

Escrituras para uniões poliafetivas: algumas impressões sobre mais essa novidade no direito das famílias

Alexandre Barbosa da Silva¹

Artigo submetido em: 11/11/2016

Aprovado para publicação em: 11/11/2016

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A família tradicional é composta de um pai, uma mãe e filhos. Essa é a concepção clássica da formação familiar no Brasil e na maioria dos países do mundo. Da mesma maneira, a parentalidade classicamente se configurou a partir de uniões matrimoniais, indissolúveis, heterossexuais, com filhos consanguíneos e cujo núcleo residia sob o mesmo teto.

Qualquer possibilidade fora dessa moldura não tinha o condão de ser considerada como realizadora do conceito e da natureza jurídica de família. Isso, até que as uniões começaram a se romper, as pessoas começaram a conviver sem casamento, as uniões homoafetivas passaram a ser aceitas, os filhos afetivos alcançaram o mesmo status dos filhos consanguíneos e a vida no mesmo lar conjugal se flexibilizou. Tudo, a partir das contemporâneas realidades de vida das pessoas e de suas mais íntimas intenções que completam suas esferas existenciais.

Pende, ainda, de aceitação social, em todo esse contexto de existencialidades, qualquer união que seja diversa daquela em que figure tão somente duas pessoas no seu núcleo constitutivo, ou seja, a união poliafetiva. Uniões que venham a nascer das vontades

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Professor de direito civil na graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional "Virada de Copérnico" da UFPR. Procurador do Estado do Paraná. Contato: alexxandreb@uol.com.br

de três ou mais pessoas, quer sejam homens, mulheres ou homens e mulheres, entre si, tem merecido toda sorte de críticas da doutrina civil atual.

Este breve texto, que se coloca como algo entre o comentário de uma determinada escritura de união poliafetiva e a tentativa de contribuir para a fundamentação da razoabilidade desse formato de vínculo entre pessoas, tem a pretensão unicamente de contextualizar uma realidade, sem desejar ser mais correto do que os pensamentos que lhe sejam opostos.

O mais relevante, parece, é coadjuvar para a inserção da temática na pauta do debate acadêmico e profissional, eis que não se verifica razoável acomodar-se diante do que acontece no mundo, mormente nas realidades que se tem assistido, com razoável frequência, na sociedade brasileira.

Não é o Direito que faz o mundo, mas as realidades do mundo que ao longo da história da humanidade fizeram o Direito transitar. Da mesma maneira como até meados do século passado o divórcio era pecado, a mulher era inferior, os filhos diferenciados conforme sua consanguinidade ou afetividade (palavra inimaginável em passado recente) e a união entre pessoas de mesmo sexo uma aberração, hoje uma união poliafetiva é vista como reprovável e desprovida de proteção jurídica.

De início, portanto, indaga-se: em 20 anos esse estado de coisas será o mesmo? Que se baixem as armas para o debate.

2. UMA ESCRITURA PONTUAL E SEUS FUNDAMENTOS

O objeto de estudo que gerou o presente escrito é uma "Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva", levada a efeito por um homem e duas mulheres. O homem e uma delas já viviam em união estável desde abril de 2011, tornando-se poliafetiva em setembro de 2013, quando se insere na convivência a última parceira.

A escritura foi efetivada em abril de 2016, na oportunidade em que os três compareceram perante a Tabeliã do 15º Ofício de Notas, situado no Centro do Rio de Janeiro, com a intenção de documentar as intenções de constituir família por meio de união estável, na modalidade poliafetiva.

Para tanto, foram documentalmente fixados como "Outorgantes Declarantes", esclareceram as épocas em que tiveram início das uniões e suas vontades de constituir um núcleo familiar.

Sob a ótica dos fundamentos, assim justificaram:

"Os declarantes, diante da ausência de impedimento legal atinente a esse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia dos seus direitos e deveres, tendo por base os princípios constitucionais da afetividade, da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana, da personalidade e da igualdade. Além disso, os declarantes, ora conviventes, pretendem ver essa união reconhecida e respeitada social, econômica e amparada juridicamente, nos termos do §3º, do art. 226, da Constituição da República e do art. 1.723, do Código Civil Brasileiro, invocando, simultaneamente, a decisão do nosso Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.277 e ADPC nº 132."

Nesse duto de perspectivas, frisaram suas pretensões: "O presente instrumento deverá, igualmente, servir para dirimir eventuais questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros."

As cláusulas do pacto foram divididas em número de oito (8), cada qual com objetivos e compromissos específicos, as quais, para auxiliar na compreensão do estudo, abaixo se explicitará:

A *primeira*, serviu de declaração de que mantêm, os três, convivência pública, contínua e duradoura, sob o mesmo teto há dois anos e meio, desde 2013, com o objetivo de constituir família e que não há para esta união impedimento legal, constante do art. 1.521, do Código Civil Brasileiro.

A *segunda*, estabeleceu que durante o tempo de vigência da convivência, os declarantes deverão observar o dever de lealdade, de respeito e de dignidade uns para com os outros, bem como a observância de todos os afazeres e os cuidados exigidos para uma sólida e harmônica vida familiar. A par disso, os conviventes deverão mutuamente prestar assistência material e emocional visando o bem-estar individual e comum.

A *terceira*, anotou a vontade dos declarantes de manterem-se conjuntamente na administração do lar comum, com a divisão equânime dos encargos financeiros, na proporção que melhor atender a seus interesses, considerada a situação econômico-financeira individual de cada um na época da participação e sempre consensualmente mensurada e avaliada.

A *quarta*, descreveu que os conviventes "rogam aos órgãos competentes, que cada um deles goze de todos os benefícios que tenham direito ou venham a ter perante a qualquer plano de saúde, previdência pública ou privada, Receita Federal, na qualidade de dependentes um dos outros."

A *quinta*, teve por objetivo estabelecer o regime de bens. Os declarantes tiveram o cuidado de especificar que para a segunda união iniciada, bem como para aquela que principiou em abril de 2011 (a primeira), o regime patrimonial é análogo ao regime da separação absoluta de bens, previsto nos arts. 1.687 e seguintes, do Código Civil Brasileiro. Especificaram, ainda, que o imóvel que serve de residência da família, é bem particular do declarante varão, "posto que fora adquirido no ano de 2006, ou seja, em data anterior ao início da união estável com as demais declarantes". Por fim, nesta cláusula do pacto, afirmaram que após o início da união estável, seja a que perdurou apenas com a primeira moça, seja a que teve início com a inclusão da segunda ao núcleo familiar, não foram adquiridos quaisquer bens, seja a título oneroso ou gratuito.

A *sexta*, fixou que "na hipótese da dissolução do laço afetivo por qualquer uma das partes, que signifique a intenção desta de não mais participar do núcleo familiar formado, comprometem-se mutuamente a distratar o presente instrumento e a realizarem a eventual partilha de bens e direitos, sob a forma legal instituída pelo regime patrimonial previsto nesse instrumento e com a assistência de advogado, conforme estipulado no §2º, do art. 733, do Código de Processo Civil."

