada pelo Supremo Tribunal Federal vedando o reconhecimento de direitos às uniões simultâneas. O fato é que não há no Direito Previdenciário óbice a isso. Desde que caracterizada a condição de companheiro, será possível, pela legislação previdenciária, o rateio da pensão por morte entre mais de um companheiro sem que isso represente prejuízo a qualquer dos sujeitos envolvidos.

O direito sucessório na união poliafetiva, por sua vez, exigiu divisão da abordagem em duas partes: uma atinente à multiparentalidade, um quadro provável na família poliafetiva e, por isso, de interesse desta tese; outra relativa à poliafetividade propriamente dita, tocante à concorrência de mais de um companheiro poliafetivo na herança. Relativamente a essa última questão, foi necessário ainda fazer o enfrentamento das hipóteses de concorrência dos companheiros com descendentes (incluindo aqui a regra da cota mínima) e com os ascendentes (incluindo a regra de cota mínima em caso de ascendência de segundo grau ou maior).

A atenção à sucessão dividida nessas duas partes viabilizou a busca por soluções a outras hipóteses que jamais poderia o legislador prever, como aquela envolvendo simultaneamente a multiparentalidade e a poliafetividade. Da análise das repercussões sucessórias no âmbito da poliafetividade surgiram as outras proposições inovadoras desta tese de doutorado, fixando critérios para a aplicação do sistema normativo em vigor às peculiaridades de cada caso, a considerar que muitas variáveis poderão estar presentes: número de companheiros poliafetivos, multiparentalidade, garantia de cota mínima ao(s) companheiro(s) etc.

Para a construção de solução segura no direito sucessório aplicável às mais variadas possibilidades fáticas, foi necessário o uso conjugado dos métodos de hermenêutica: gramatical, teleológico, histórico e sistemático. Isso porque a construção do raciocínio jurídico não poderia agredir a essência do comando legal; mas precisaria preservar o propósito da norma, o que pode ser alcançado pela compreensão da razão pela qual foi criada. Visto isso, as respostas precisavam guardar harmonia com o sistema sucessório como um todo, pois do contrário poderiam vir a ser causadoras de insegurança jurídica.

Tais balizas permitiram encontrar soluções que apresentaram elevado grau de fidelidade à essência do objeto de cada norma e, simultaneamente, segurança jurídica, de modo que o direito sucessório no seio das uniões poliafetivas possa ser plenamente efetivado pelo sistema normativo vigente.

Por fim, encerrando o último grupo temático, abordou-se a repercussão da poliafetividade na contratação securitária. Nesse aspecto, a solução foi muito mais simples, pois a legislação não traz vedações, respeitando acima de tudo a vontade das partes manifestada contratualmente. Assim, nenhum impedimento há para a indicação de mais de um companheiro como beneficiário na apólice. E, caso seja silente a contratação nesse tocante, é possível buscar na analogia a solução para a aplicação da lei, sendo rateado entre os companheiros o capital segurado – ocorrência essa já verificada em precedentes judiciais.

Dessa feita, depreende-se que os possíveis efeitos da união poliafetiva para os quais não há previsão legal podem ser tutelados pelo ordenamento jurídico vigente sem demandar

alteração legislativa, embora fosse bem-vinda a inserção de regras que trouxessem maior segurança e fluidez à tutela das novas entidades familiares.<sup>843</sup>

Até que tais modificações ocorram, por alteração do Código Civil e Constituição Federal ou pela edição de um Estatuto das Famílias,<sup>844,845</sup> a tutela jurídica da união poliafetiva como família legitimamente reconhecida poderá se dar pelo ordenamento vigente, consoante proposições presentes nesta tese.

Portanto, o que derradeiramente se conclui, ao fim deste trabalho de pesquisa, é que: i) a união poliafetiva há de ser reconhecida como entidade familiar, com vistas à concretização dos princípios jurídicos já mencionados; ii) o sistema normativo atual, sem necessidade de alteração legislativa, está apto a tutelar todos os principais efeitos jurídicos advindos da união poliafetiva com a necessária segurança jurídica.