A *sétima*, determinou a mediação como forma de superar eventuais controvérsias oriundas ou relacionadas com a Escritura lavrada, a ser conduzida pelo CBMA (Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem) conforme as suas regras e o seu regulamento. Comprometeram-se, ainda, a "não iniciar processo arbitral ou judicial antes de submeterem o seu conflito à mediação, conforme estipulado no art. 23, da Lei nº 13.140/15." Por fim, nesta cláusula, acordaram que "a tentativa de mediação extrajudicial, mesmo infrutífera, suprirá a mediação judicial do art. 334, do Código de Processo Civil, ficando as partes, portanto, desobrigadas de terem de submeter o seu conflito novamente à mediação em âmbito judicial."

Na *oitava* e última cláusula, ficou anotado que "as partes foram informadas pela Tabela, que os direitos concernentes à união poliafetiva são incipientes, não ostentando,

até o presente momento, legislação e jurisprudência sólidas. Por esta razão, os efeitos desta escritura poderão ser mitigados por decisão judicial ou mesmo recusados.

Ainda que possa parecer cansativa, a narrativa retro se faz necessária para que se conheça a solidez das vontades que foram objeto da estipulação contratual.

A convenção fixa, de forma peremptória, a intenção das partes em conviver, a partir do respeito social a esta decisão documentada publicamente, que demonstra a continuidade e o duradouro compartilhamento de vidas.

Comprometem-se, também, com os deveres "de lealdade, de respeito e de dignidade um para com os outros, bem como a observância de todos os afazeres e os cuidados exigidos para uma sólida e harmônica vida familiar."

Invocam, para tudo isso, fundamentos jurídicos de indiscutível adequação ao caso concreto, quais sejam: os princípios constitucionais da afetividade, da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana, da personalidade e da igualdade.

Parece, na sequência de ideias, bastante defensável que a união deva ser prestigiada juridicamente através da atribuição de efeitos, por conta da clareza das intenções e da composição familiar indiscutivelmente estabelecida, para além da quantidade de componentes do pacto. A qualidade do ajuste, deve prevalecer sobre a quantidade de seus membros, uma vez que este último dado - pela dogmática tradicional - seria a única justificativa para se desconsiderar, no Direito, a entidade familiar.

Não obstante, é conhecida a repulsa que alguns ainda sentem quando o tema é o poliamor, ou outro que se distancie daquilo que é dito como "normal" na fenomenologia social e histórica. Em passado recente, a mulher "desquitada" também era colocada, muitas vezes pela própria famílias, à margem da sociedade, em uma "zona" que se distanciasse do centro social e econômico do poder nas grandes cidades. Até por isso, até hoje entre nós, o rótulo de casas de prostituição como "zonas do meretrício".

Aparentemente agressiva a formulação? Trata-se, contudo, da mais natural realidade que habita o cotidiano e assombra as famílias que são constituídas fora do texto e do contexto dos Códigos da modernidade.

Até bem pouco tempo, na mesma perspectiva, a união estável - entendida, naquele momento, como concubinato, do latim "conculus": ir para a cama com outro - era considerada como aviltante à moral das famílias matrimonializadas.

Nem se fale da união homoafetiva, que somente com a histórica e paradigmática decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, passou a ser reconhecida com os mesmos efeitos de uma união estável. Na oportunidade, o relator das ações, Ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.²

A Escritura de União Poliafetiva, lavrada perante a tabeliã do 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, a que este artigo fará constante menção, merece efeitos jurídicos, para além do atual quadrante de desconsideração a que se refere parte da doutrina e jurisprudência, em especial do STF e do STJ que, como se perceberá adiante, não enfrentou de forma objetiva casos de uniões poliafetivas como a que se quer discutir neste texto.

Das pesquisas que se realizou, constata-se que as situações enfrentadas por STF e STJ se referem a uniões concomitantes ou paralelas que, ao que parece, diferem do que ora que se deseja tratar.

3. POLIAFETIVIDADE NO BRASIL E SEUS CRÍTICOS: NECESSIDADE DE ABERTURA DO PENSAMENTO

O novo sempre causa perplexidade e suas consequências costumam gerar sentimento de insegurança, por conta do rompimento com a tradição social e jurídica. Tem-se percebido que as críticas lançadas ao reconhecimento de uniões poliafetivas residem na preocupação de que essas entidades familiares possam gerar instabilidade jurídica no conceito de família e em sua legalidade, por conta da participação de mais que uma pessoa em cada polo da união, ao arripio da disposição codificada.

José Fernando Simão entende que: "O sistema não concebe, com base em um valor secular, a possibilidade de dupla união como forma de constituição de família". Isso, porque entende que aludidas uniões são poligâmicas. Em texto que serviu de comentário a situação semelhante a que ora se discute, ou seja, uma escritura que foi efetivada em Tupã,

² Para lembrar, confira a notícia do site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> Acesso em 28/09/2016.

em 2012, o autor explica que por fraudar norma imperativa que proíbe uniões formais ou informais poligâmicas, a Escritura é nula.³

O fundamento do notável professor é que o sistema jurídico não aceita a bigamia, por fundamentos históricos e sociais, sancionando a prática através do art. 1521, VI e 1548 do Código Civil, bem como do art. 235 do Código Penal.

Por fim, de maneira enfática, sentencia: "Entretanto, para se admitir a poligamia como forma de criação de família, é imprescindível a revogação do CP que a trata como crime e do CC que pune com e sanção maior: nulidade absoluta."⁴

Regina Beatriz Tavares da Silva também discorda da possibilidade de uniões poliafetivas escrituradas, sob o argumento - de autoridade - de que se trata de "estelionato jurídico", uma vez que: "A escritura lavrada em Tupã de nada servirá a essas três pessoas. É inútil porque não produz os efeitos almejados, uma vez que a Constituição Federal, a Lei Maior do ordenamento jurídico nacional, atribui à união estável a natureza monogâmica, formada por um homem ou uma mulher e uma segunda pessoa (CF, art. 226, § 3º)."⁵

Em que pese esses dois exemplos de autores que discordam da formalização de união poliafetiva por escritura pública, a realidade é muito diferente desses pensamentos e é possível entender que o Direito também.

Assim se pode afirmar, tendo em vista que a união poliafetiva celebrada no Rio de Janeiro em nada contempla a hipótese de bigamia, posto que não há casamento de pessoas casadas. Somado a isso, a monogamia não é mais considerada como princípio estruturante do direito de família.

No Brasil, as uniões poliafetivas, qualificadas pela união de mais que duas pessoas no mesmo grupo de intenções recíprocas de constituir uma só entidade familiar, já se pode constatar com realidade a ser considerada pelo Direito, exatamente pelo atendimento de requisitos típicos das uniões estáveis, dentre elas o intuito de constituir família e de tornar pública tal vontade.

³ <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poligamia-casamento-homoafetivo-escritura-publica-e-dano-social-uma-reflexao-necessaria--parte-3/10376> Acesso em 03/10/2016.

⁴ Idem, <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poligamia-casamento-homoafetivo-escritura-publica-e-dano-social-uma-reflexao-necessaria--parte-3/10376> Acesso em 03/10/2016.

⁵ <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas> Acesso em 03/10.2016.

O também denominado "Poliamor" já tem construções jurídicas em gestação e deve ser objeto de uma reformulação conceitual, para além da antiga e tradicional distinção pejorativa.

Tanto isso é verdade, que o Conselho Nacional de Justiça está desenvolvendo estudos sobre tal modalidade de união, visando a uniformizar a atuação dos Notariados do país. Não se trata simplesmente de determinar a não efetivação de escrituras desse viés, como equivocadamente se poderia proclamar, mas de permitir uma maior segurança aos envolvidos, com uma formatação jurídica linear.

Ainda que o pedido de providências tenha sido protocolado no CNJ pela ADFAS - cuja presidente é a autora mencionada, Regina Beatriz Tavares da Silva, que é contrária ao formato da união - o CNJ não parece tender a impedir as Escrituras, por conta da autonomia dos cartórios em todo o Brasil.

Veja-se a parte final da decisão da Ministra Nancy Andrighi, que tão somente recomenda:

"... Intimem-se, ainda, as Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, para que informem às serventias extrajudiciais de Notas sob sua supervisão acerca da existência deste procedimento em tramitação na Corregedoria Nacional, e recomendem aos seus titulares que é conveniente aguardar a conclusão deste Pedido de Providências para lavrar novas escrituras declaratórias de "uniões poliafetivas"."⁶

Dessa decisão, ficou claro que dezenas de escrituras como a do Rio de Janeiro e a de Tupã estão sendo realizadas, em verdadeira demonstração de que a realidade está para além do formalismo dogmático da lei, mormente quando trata de casamento e união estável em uma aparente perspectiva de não restrição quanto ao número de envolvidos.⁷

O direito de família - ou das famílias - está em constante mutação entre nós, e pode ser considerado como o espaço do direito civil que recentemente exigiu do jurista mais sensibilidade e coerência para uma releitura crítica, com a necessária aceitação das

⁶ Veja-se que fica clara do próprio site do CNJ que não se trata de uma proibição para as Escrituras: "Essa é apenas uma sugestão aos tabelionatos, como medida de prudência, até que se discuta com profundidade esse tema tão complexo que extrapola os interesses das pessoas envolvidas na relação afetiva", ponderou a ministra Nancy Andrighi. Ela esclareceu que não é uma proibição." Confira o inteiro teor do assunto em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas> Acesso em 03/10/16.

⁷ Analise a parte da decisão que se refere à alegação da Associação proponente: "Assevera que a atual tabeliã do 3º Tabelião de Notas da Comarca de São Vicente/SP, que também foi tabeliã do Cartório de Notas de Tupã/SP, afirmou "ter celebrado pelo menos oito escrituras de "união estável" entre três ou mais reciprocamente outorgantes e outorgados". Veja em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI238667,41046-CNJ+recomenda+suspensao+de+registros+de+unioes+poliafetivas> Acesso em 03/10/2016.

novas construções e modulações propostas diante da pluralidade e complexidade dos fenômenos sociais.

Não tem se afigurado fácil para determinados grupos alcançar a aceitação do Direito para suas realidades. Que o digam os homoafetivos, as pessoas com deficiência, para exemplificar o mínimo. A doutrina e jurisprudência tem resistido ao máximo à abertura dos pensamentos e a aceitação das diferenças que se colocam na constante queda de braço entre a lei e a realidade.

A afetividade, que agora quase todos os juristas do direito civil aplaudem como algo salvador, até bem pouco tempo era considerada como antijurídica e absurda.

O direito civil na legalidade constitucional não aplaude a discriminação e nem compactua com a generalidade e a mesmice. A complexidade colhida no ambiente social gera situações reais nem sempre de fácil adequação à literalidade da norma, o que gera a necessidade de uma análise crítico-prospectiva do silogismo.

Faz-se necessário o olhar solidário, igualitário, provido de alteridade, para a situação pontual que a realidade apresenta ao Direito. A complexo dado social nem sempre se adapta de forma objetiva no contexto legal. É preciso desvendar a complexidade e realizar o bem da vida das pessoas, a partir da interpretação constitucional e conglobante.

Como bem afirma Pietro Perlingieri, sobre as normas e a complexidade da sociedade:

"O ordenamento jurídico não se exaure na complexidade de sua gênese legislativa e normativa; a complexidade do ordenamento é dada pelo impacto com o sistema sócio-cultural ao qual pertence, que não é aspecto factual desprovido de capacidade condicionante, mas é aspecto estrutural confirmativo e adequador e, portanto, realmente conteudístico do *ius*. *Societas* é cultura, e esta vive no momento aplicativo, criativo do ordenamento do caso concreto, também mediante a cultura dos operadores do direito: juízes, advogados, tabeliães, funcionários."⁸

A perspectiva de uma união poliafetiva, que não tem na lei sua explicitação objetiva, desafia o jurista clássico que tão somente tenta solucionar a crise hermenêutica a partir do silogismo matemático. Não obstante, é preciso enxergar o dado complexo da realidade social com o olhar voltado a uma hermenêutica construtiva, cultural, verdadeiramente social e plural, que somente se alcança com a expansão dos sentidos.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 193-194.

Não basta recusar direitos aos que vivem em uniões poliafetivas. Necessário, isso sim, buscar - repita-se, desprovidos de armas - localizar fundamentos jurídicos que abarquem essas construções sociais "diferentes" daquilo que a cultura histórica e oitocentista até agora definiu como "o correto".

O que aparenta faltar na consideração do tema é a vontade de apreciar a concretude dos casos submetidos a exame, na antiga tentativa de aprioristicamente enquadrar tudo em padrões que já não fazem mais sentido no mundo jurídico contemporâneo.

O temor é o de que se prejudique terceiros, entes públicos e os próprios contratantes, se a escritura for considerada como gênese de uma entidade familiar. Talvez mais que isso: o medo pode, ainda, ser de que se estenda demais o conceito de família, em detrimento do conteúdo histórico e restritivo, gestado no ambiente da patrimonialização, do pater famílias e da exclusão, típicos do Estado Liberal.

Há que tranquilizar, portanto. A hermenêutica que se propõe é a da consideração da pessoa em primeiro lugar, como bem sempre salientou Orlando de Carvalho.⁹ Mas essa consideração da pessoa e de suas relações, no caso concreto, deve encontrar lastro e fundamento na constitucionalidade e na civilística atuais, ou seja, nada se deve amparar se violador da boa-fé, da função social dos institutos basilares do direito civil, da prevenção ao abuso de direito, da igualdade, da solidariedade e da alteridade.