Esta pesquisa se encerra formalmente repleta de esperança de ter contribuído para que o Direito efetivamente esteja a serviço do bem-estar de todas as pessoas, incluindo aquelas que optaram por formatações conjugais inovadoras – e, talvez por isso, capazes de sobreviver frente à implacável onda da liquidez afetiva que açoita os tempos atuais. Inexistindo óbices jurídicos à tutela da família poliafetiva, há de ser prestigiada a diversidade e devem ser amparados aqueles que, por razões legítimas, encontram a sua felicidade no exercício de um amor plural.

---

<sup>843</sup>Na percepção de Duina Porto, a “inadequação do atual regramento jurídico para as relações familiares, dissipado entre a legislação civilista e uma gama de leis esparsas, também é destacada nas razões fundamentais d Estatuto das Famílias no sentido de que a concepção do Livro de Direito de Família do CC/02 deu-se no final dos anos 60 no século passado, bem antes das grandes transformações provocadas pelo advento da Carta de 1988, quando a família era centrada no modelo patriarcal e desigualitário, constituída somente pelo casamento. A legitimação de paradigmas familiares fundados na comunhão de vida e na afetividade, na igualdade de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, na liberdade de formação, desenvolvimento e dissolução das entidades familiares e na equiparação de filhos biológicos e socioafetivos inaugurou uma nova era do Direito de Família. (PORTO, 2017, p. 237).

<sup>844</sup>Embora seja necessário esclarecer que a redação do projeto de lei do Senado n° 470/2013, já arquivado, não contemplava expressamente a união poliafetiva como entidade familiar. (MATA, 2013).

<sup>845</sup>Na Câmara de Deputados tramita o projeto de lei n° 6583/2013, que dispõe sobre o Estatuto da Família (FERREIRA, Anderson. **Projeto de Lei 6583/2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, 16 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 20 jun. 2021), o qual é duramente criticado por Viegas, que o cunhou como “Estatuto da Família Natimorto”, pois “restringe a entidade ao núcleo social formado pela união entre um homem e uma mulher, constituída pelo casamento ou união estável, bem como pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (VIEGAS, 2017, p. 98).

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Nathan W. **Diagnóstico e tratamento das relações familiares**. Trad. Maria Cristina R. Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1986.
- AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de direito previdenciário** [versão digital]. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592399/>. Acesso em: 25 jul. 2021.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ÁLVAREZ, Laura Santiago. **El poliamor como construcción amorosa dialogada**. Tesis (Máster en Ciencias de la Sexología) - Facultad de Ciencias de Salud, Universidad de Almería, 2018. Disponível em: [http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/7062/TFM\\_SANTIAGO%20ALVAREZ%2c%20LAURA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/7062/TFM_SANTIAGO%20ALVAREZ%2c%20LAURA.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 20 jun. 2021.
- AMÂNCIO, Thiago. ‘Casais’ de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. **Folha de São Paulo**, 24 jan. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml> Acesso em: 12 abr. 2021.
- ARABIA Saudita proíbe casamento de cidadãos com mulheres de 4 países. **G1 Mundo** [site], 7 ago. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/08/arabia-saudita-proiibe-casamento-de-cidadaos-com-mulheres-de-4-paises.html>. Acesso em: 31 out. 2020.
- ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e família na construção de relações democráticas. In: FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (org.). **Casal e família: permanências e rupturas**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Camyla Galeão de; AZEVEDO, Thiago Augusto Galeão de. A constitucionalidade do poliamor: possível aplicabilidade do direito sucessório aos companheiros das entidades poliafetivas. **Revista brasileira de Direito Civil em perspectiva**, v. 4, n. 1, p. 166-189, jan./jun. 2018.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1921

BARROS, Sérgio Resende. A Tutela constitucional do afeto. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. 1.ed. Tradução por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **A individualidade numa época de incertezas**. 1. ed. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre fragilidade dos laços humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Trad. Alaxandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECKER, Idel. **Pequena história da civilização ocidental**. 11. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1980.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BERBER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido**. Petrópolis: Vozes, 2004.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil**: sistematização e exegese. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 161-183, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade em face do projeto de Código Civil. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 60, p. 105-128, out./dez., 1978. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181034>. Acesso em: 07 set. 2018.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2007.

BOLOGNE, Jean-Claude. **História do casamento no ocidente**. Trad. Isabel Cardeal. Lisboa: Temas e Debates, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de familia**, 5.ed. Buenos Aires: Editora Astrea, 2000.