O Direito colhido da constitucional consideração dos fatos e de sua força normativa, que devem fundamentar a codificação, permite acolher, sem receios, as uniões poliafetivas. O encontro da Constituição com o Código Civil, assim, é o fundamento da legalidade dessas escrituras que visam a conceder segurança jurídica aos membros desse novo arranjo familiar.

4. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA POLIAFETIVIDADE

Gustavo Tepedino, em texto sensível e esclarecedor, lembra que "a conhecida expressão da dramaturgia, a vida como ela é, parece encontrar-se felizmente apreendida pelo direito, após longo e persistente percurso." O civilista carioca aduz que as instituições e as solenidades cedem espaço aos desígnios da realidade nas relações de família, com a

⁹ CARVALHO, Orlando de. Teoria geral do direito civil. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

sensibilidade do Direito para com o afeto, mas também reconhece as fragilidades naturais do humano, na consideração da segurança forjada na autonomia privada.¹⁰

As "pessoas de carne e osso", continua o autor, conquistaram o direito de ter na realidade fática, fulcrada no afeto, elemento definidor de situações jurídicas, para além do modelo formal e institucional de produção sexual e acumulação econômica em torno da autoridade patriarcal. Com isso, o afeto flexibiliza-se "com benfazeja elasticidade" nos requisitos para a constituição de uma família.¹¹

Não obstante, é preciso "com zelo de ourives", cuidar-se para que não se banalizem sentimentos e não se ceda às pretensões egoístas e patrimonialistas de protagonistas de eventuais interesses em jogo.¹²

Eis o desafio, por conseguinte: equilibrar todos os interesses, existenciais e patrimoniais, dos envolvidos em uma união poliafetiva e de terceiros eventualmente alcançados por essa entidade familiar, quer particulares, quer entes públicos.

Necessário, antes, no entanto, fixar-se as bases para que seja possível considerar juridicamente existente, válida e eficaz, a Escritura Pública de União Poliafetiva.

Indiscutível, no atual estado da arte do Direito Civil, que dispositivos infraconstitucionais devam ser interpretados e aplicados aos casos concretos com obediência ao comando constitucional.

A normatividade constitucional, neste momento histórico, transitou de mero conteúdo programático para disposições dotadas de eficácia direta e imediata. Os princípios e regras dispostos na Constituição devem ser aplicados nas relações entre o Estado e o particular, assim como nos vínculos interpessoais.

Nesse duto de ideias, perceba-se - como já percebeu a melhor doutrina¹³ e a mais coerente jurisprudência¹⁴, que as famílias contemporâneas devem merecer a proteção

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. Jota. Publicado em 31 de dezembro de 2015. <http://jota.uol.com.br/dilemas-do-afeto> Acesso em 03/10/16.

¹¹ *Op cit.*

¹² *Ib idem.*

¹³ Ao tratar das uniões homoafetivas Paulo Lôbo nesse sentido se expressa: "A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta. As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. *In: LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84*

¹⁴ Na ementa do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento sobre o conflito entre a paternidade biológica e da afetiva constou: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

própria da Constituição Federal, para além do quanto disposto no Código Civil e na legislação ordinária.

O art. 226 da Carta Maior brasileira é a disposição explícita que rege a temática, a partir da consideração da família como base da sociedade, com proteção especial do Estado, reconhecimento das uniões diversas do casamento, igualdade entre cônjuges/companheiros e filhos, paternidade responsável, livre planejamento familiar e vedação à violência no seu âmbito.

Ocorre que, diferentemente de uma leitura gramatical e isolada, este art. 226 deve ser compreendido na legalidade e complementariedade de outras disposições de direitos fundamentais que o integram e dão sentido.

No caso específico do art. 226, § 3º, a formação familiar oriunda da união estável entre *o* homem e *a* mulher, que deve ser protegida pelo Estado e respeitada por todos, já não mais se coloca com a mesma conotação com que foi escrita, posto que em momento histórico diverso do presente.

Como sabido, a família da década de 1980 guardava as peculiaridades de seu tempo, basicamente fundada no pater e na monogamia como princípio estruturante do direito civil de então. A análise histórica do Direito, como de ordinário acontece nas demais áreas do conhecimento, não se completa de forma coerente se o olhar lançado ao passado estiver impregnado das vestes do presente. O estudo científico das famílias, e de sua complexidade, naquele momento era permeado das verdades e das realidades então consideradas.

DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICOPOLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. *In*: Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, Relator Min. Luiz Fux. Julgamento: 21/09/2016. Fixação da Tese: 22/09/2016.

Por isso não se cumpre com coerência o estudo das uniões poliafetivas ao olhar-se a Constituição com os olhos daquele momento, considerando-se a família unicamente como a matrimonializada ou formada por uniões estáveis heteroaletivas e com um único companheiro em cada posição.

Em outras palavras, da mesma maneira que não é confiável criticar-se a lei antiga, a partir dos olhos de hoje, não se revela coerente avaliar o hoje com a visão do tempo de criação da lei. O compromisso metodológico com a história, apresenta a necessidade de apreciação do fenômeno tal qual se apresenta em cada período.

As informações colhidas do passado, a partir da apropriação do conhecimento histórico metodologicamente adequado, devem influenciar a tomada de atitude, para justificar a construção de um novo contexto jurídico, político e social.¹⁵ Não se trata de tarefa fácil, mas como lembra Luiz Edson Fachin:

"Desafio será compreender o Direito Civil do terceiro milênio para estar próximo aos fatos e às circunstâncias, saber conviver com uma indispensável instabilidade que lhe dê entradas e saídas, dos fatos para o Direito e do Direito para os fatos. Daí por que, talvez, há de se pensar o sistema jurídico como um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade para nele se retratarem."¹⁶

Na sintonia com essa concepção de afazer histórico, vê-se que tanto a Constituição (art. 226, § 3º), quanto o Código Civil (art. 1723) se valem da expressão "*o* homem e *a* mulher" ao garantir a proteção da união estável. Essa a principal motivação dos notáveis juristas que criticam as escrituras de união poliafetiva, sob o entendimento de que a literalidade (interpretação gramatical) da Constituição e da lei impedem uniões em que existam mais que um (= o) homem e uma (= a) mulher, sob o primado da monogamia e da heteroaletividade. Já foi dito que sobre a homoafetividade está dispensada a discussão,

¹⁵ Como na lição de Paolo Grossi: "É claro que quem fala de pensamento jurídico, não por mera ocasião retórica, mas conscientemente, afirma implicitamente que não tem nada a partilhar nem com uma visão redutiva do direito, nem com uma concepção positivista da ciência jurídica e do jurista. O direito não pode, sob essa ótica, ser reduzido a instrumento do poder político ou a um acúmulo normativo mais ou menos ordenado sistematicamente; e a ciência jurídica, alforriada de toda servidão exegética, liberada do condicionamento necessário da vontade do legislador, é individuada como intérprete no significado mais intenso do termo, não como tecedeira de argumentações lógicas no interior de um sistema fechado que ela não contribuiu a construir e do qual ela simplesmente sofreu a incidência, mas sim como mediadora entre as exigências sociais e culturais gerais e a cultura jurídica, força viva e criativa da história na elaboração das arquiteturas adequadas e eficazes a sustentar, mais que o produto de um legislador contingente, uma inteira civilização em movimento." In: GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 145.

posto que pacificado no STF. Sobre a Poliafetividade, no entanto, o caminho está a se desbravar.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk entende que a Constituição Federal apresenta três possibilidades objetivas da gênese familiar: o casamento, a união estável e a família monoparental. A partir disso, sua concepção se apresenta como a possibilidade de se reconhecer entidades familiares que extrapolem essa tríade.¹⁷

Disso, fica possível indagar: a Escritura de União Poliafetiva que se está a refletir precisaria ser nominada juridicamente como União Estável? Aparentemente não. Mas isso merece ser discutido melhor.

O direito familiar de aparência libertária e protetiva do Estado liberal, não obstante, revela-se contemporaneamente insuficiente à satisfação das necessidades da sociedade plural e complexa brasileira, que exige o reconhecimento da diversidade, através da predileção pela consideração da função em relação à estrutura. Em outras palavras, é necessário constitucionalizar as relações de família, desburocratizando sua sistemática e atendendo à função social, que tem em seu conteúdo o acesso à qualidade de vida.

O constitucionalizar ancorado nos direitos fundamentais, no entanto, não será suficiente pela leitura isolada do texto, sem a rigorosa obediência do contexto colhido do sistema constitucional em sua integralidade. A família, hoje, no dizer de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk deve ser considerada em sua "dimensão funcional de coexistência protegida".¹⁸

Em outras palavras, há que se considerar a família a partir de sua função social *como liberdade* em seu conceito plural, ou seja, a partir da fundamentação em dois princípios dos mais relevantes: o eudemonismo e a pluralidade familiar.¹⁹

A família na concepção eudemonista, cuja primeira menção se atribui a André Michel²⁰, pode se entender como aquela em que a pessoa deixa de se pensar existindo para a família, mas a família passa a existir para o seu desenvolvimento pessoal. A família e o casamento, na lição de Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz,

¹⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 335.

¹⁸ *Op. cit.* p. 314.

¹⁹ *Op. cit.* p. 316.

²⁰ MICHEL, André. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In : Archives de Philosophie du Droit. Reforme du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975. t. 20.

"passam a existir para o desenvolvimento da pessoa - para a realização de seus interesses afetivos e existenciais."²¹

E prosseguem: "É a família nuclear que a Constituição recepciona quando reconhece à família especial proteção do Estado (art. 226): família em que são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação (art. 226, §§ 4º, 5º, e 8º; art. 229). Ela fica, portanto, constitucionalizada e a salvo da discricionariedade do legislador ordinário."²²

Mas a família codificada - e em geral denominada como a constitucionalizada a partir da consideração do homem e da mulher - tem sua origem no modelo oitocentista que traduz o modelo ideal como "exclusivamente matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, transpessoal, e, ainda, como alguns traços de uma família extensa."²³ É a família como lugar de não-liberdade, como afirma o autor.

A família considerada na perspectiva eudemonista e plural, é a considerada com o enfoque na liberdade positiva, que é a vivida na coexistência, ou seja, "a família passa a ser pensada como instrumento para que as pessoas possam buscar sua felicidade coexistencial".²⁴

Muito para além de se pensar essa liberdade tão somente no aspecto de liberdade negativa, quer-se dizer, na não imposição de ilicitude sobre as opções de vida coexistencial, o que se crê possível é o reconhecimento da normatividade que emerge da liberdade vivida.²⁵

Mais uma vez, por ser relevante, a lição textual de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

"Chancelar a concepção eudemonista é proteger juridicamente essa liberdade positiva, como liberdade vivida, por meio do reconhecimento da normatividade que dali emerge - ou seja, trazer as opções livres de vida familiar para o âmbito do direito, independentemente de modelos jurídicos apriorísticos."²⁶

²¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de direito de família. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2002. p. 13.

²² *Op. cit.* p. 14.

²³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 143-154.

²⁴ RUZYK, *Op. cit.* Institutos... p. 323.

²⁵ RUZYK, *Op. cit.* Institutos... p. 329.

²⁶ RUZYK, *Op. cit.* Institutos... p. 329.

Essa formatação da liberdade positiva de construção jurídica da família, abre fundamento para o respeito à pluralidade nos modos de consideração das formações familiares, visto que supera a visão fundada no individualismo.

A felicidade que se busca em uma relação familiar deve ser a tônica para sua catalogação jurídica, mormente a partir de uma esfera de direito que, desde finais do século XX, apregoa a consideração do afeto como dado jurídico.

A família eudemonista, portanto, é essa fulcrada na busca da felicidade - inclusive a partir de premissas inicialmente aristotélicas - na formação atual do conceito de família, na escolha pela coexistencialidade para além da tradicional letra legal. Funda-se no afeto, na solidariedade familiar, na alteridade e na prática cotidiana da boa-fé e do não abuso do direito.

A somatória de tudo isso resulta na função social da família, em uma perspectiva de liberdade(s), como bem se percebeu das lições de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

Pavimentar esse caminho não é fácil, em especial pela dificuldade de se superar o legalismo exegético na consideração dos direitos, em especial na formação familiar, por conta dos dogmas religiosos e históricos. Repita-se, no entanto, que na porosidade e complexidade do contexto social atual, a consideração funcionalizada dos institutos, em especial no âmbito do direito das famílias, parece ser o melhor fundamento de reflexão a se adotar.

As uniões poliafetivas são exemplo relevante de famílias que estão a superar a perspectiva de uma legalidade restritiva, vez que nascidas do afeto e na intenção de juridicização da felicidade.

Como bem orienta Elizabeth Emens, em importante estudo desenvolvido na Universidade de Chicago, o poliamor - na exata expressão da autora - não é tão somente uma prática, mas uma teoria sobre relacionamentos.²⁷

Não se trata de propugnar rompimento crítico com o sistema sob qualquer ótica anarquista, mas de buscar-se o reconhecimento de ligações coexistenciais que expressam a realidade de vidas em comunhão, carentes de reconhecimento social e jurídico. Como se demonstrou, da escritura de poliafetividade do 15º Cartório do Rio de Janeiro consta que os

²⁷ O Estudo está disponível na rede, no endereço seguinte: www.law.uchicago.edu/files/files/58-monogamy.pdf Acesso em 05/10/16

conviventes "pretendem ver essa união reconhecida e respeitada social, econômica e amparada juridicamente".