BOTTÉRO, Jean. Tudo começou na Babilônia. In: AMOR e sexualidade no Ocidente. Trad. Ana Maria Capovilla, Horácio Goulart e Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1992.

BOYD, John-Paul. Polyamory in Canada: Research on an Emerging Family Structure. **The Vanier Institute of the Family** [site], 11 abr. 2017. Disponível em: <https://vanierinstitute.ca/polyamory-in-canada-research-on-an-emerging-family-structure/>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução normativa nº 195**, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=MTQ1OA>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Súmula normativa nº 12**, de 4 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NzA>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de providências 0001459-08.2016.2.00.0000**. Brasília, 26 de Junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63 de 14/11/2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73 de 20/08/2020**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a adoção de medidas preparatórias e ações iniciais para adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432>. Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 83 de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_83\\_14082019\\_15082019095759.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf). Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça**. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/regulamento-geral-da-corregedoria-nacional-de-justica/>. Acesso em: 15 abr. 2021. BRASIL, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 67**, de 3 de março de 2009. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado14010420210324605b4620cc1d7.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 737**, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm). Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.200**, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3200.htm). Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de a de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em 20 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 16 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm). Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.194.059/SP, Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 6 de novembro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 nov. 2012. BRASIL, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.178.233/RJ. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 6 de novembro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, 9 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.401.538/RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 4 de agosto de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245 – SP** (2011/0285556-3). Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 14 de outubro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/466533058/recurso-especial-resp-1628245-sp-2011-0285556-3>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.814.639/RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 26 de Maio de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília. 09 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 100.888/BA. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 14 de dezembro de 2000. **Diário de Justiça**, 12 mar. 2001. BRASIL, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 362.743/PB. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 21 de setembro de 2004. **Diário de Justiça**, Brasília. 11 out. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 789.293/RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 16 de fevereiro de 2006. **Diário de Justiça**, 20 mar. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931.155/RS. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 7 de agosto de 2007. **Diário de Justiça**, 20 ago. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.157.273 - RN (2009/0189223-0)**. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901892230&dt\\_publicacao=07/06/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901892230&dt_publicacao=07/06/2010). Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1616207 - RJ (2016/0082547-0)**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 17 de novembro de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600825470&dt\\_publicacao=20/11/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600825470&dt_publicacao=20/11/2020). Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 847.597/SC (2006/0112925-5)**. Relator: Min. Humberto Gomes De Barros. Brasília, 06 de março de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8685530/recurso-especial-resp-847597-sc-2006-0112925-5/inteiro-teor-13724595>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**, de 18 de dezembro de 2009. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF. Tribunal Pleno. Min. Rel. Cezar Peluso. Brasília, 13 de abril de 2005. **Diário de Justiça**, n. 192, 5 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. Tribunal Pleno. Min. Rel. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Tribunal Pleno. Min. Rel. Ayres Britto. Brasília, 5 maio 2011. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.045.273 Sergipe**. Relator: Min. Alexandre De Moraes. [Brasília, 21 de dezembro de 2020]. Disponível em:  
<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin-reconhecimento.pdf>. Acesso em 20 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Relator: Min. Roberto Barroso. [Brasília, 9 de novembro de 2018]. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339019694&ext=.pdf>. Acesso em 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n° 692.186 Paraíba**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 29 de novembro de 2012. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 13**. Brasília, [21 de agosto de 2008]. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 529**: Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte. Brasília, [5 de maio de 2017]. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4137234&numeroProcesso=656298&classeProcesso=ARE&numeroTema=529#>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 622**: Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Brasília, [28 de outubro de 2014]. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622#>. Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n° 1493585.0008105-68.2010.4.03.9999. Relator: Des. Sergio Nascimento. São Paulo, 09 de agosto de 2016. **E-DJF3 Judicial 1**, 17 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n° 2000.72.04.000915-0/SC. Relator: Des. Luiz Antônio Bonat. Porto Alegre, 12 de agosto de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 set. 2008.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CACHAPUZ, Maria Claudia Mercio. Direito de personalidade como direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SCHWARTZ, Germano. **O direito da sociedade**. Canoas: UnilaSalle, 2015.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**, 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ. **Instituto Brasileiro de Direito de Família** [site], 14 ago. 2019. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A2ncias.pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A2ncias.pdf). Acesso em: 07 nov. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARDOSO, Daniel. Amores plurais situados: para uma meta-narrativa sócio-histórica do poliamor. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 6-11, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc>. Acesso em 29 jul. 2021.