A consideração de uma família poliafetiva, como família eudemonista, pode ser ainda fundamentada, a partir do estudo de Elizabeth Emens, a partir de cinco "princípios" que devem ser reunidos para caracterizar os elementos da união: autoconhecimento, honestidade radical, consenso, autocontrole e a ênfase no amor e no sexo.²⁸

Destes elementos, parece que o mais afinado com a perspectiva brasileira da concepção das uniões poliafetivas é o consenso. Indispensável que haja, entre os que vivem esta espécie de relação, uma uniformidade de ideias e de intenções, que devem ser claramente qualificadas nas escrituras públicas, com vistas a evitar distorções nas vontades.

Como se verá, entende-se que para a configuração de uma união poliafetiva válida, faz-se necessário o encontro de vontades em firmar este pacto diferenciado, para que seja possível atribuir-lhe efeitos jurídicos. A falta de demonstração do consenso poderá, aí sim, gerar possível interpretação pela quebra da boa-fé, sancionável juridicamente.

A par desses elementos, os fundamentos constitucionais que justificam defender escrituras de uniões poliafetivas a exemplo da que ora se discute, estão bem colocados e justificados na doutrina, com destaque para a dissertação de mestrado de Rafael da Silva Santiago, defendida na Universidade de Brasília.

O autor defende que a família deve ser o reflexo de valores e vivências subjetivas, para além de valores objetivamente impostos em texto legal. E prossegue: "Não se pode admitir a interferência qualificada pela objetividade do texto legal em uma área notadamente marcada, na sociedade pós-moderna, pelos valores subjetivos, que consubstanciam o desenvolvimento da pessoa humana, a ponto de se negar proteção normativa a verdadeiras entidades familiares, como se faz com as relações de poliamor."²⁹

São essas vivências que devem ser analisadas por ocasião da consideração de uma União Poliafetiva. Não se trata de simplesmente defender qualquer documento que afira

²⁸ EMENS, Elizabeth F. Monogamy's law: Compulsory monogamy and polyamorous existence. University of Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 58, fev. 2003. p. 37.

²⁹ SANTIAGO, Rafael da Silva. Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 157

uma fraude ou uma mentira. O que se entende é pela normatividade da intenção das pessoas em regular seus direitos de deveres a partir do reconhecimento da vida em coexistência e dos reflexos que isso gera.

A compreensão que prevalece neste escrito é pela concessão de efeitos jurídicos à União Poliafetiva, mormente a documentada no 15º Notariado do Rio de Janeiro, por suas características e demonstrações de realidade.

Essa construção de fundamentos, no entanto, exige uma coerência hermenêutica que parta da análise de princípios constitucionais (alguns igualmente infraconstitucionais), passe por elementos próprios da nova consideração do Direito das Famílias - em um contexto de liberdades, eudemonismo e pluralidade - e desemboque na regência que devem ter sobre dispositivos do Código Civil e do Código Penal, dentre outros.

Na linha de Rafael da Silva Santiago, à qual aqui se adere, "a partir dos reflexos da constitucionalização do Direito das Famílias, pode-se afirmar que as relações de poliamor são capazes de originar entidades familiares, merecendo proteção do Direito, notadamente em face (i) da dignidade da pessoa humana, (ii) da liberdade nas relações familiares, (iii) da solidariedade familiar, (iv) da igualdade, (v) da afetividade, (vi) da especial proteção reservada à família, (vii) do pluralismo das entidades familiares e (viii) da mínima intervenção do Estado na família."³⁰

A partir desses referenciais é que se consegue auxiliar no fundamento de uma família verdadeiramente eudemonista e plural, com argumentos organizados metodologicamente e aptos a justificar a União Poliafetiva, inclusive sob a influência dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal que reconhecem relevância jurídica a diversos temas de família que até pouco tempo a doutrina divergia severamente. Exemplos são o da equiparação da paternidade afetiva com a biológica, alinhado ao reconhecimento expresso da multiparentalidade e do princípio da afetividade³¹, assim como o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil³².

³⁰ *Op cit.* p. 157.

³¹ Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, que firmou Repercussão Geral nº 622. Vide importante texto de Ricardo Lucas Calderón sobre o assunto em: http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade#_ftn1 Acesso em 05/10/16.

³² Recurso Extraordinário nº 878.694. Vide notícia em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790%2C+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheiro+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a> Acesso em 05/10/16.

Um primeiro e inafastável elemento de fundamentação da União Poliafetiva é o reconhecimento da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Como forma de superar as reiteradas - e acertadas - críticas ao modo como se tem utilizado sua excessiva abertura, este princípio deve ter seu conteúdo adequadamente densificado, de forma a não deixar dúvidas sobre sua aptidão na aplicação ao caso concreto.³³

Para o constitucionalista português Jorge Miranda a Constituição confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana é a concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.³⁴

Com essa noção, a dignidade constrói o pavimento para que seja possível afirmar que somente será possível sonegar direitos que a própria Constituição determine, uma vez que a autonomia e a liberdade da pessoa devem prevalecer. Ainda que não se concorde com a autonomia absoluta de matriz kantiana, da autonomia como regramento constitucional não se tem como olvidar. E é exatamente essa autonomia que reflete a percepção de função como liberdade.

Ingo Wolfgang Sarlet, nesse sentido, aduz que o ser humano possui liberdade potencial de formatar a sua própria existência e ser sujeito de direitos, bem como que não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa. Por isso, para o autor, parece difícil questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa ou positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo assegurada.³⁵

Ana Paula de Barcelos, na perspectiva da fundamentalidade dos direitos individuais, afirma que: "Os direitos individuais são comumente identificados como direitos de liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado.

³³ Como exemplo disso, veja o que diz Ingo Wolfgang Sarlet: "Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada como ofensiva (ou não) à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do órgão julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo mais para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para a as maior eficácia e efetividade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 95-96

³⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4. p. 180

³⁵ *Op cit.* p. 102.

Nessa linha, foram progressivamente conquistados os direitos à liberdade religiosa, à liberdade civil e profissional, à liberdade de opinião, de expressão e de reunião, à liberdade de ser proprietário, dentre outros."³⁶

O livre desenvolvimento da personalidade de alguém, por meio da opção pela formalização de uma união poliafetiva via escritura pública, é concretização dessa liberdade que se consubstancia no fundamento da dignidade.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao tratar do princípio fundamental da proteção da dignidade humana, indaga se dele não derivaria uma expansão da autonomia privada no que se refere às escolhas da vida privada de cada pessoa, ou em outras palavras, se a privacidade garantida pela Constituição a uma pessoa digna e plenamente capaz não deveria significar um mais amplo poder de escolha sobre seus bens mais importantes.³⁷ Na visão do presente autor, a resposta é obviamente positiva.

Não se argumenta o princípio da dignidade ao vento, mas densifica-se seu conteúdo e preenche-se seus espaços vazios com a realidade de vida das pessoas que pretendem unir-se e fazer pública a união, com o respeito devido por todos, por sua natural condição de seres livres, dotados de direitos atinentes à personalidade, que facultam a vivência de experiências diversas daquelas necessariamente eleitas, sob critério histórico, religioso ou outro que tenha prevalecido em dada sociedade, mas que não tenha acompanhado as transformações próprias da complexidade e da pluralidade do contexto social.