CAROTENUTO, Aldo. **Eros e Pathos**: amor e sofrimento. Tradução por Isabel F. L. Ferreira. São Paulos: Paulus, 1994.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões**: inventário e partilha [versão digital]. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Sylvio Brantes de. **Novo manual dos tabeliães**: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960.

CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O concubinato e as inovações introduzidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/94**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics: the creation of mod sans rockers**. London: MacGibbon & Kee, 1972.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Revogada pela Resolução CFM nº 2.168/2017. Brasília, 16 de julho de 2015. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121\\_2015.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf). Acesso em: 8 jul. 2021.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law e economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2011.

COSTA, Tatiane; BELMINO, Marcus César. Poliamor: entre a institucionalização e a transgressão. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 77-86, jul./dez. 2017.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução por Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

DESSEN, Maria Auxiliadora. Estudando a família em desenvolvimento: desafios conceituais e teóricos. **Psicologia: Ciência e Profissão**, n. 30, p. 202-219, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/R498b6yFx3wnG7ps8ndBFKb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 maio 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduto. **Multiparentalidade**: uma realidade que a justiça começou a admitir. **Maria Berenice Dias** [site], 3 ago. 2015. Disponível em [http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_13075\)MULTIPARENTALIDADE\\_\\_Berenice\\_e\\_Marta.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf). Acesso em 29 jun. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de **Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Jus Podivum, 2007. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de interpretação ao código civil interpretada**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil** [versão digital]. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DRYDEN, J. Boone. This Is the Family I Chose: Broadening Domestic Partnership Law to Include Polyamory. **Journal of Public Law and Policy**, Hamline University's School of

Law. v. 36, n. 1, p. 161-188, 2015. Disponível em:  
<https://core.ac.uk/download/pdf/230674917.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Danos psíquicos da alienação parental no litígio familiar. In: MADALENO, Rolf Hanssen; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Traduzido por Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.

EU tu eles. Direção de Andrucha Waddington. São Paulo: Columbia Pictures do Brasil, 2000. Filme Colorido, português (1h44min).

FACEBOOK. **Poliamor e diversidade** [grupo criado em 2012]. Disponível em:  
<https://www.facebook.com/groups/grupopoliamor/>. Acesso em 12 jan. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARDIN, Noemia Alves. **Concubinato: aspectos sociojurídicos da união estável**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha; ZIVIANI, Cilio. Conjugalidades contemporâneas: um estudo sobre os múltiplos arranjos amorosos da atualidade. In: FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (org.). **Casal e família: permanências e rupturas**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Anderson. **Projeto de Lei 6583/2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, 16 de outubro de 2013. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução por Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FIORELLI, José Osmir; RAGAZZONI, Rosana Cathya. **Psicologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER, Helen E. **Anatomia do amor**: a história natural da monogamia, do adultério e do divórcio. Tradução por Magda Lopes e Maria Carbajal. Rio de Janeiro: Eureka, 1995.

FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FLANDRIN, Jean-Louis. **O sexo e o Ocidente**: evolução das atitudes e dos comportamentos. Tradução por Jean Progin. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérghamo. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. **Fractal**: Revista de Psicologia, v. 27, n. 2, p. 139-144, ago. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1984-02922015000200139&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922015000200139&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 24 maio 2021.

FOCAULT, Michel. **História da sexualidade**: o cuidado de si. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O poder familiar e o novo código civil. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte (org.). **Infância em família**: um compromisso de todos. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

FRANÇA, Matheus. “Um é pouco, dois é bom”, três (ou mais) é demais?: processos de negociação em torno de (in)definições êmicas do poliamor. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 45-61, jul./dez., 2017. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc>. Acesso em 29 jul. 2021.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**, v. 3, p. 653-667, 2010.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar**: correlatos valorativos e afetivos. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/6928/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

FREIRE, Sandra Elisa de Assis; GOUVEIA, Valdiney Veloso. Poliamor: uma forma não convencional de amar. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 62-76, jul./dez., 2017.

Disponível em: [http://e-  
revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc](http://e-<br/>revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc). Acesso em 29 jul.  
2021.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução por Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direitos da personalidade e o Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea. **Revista dos Tribunais**, v. 853, p. 58-76, nov. 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008a.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dois Tribunais, 2001.

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

GARCEZ FILHO, Martinho. **Direito de família**: exposição critico-jurídica, systematica e philosophica. Rio de Janeiro: Off. Graph. Villas Boas & Cia, 1929.

GIDDENS, Antony. **Sociologia**. Tradução por Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os arranjos plurais e seus efeitos jurídicos. **Revista síntese: Direito de Família**, v. 12, n. 62, out./nov. 2010.

GLANZ, Semy. **A família mutante**: sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GNT. **Amores Livres**. 2015. Disponível em: <http://gnt.globo.com/series/amores-livres/>. Acesso em 06 jan. 2019.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A Socioafetividade e a multiparentalidade. **Revista nacional de direito de família e sucessões**. v. 11, mar./abr. 2016.

GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira; GUIMARÃES, Marilene Cristina Silveira. Guarda: um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay

de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte (Org.). **Infância em família: um compromisso de todos**. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HENRICH, Joseph; BOYD, Robert; RICHERSON, Peter J. The puzzle of monogamous marriage. **The Royal Society Publishing**, 5 mar. 2012. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rstb.2011.0290>. Acesso em: 9 jul. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de direito brasileira**, v. 13, n. 6, p. 131-149, jan./abr. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Divórcios concedidos em 1ª instância a casais sem filhos ou com filhos menores de idade**. [2003]. Disponível em: <https://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RC51&t=divorcios-concedidos-1-instancia-casais-sem>. Consulta em: 13 abr. 2021.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. 8., [2018, Brasília]. [**Anais...**]. Brasília, Justiça Federal, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

JUNG, Carl Gustav. **O Homem e seus símbolos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1969.

JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

JUNG, Carl Gustav. **Psicologia do inconsciente**. 17 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007. v. 7.

KINGSTON, Anne. **A importância de ser esposa**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

KINSEY, Alfred *et al.* **Sexual behavior in the human female**. Filadelfia: W. B. Saunders Company, 1953.

KLESSE, Christian. Notions of love in polyamory: elements in a discourse on multiple love. **Laboratorium**, v. 3, n. 2, p. 4-25, 2011. Disponível em: <https://www.soclabo.org/index.php/laboratorium/article/view/250/586>. Acesso em: 29 jul. 2021.

LAURIA, Flavio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LAZZARI, João Batista. **Direito previdenciário** [versão digital]. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LIMA, Juliana Lang; CAMARGO, Marina Pinto de; DEGANI, Rafaela. Da carne ao Erotismo: uma leitura sobre a liberdade sexual. In: FREUD, Sigmund. **Sexualidade**: três ensaios sobre a teoria da sexualidade. Tradução por Carlos Pereira Thompson Flores. Porto Alegre: Evangraf, 2016.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LINS, Regina Navarro. **O livro do amor**. 6. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017. v. 1.

LINS, Regina Navarro; BRAGA, Flávio. **Fidelidade obrigatória e outras deslealdades**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil** [versão digital]. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 5: Famílias.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil** [versão digital]. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. v. 6: Sucessões.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista brasileira de direito de família**, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301-STJ. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005. **Anais do Congresso**. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/37.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf). Acesso em 03 jul. 2021.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. **IBDFAM** [site], 21 mar. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+ato-fato+jur%C3%ADico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais>. Acesso em 26 jul. 2021.

LOCKE, John. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** [versão digital]. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MANICA, Sérgio Afonso. **Direito notarial**: síntese de ciência, história do direito notarial, organização do notariado, conceito e definições de atos notariais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

MARCONI, Marina de Andrade. **Antropologia**: uma introdução. São Paulo: Atlas, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Poliamor**: amores sustentáveis. Tupã: Clube dos Autores, 2018. v. 2.

MARTINS, Cláudio. **Teoria e prática dos atos notariais**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MATA, Lídice da. **Projeto de Lei do Senado nº 470**, de 2013. **Senado Federal** [site], [21 dez. 2018]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 5 ago. 2021.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União estável–concubinato**: repercussões jurídico-patrimoniais: doutrina, jurisprudência e prática, incluindo a Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1997.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e na condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Os alimentos entre dogmática e efetividade. **Revista brasileira de direito civil**, v. 12, p. 75-92, abr./jun. 2017.