Como forma de apoio dessa reflexão, e para concluir e perspectiva da dignidade sob a ótica de sua completude na realidade de vida das pessoas (liberdade positiva) e não apenas como liberdade negativa, veja-se a orientação de Ingo Wolfgang Sarlet:

"Consoante já restou destacado, o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Com efeito, de acordo com a lição de Péres Luño, 'a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou

³⁶ BARCELOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 134.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 124-125.

humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo."³⁸

Por tudo isso, é de se concordar com Camila de Araújo Cavalcanti quando expõe que: "Enquanto as normas inexistirem, com a ascensão dos princípios como categorias a serem aplicadas de forma ponderada, a dignidade humana continuará sendo o objeto através do qual será resguardado o direito à diversidade familiar, nas suas mais variadas formas."³⁹

Assim, ausente de dúvidas que o poder público e os particulares devem respeitar e auxiliar na proteção da dignidade - inclusive como liberdade - de todos e de cada um em livremente conduzirem-se nos seus anseios de formação familiar, superando os modelos unicamente pré-definidos, na medida em que não violem a boa-fé e a liberdade no contexto de coexistencialidade.

Um próximo fundamento a ser desenvolvido é exatamente o da liberdade nas relações familiares, vez que o eudemonismo aqui trabalhado não corresponde àquele em que as pessoas agem como desejam, mas dentro de uma liberdade coexistencial.

Para Paulo Lôbo "o princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem o interesse geral."⁴⁰

A Constituição Federal garante a liberdade do planejamento familiar, no art. 226 § 7º, não se restringindo este texto tão somente ao número de filhos, mas, igualmente, à própria composição da família.⁴¹ Para Maria Berenice Dias, "todos tem liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família."⁴² Em seguida, esclarece que é possível recompor novas estruturas de convívio.⁴³

³⁸ SALET. *Op. cit.* Dignidade... p. 131-132.

³⁹ CAVALCANTI, Camilla de Araújo. Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2016. p. 122.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. *Op. cit.* Direito civil: famílias... p. 63

⁴¹ Paulo Lôbo, neste sentido aduz: "A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que 'é livre decisão do casal' (art. 226, § 7º, da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária." *In: Op. cit.* p. 63.

⁴² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 66

⁴³ *Op. cit.* p. 67.

Essa perspectiva de liberdade, para além do conceito civil de autonomia privada, se funda na função da família como liberdade(s) a que referiu anteriormente, a partir da lição de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

"Se uma dada família tomada como relação materializada pode ser dominada pelo autoritarismo, pela violência ou pela desigualdade, é papel da família-expressão jurídica, na efetividade de sua disciplina normativa, produzir prestações concretas que podem ser pensadas em termos de liberdade(s), precisamente como oposição àquilo que, residindo no real, conflita com a dimensão funcional do dever-ser situado em um modelo de direito democrático e centrado nos direitos fundamentais."⁴⁴

Com base nisso, é possível afirmar que a liberdade familiar fundamenta, também, a poliafetividade, por ter, a própria Constituição, facultado a liberdade de organização e vedada a violência e a intervenção pública ou privada, na vida dos grupos familiares.

Nesse mesmo duto de ideias, surge a solidariedade familiar, como determinante da consideração de vida das famílias. Sobre a solidariedade, apreciável a lição de Maria Celina Bodin de Moraes: "Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de 'não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito'".⁴⁵

A clareza dessa lição aclara o que se espera de um contexto solidário, ou seja, o respeito mútuo às decisões das pessoas sobre como desejam vivenciar suas realidades.

No direito das famílias, por certo, a solidariedade se coloca em um contexto interno e um externo. Interno, no apoio e auxílio entre os membros do grupo, tal como no auxílio psicológico e econômico (alimentos, por exemplo). No âmbito externo, densifica-se o princípio da solidariedade no respeito, apoio e não discriminação aos formatos eleitos pelas pessoas para a experiência familiar.

É certo, pois, que no espaço de debate sobre a união poliafetiva, o princípio da solidariedade surge em perspectiva de alteridade, uma vez que se solidariza quando se respeita e se coloca no lugar das escolhas feitas pelas famílias assim constituídas.

Por fim, reitere-se a reflexão proposta por Rafael da Silva Santiago, sobre este princípio orientador das uniões poliafetivas:

"Diante do princípio da solidariedade familiar, o poliamor deve ser reconhecido como um sentimento que se orienta para a realização do indivíduo e para o

⁴⁴ RUZYK. *Op. cit.* Institutos... p. 329.

⁴⁵ MORAES. *Op. cit.* Na medida... p. 241.

desenvolvimento de sua personalidade, contribuindo para a formação de uma sociedade solidária, na medida em que propugna por valores de fraternidade e auxílio mútuo entre os membros de uma família poliamorosa, o que caracteriza mais uma razão para o seu reconhecimento jurídico."⁴⁶

O princípio da igualdade, por certo um dos mais invocados no Direito contemporâneo, tem especial consideração como fundamento da poliafetividade. Isso, pelo simples fato de que todos são iguais e suas escolhas devem retratar a liberdade típica da igualdade.

A igualdade, por óbvio, caminha em sintonia com a solidariedade. A Constituição fixa aludidos conteúdos no art. 3º, situado no Título I, "Dos Princípios Fundamentais", com temas como liberdade, justiça, desenvolvimento, redução de desigualdades e bem-estar social. Em uma análise conjuntural e necessariamente sistemática, pode-se afirmar, como faz Maria Celina Bodin de Moraes, tratar-se de uma conclamação dos "Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada à igualdade substancial"

As famílias, seja qual for a sua origem, devem ser tratadas igualitariamente, visto que, em que pese a Constituição tenha arrolado o casamento, a união estável e a família monoparental como formatos legais de família, impediu a discriminação e determinou a igualdade entre as pessoas.

Perceba-se que o princípio da igualdade, hoje, para além de um mero conceito formal, é igualdade substancial, que se consubstancia no acesso das pessoas a possibilidades semelhantes, de acordo com suas escolhas.

Desse modo, não se mostra coerente qualquer distinção entre as famílias, não havendo razoabilidade em deixar-se de recepcionar a poliafetiva como tal.

Uma vez que a afetividade foi alçada à condição de princípio, no correto entender de Ricardo Lucas Calderón⁴⁷, a família eudemonista se coloca como constitucionalmente autorizada, constituindo-se algo descabido a não consideração da família oriunda do poliafeto.

⁴⁶ SANTIAGO. *Op. cit.* Poliamor... p. 171.