MATTIETTO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. **Revista fórum de direito civil**, v. 1, n. 1, 2012.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. v. 4.

MOLINARI, Fernanda. Guarda e abuso do poder parental. In: MADALENO, Rolf Hanssen; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. **CNJ** [site], 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>. Acesso em 20 jul. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106-107, p. 121-158, 2011/2012.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. v. 29, p. 9-57, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1: Parte geral.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** [versão digital]. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Fraude à lei. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 136, p. 125-146, dez. 2014.

NORONHA, Carlos Silveira da. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. **Direito e justiça**, v. 20, p. 51-76, 1999.

NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do poder familiar em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 26, p. 89-120, 2006.

NORONHA, Carlos Silveira. Repensando o poder familiar em face das propostas estruturais da família na transição histórica e na atualidade pós-modernista. In: NORONHA, Carlos Silveira (coord.). **Reexaminando as novas formações estruturais do ente familiar na atualidade**. Porto Alegre: Sulina, 2017, p. 18-57.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** [versão digital]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Alexandre Bittencourt Amui de; BARBOSA, Caroline Vargas. Os efeitos previdenciários do reconhecimento jurídico das relações poliamoristas. **Revista de direitos sociais, seguridade e previdência social**, v. 5, n. 1, p. 82-100, jan./jun. 2019.

OLIVEIRA, Caroline Buarque Leite de. **Poliamor: da aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais à legitimidade jurídica das uniões múltiplas e seus efeitos**. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2017.

OLIVEIRA, Euclides de. Direito de visitas dos avós aos netos. In: COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 9 jun. 2021.

PAULA, Milka Pâmela Cavalcanti de; CAVALCANTI, João Paulo Lima. Relações não monógamas sob a ótica da anomia de Durkheim: a diluição do princípio da monogamia no direito de família. **IBDFAM** [site], 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1488/Rela%C3%A7%C3%B5es+n%C3%A3o+mon%C3%B3gamas+sob+a+%C3%B3tica+da+anomia+de+Durkheim%3A+A+dilui%C3%A7%C3%A3o+do+princ%C3%ADpio+da+monogamia+no+direito+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em 13 abr. 2021.

PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e pessoa jurídica: uma abordagem contemporânea. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 22, p. 1-20, jul./dez., 2012.

PEREIRA, Maria Isabel da Costa. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. In: MADALENO, Rolf Hanssen; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Tradução por Maria Cristina da Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PIB per capita (US\$ atualizados). **Google** [dados públicos], 8 abr. 2020. Disponível em: [https://www.google.com/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9\\_&ctype=l&strail=false&bcs=d&nselm=h&met\\_y=ny\\_gdp\\_pcap\\_cd&scale\\_y=lin&ind\\_y=false&rdim=world&idim=countr y:SAU:POL:SRB:UKR&idim=region:LCN&ifdim=world&hl=pt&dl=pt&ind=false&icfg&iconSize=0.5](https://www.google.com/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9_&ctype=l&strail=false&bcs=d&nselm=h&met_y=ny_gdp_pcap_cd&scale_y=lin&ind_y=false&rdim=world&idim=countr y:SAU:POL:SRB:UKR&idim=region:LCN&ifdim=world&hl=pt&dl=pt&ind=false&icfg&iconSize=0.5). Acesso em: 8 nov. 2020.

PILÃO, Antonio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. **Revista Ártemis**, v. 13, p. 62-71, jan./jul. 2012.

PINKER, Steven. **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

POLIAMOR Madrid [site]. [201-?]. Disponível em: <https://poliamormadrid.org/el-poliamor-en-espana/>. Acesso em: 27 out. 2020.

POMJÉ, Caroline; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Critérios de legalidade constitucional para a função normativa do Conselho Nacional de Justiça: o exemplo do direito de família. **Pensar**, v. 25, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10067/pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. v. 7: Direito de personalidade. Direito de Família: Direito Matrimonial (Existência e Validade do Casamento).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 55: Direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima.

PORTER, Jonathan A. L'amour for four: polygyny, polyamory, and the state's compelling economic interest in normative monogamy. **Emory Law Journal**. v. 64, 2015. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1203&context=elj>. Acesso em: 27 out. 2020.

PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12253/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em 30 jul. 2021.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003.

PÓVOAS, Maurício Cavallazi. **Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

PRIORE, Mary del. **Histórias da gente brasileira**. São Paulo: LeYa, 2016a. v. 1: Colônia

PRIORE, Mary del. **Histórias da gente brasileira**. São Paulo: LeYa, 2016b. v. 2: Império.

PUGLIESI, Roberto J. **Direito notarial brasileiro**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1989.

QUAINI, Fabiana. Primer fallo de Poliamor en cuanto al reconocimiento de una pensión em Colombia. **Microjuris.com**: inteligência jurídica [site], 14 ago. 2019. Disponível em: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/08/14/primer-fallo-de-poliamor-en-cuanto-al-reconocimiento-de-una-pension-en-colombia/>. Acesso em: 27 out. 2020.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho civil**: parte geral. Buenos Aires: Editora Astrea, 2000.

RAMALHO NETO, Deodato José. A possibilidade do poliamorismo enquanto direito personalíssimo e a ausência de regulamentação no direito brasileiro. **Revista brasileira de direito civil em perspectiva**, v. 1, n. 2, p. 90-105, jul./dez. 2015.

RAMOS, Erasmo Marcos. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista dos Tribunais**, v. 799, p. 11-31, maio 2002.

REIS, José Roberto Tozoni. Família, emoção e ideologia. In: LANE, Silvia T. M.; CODO, Wanderley. **Psicologia social**: o homem em desenvolvimento. 12. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil nº 2005.001.20632**. Desembargador Raul Celso Lins e Silva. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2005. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?codigoProcesso=20050010020632&tipoProcesso=1>. Acesso em: 20 maio 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0000210-95.2009.8.19.0207**. Relator: Gabriel de Oliveira Zefiro. Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000450577726DD66BACEB1B6A606E83FAC87C502510F1B36&USER=>. Acesso em: 15 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70011962503**. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 17 de novembro de 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70082663261. Relator: José Antônio Daltoe Cezar. Porto Alegre, 08 de outubro de 2020. **Diário de justiça**, 27 out. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70018995241**. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 15 de abril de 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões** [versão digital]. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, 2004.

RODRIGUES, Aroldo. **Psicologia social para iniciantes**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

ROUCHE, Michel. Alta Idade Média ocidental. In: VEYNE, Paul (org.). **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. v. 1. Do Império Romano ao ano mil.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SALDARRIAGA, John. No se enrede com el poliamor, aqui se lo explicamos. **El colombiano** [site], 14 jun. 2017. Disponível em: <https://www.elcolombiano.com/cultura/abc-del-poliamor-el-amor-entre-mas-de-dos-personas-AN6719929>. Acesso em 27 out. 2020.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac. **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTIAGO, Gustavo Godinho de. **As famílias formadas pelo poliamor: uma análise acerca da possibilidade de seu reconhecimento jurídico**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85896/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20COMPLETA.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2021.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 2190002-05.2014.8.26.0000**. Relator (a): Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 3 de março de 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172109497/agravo-de-instrumento-ai-21900020520148260000-sp-2190002-0520148260000/inteiro-teor-172109508>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional** [versão digital]. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. [org. por Rodrigo da Cunha Pereira]. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade: uma lacuna da lei para ser preenchida. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP**, n. 18, p. 68-78, 2014. Disponível em: [https://issuu.com/esa\\_oabsp/docs/revista\\_virtual\\_numero\\_18](https://issuu.com/esa_oabsp/docs/revista_virtual_numero_18). Acesso em: 19 jul. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Marcos Alves da. **Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, 295 f., 2012. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9252>. Acesso em 20 maio 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. **Revista de direito civil contemporâneo**, v. 26, p. 411-448, jan./mar. 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda de filhos não é posse ou propriedade. In: COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. SILVA, R., 2007

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Matéria de repercussão geral: Supremo Tribunal Federal: prevalência de uma das espécies de paternidade: socioafetiva e biológica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 33, p. 405-422, 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Poliamor é negado pelo Supremo e pelo STJ. **Consultor Jurídico** [site], 26 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/regina-beatrizpoliamor-negado-supremo-stj>. Acesso em 26 jul. 2021. SILVA, R., 2012.

SILVA, Vania Sandeleia Vaz da; NERES, Geraldo Magella; SILVA; Rosangela da. Michel Foucault e o poliamor: cuidado de si, parresía e estética da existência. **Revista tempo da ciência**, v. 24, n. 48, p. 87-108, jul./dez, 2017. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/issue/view/946/showToc>. Acesso em 29 jul. 2021.

SILVÉRIO, Maria Silva e. **Eu, tu... Ilus**: poliamor e não monogamias consensuais. 2018. Tese (Doutorado em Antropologia) - Instituto Universitário de Lisboa, 2018, Disponível em: [https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/18470/1/phd\\_maria\\_silva\\_silverio.pdf](https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/18470/1/phd_maria_silva_silverio.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Multiparentalidade e a efetividade do direito da personalidade aos alimentos: uma análise a partir da visão do Supremo Tribunal Federal Nº Re 898.060. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, v. 29, n. 53, p. 246-259, jul./dez. 2020.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A (im)possibilidade da concessão da pensão por morte para o companheiro da união estável paralela consentida. **Revista magister de direito civil e processual civil**, v. 63, nov./dez. 2014.

SOUZA, Habindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). In: **Migalhas** [site], 16 jan. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20381,41046->

Os+limites+Constitucionais+das+resolucoes+do+Conselho+Nacional+de. Acesso em: 15 abr. 2021.

STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma. **Doutrinas essenciais de direito civil**, v. 3, p. 197-214, out. 2010.

TARTUCE, Flavio. Da escritura pública de união poliafetiva: breves considerações.

**Migalhas** [site], 26 abr. 2017b. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI257815,31047->

Da+escritura+publica+de+uniao+poliafetiva+Breves+consideracoes. Acesso em: 29 jan. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito de família** [Livro digital]. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. Direito Civil e Constituição. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. **Constituição Federal 15 anos**: mutação e evolução: comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce\\_corte.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_corte.doc). Acesso em: 28 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5: Direito de família.

TAVARES, Peterson Merlugo; SOUZA, Rosana Cristina da Silva. CARVALHO, Ana Elisa Silva Barbosa de. Poliamor: o perfil dos praticantes e os desafios enfrentados. **Universitária**: Revista científica do Unisalesiano, v. 8, n. 16, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://psicod.org/poliamor-o-perfil-dos-praticantes-e-os-desafios-enfrentados-po.html>. Acesso em: 20 jun. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **Revista brasileira de direito civil**, v. 4, jun. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/97>. Acesso em 02 jul. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.

TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. **Revista dos Tribunais**, v. 15, n. 75, p. 177-198, 2007.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; KONRAD, Letícia Regina. Multiparentalidade nas famílias recompostas e parentalidade socioafetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 4, p. 57-73, 2014.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no Ocidente Cristão**. São Paulo: Editora Ática, 1986.

VALDES, Isabel. El poliamor sin vetos em tempos de Vox. **El país** [site], 31 jan. 2020.

Disponível em:

[https://elpais.com/ccaa/2020/01/31/madrid/1580466800\\_505535.html#?ref=rss&format=simple&link=seguir](https://elpais.com/ccaa/2020/01/31/madrid/1580466800_505535.html#?ref=rss&format=simple&link=seguir). Acesso em 27 out. 2020.

VÉLEZ, Isabel Cristina Bernal; BOTERO, Mireya Ospina; RAMÍREZ, Carolina Rincón. Poliamor. Estudio en las ciudades colombianas de Medellín y Pereira. **Hojas y hablas**, n. 17, p. 12-27, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** [versão digital]. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6: Direito de família.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/28461/FAM%c3%8dLIAS%20POLIAFETIVAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 abr. 2021.

VRISSIMTZIS, Nikos A. **Amor, sexo e casamento na Grécia Antiga**. Tradução por Luiz Alberto Machado Cabral. São Paulo: Odysseus, 2002.

WAGNER, Adriana et al. Os desafios da família contemporânea: Revisitando conceitos. In: WAGNER, Adriana et al. **Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5: Direito de família.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do direito de família. **Revista do Ministério Público do RS**, n. 81, p. 53-62, 2016. Disponível em: [http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1527187132.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527187132.pdf). Acesso em: 9 jul. 2021.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ZANON, Suzana Raquel Bisognin. Poliamor: o não-todo e a inconsistência da lei. **Revista científica ciência em curso**, v. 3, n. 2, p. 167-180, jul./dez. 2014.