⁴⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

A afetividade, ademais, foi recentemente considerada para fundamentar a multiparentalidade no Supremo Tribunal Federal.⁴⁸

Tudo isso desagua na especial proteção reservada à família pelo caput do art. 226 da Constituição Federal, especialmente porque a família é funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade e ao livre desenvolvimento das personalidades de seus integrantes.

De nada adiante falar-se em família com especial proteção do Estado e negar-se reconhecimento a formações que, expressamente, desejam ver-se constituídas como famílias, tão somente pelo fundamento de quebra de monogamia e de violação da "moral e dos bons costumes". A escritura em debate neste artigo, de união poliafetiva, é verdadeira expressão do clamor por aludido reconhecimento, que, agora, ou no futuro, acontecerá. Tardar nisso, será um não compromisso que atrasará a história.

A proteção especial merecida pela família cuja gênese encontra-se na poliafetividade é retrato natural da complexidade e pluralidade da sociedade contemporânea. A complexidade nada mais é do que a análise das mutações sociais, que frustram as expectativas eventuais de pessoas e sistemas, mas que nada mais significa do que a realidade.⁴⁹ Por pluralidade nas formações familiares, compreenda-se que a família - inclusive constitucional - não é mais oriunda unicamente do casamento, como até finais do século passado, o que dá o tom da consideração contemporânea de outros modos de viver.⁵⁰

⁴⁸ Recurso Extraordinário nº 898.060/SC.

⁴⁹ Sobre a complexidade, por todos, veja Edgar Morin: "Assim, a complexidade coincide com uma parte de incerteza, seja proveniente dos limites de nosso entendimento, seja inscrita nos fenômenos. Mas a complexidade não se reduz à incerteza, é a incerteza no seio dos sistemas ricamente organizados. Ela diz respeito a sistemas semialeatórios cuja ordem é inseparável dos acasos que os concernem. A complexidade está, pois, ligada a certa mistura de ordem e de desordem, mistura íntima, ao contrário da ordem/desordem estatística, onde a ordem (pobre e estática) reina no nível das grandes populações e a desordem (pobre, porque pura indeterminação) reina no nível das unidades elementares." *In*: MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. 4.ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 35.

⁵⁰ Sobre isso, Luiz Edson Fachin: "Construção doutrinária e jurisprudencial, realidade sociológica, a família plural ganha o abrigo constitucional e se projeta na legislação mais recente que se pronuncia. Da família matrimonializada ao reconhecimento jurisprudencial do concubinato o Direito edificou, progressivamente, o estatuto da convivência não matrimonial. O fio condutor desse transcurso está também no redirecionamento jurídico conquistado pela mulher e pela filiação, especialmente escudados no princípio da igualdade. Recepcionou, enfim, novos modelos sociais de conduta. *In*: FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92.

Nessa perspectiva, não se desconheça, o que já conhecia Zygmunt Bauman, que: a "contingência, a incerteza e a imprevisibilidade estão aqui para ficar".⁵¹ E de nada adianta a indignação, pois a vida é maior do que o que se pensa individualmente e o respeito aos contrários é imperioso.

Por fim, a mínima intervenção do Estado nas relações familiares, em sentido de negar-se liberdades, é, igualmente, o que se espera pela dicção constitucional do art. 226, caput e § 7º e 8º. Por todos, cite-se a lição de Rafael da Silva Santiago:

"As relações familiares são qualificadas por um nível tão grande de autonomia dos seus protagonistas que ao Estado cabe assegurar as condições necessárias para o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais. Não há mais espaço para uma intervenção estatal indevida, com o intuito de modular os efeitos da família, algo que seria impossível, já que ela representa um espaço próprio de múltiplas possibilidades."⁵²

Se as relações poliafetivas se verificam entre pessoas livres e iguais, o Estado somente terá sujeição ativa de intervir naquilo que for prejudicial a alguém, objetivamente e fundamentadamente, sob pena de violação do planejamento familiar descrito no art. 226, § 7 da Constituição.

Não se pode pretender regar a felicidade, a afetividade, a completude de uma relação familiar sem que os fundamentos sejam inclusivos e protetivos de algum bem maior. Simples fundamentos históricos, morais e religiosos não se sustentam nesse intuito.

Por tudo isso, afirma-se como absolutamente viável entender que as uniões poliafetivas possam ser reconhecidas em sua autonomia, para além de uma consideração literal de união estável, vez que a Constituição, em sua interpretação principiológica e sistemática, autoriza tal construção. Natural, no entanto, pela falta de regramento legal específico das uniões poliafetivas, que a efetivação dos direitos a ela inerentes devam ocorrer por analogia – e interpretação conforme – da união estável.

Não obstante, mas em respeito àqueles que apreciam a fundamentação das ideias sob uma perspectiva preferencialmente gramatical – para além de todos os exaurientes fundamentos até aqui apresentados para justificar a constitucionalidade e legalidade da união poliafetiva – repise-se que a literalidade do art. 226, § 3º, permite compreender pela constitucionalidade e proteção das uniões poliafetivas sob a rubrica de união estável. Isso porque, quando se lê "é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 13.

⁵² SANTIAGO. *Op. cit.* Poliamor... p. 191.

entidade familiar" os vocábulos *o* e *a* não indicam necessariamente unidade, mas servem de referência a orientar a oração no contexto de masculino e feminino.

Desnecessário dizer, pela já pacificada interpretação no âmbito do STF, que aqui se trata "o homem e a mulher" como "pessoas", evitando-se a desconsideração das uniões homoafetivas.

Ademais, em que pese se conheça que o art. 226, § 7º, doutrinariamente foi sempre interpretado no tocante ao planejamento familiar para filhos, parece coerente afirmar que a liberdade concedida por este dispositivo é fundamento do livre planejamento da própria formação familiar, ou seja, se a família terá gênese em uma união heteroafetiva, homoafetiva ou até mesmo poliafetiva.

O entendimento de Leonardo Barreto Moreira Alves ratifica essa prospecção:

"Registre-se que a autonomia privada no campo familiar pode ser exercida de inúmeras formas, a saber, na liberdade de escolha e de extinção da entidade familiar, liberdade de aquisição e administração do patrimônio familiar, liberdade de planejamento familiar, liberdade de formação dos filhos, dentre outras".⁵³

Ao Estado, exatamente pela dicção do § 7º do art. 226, assim, fica vedado qualquer tratamento coercitivo que desconsidere a opção do aludido planejamento familiar, sob pena de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É correto, portanto, à luz de tudo o que até aqui se anotou, que os membros da família possam livremente desenvolver seus projetos de formação e estruturação familiar, que tem a ver com o livre desenvolvimento de suas personalidades, vez que são livres e iguais.⁵⁴

5. POLIAFETIVIDADE "*VERSUS*" BIGAMIA

Vozes que enguem contrariamente às uniões poliafetivas, dentre outros argumentos já trabalhados neste texto, o fazem invocando a quebra da monogamia, por conta da infidelidade⁵⁵, que entendem como princípio estruturante do direito de família.⁵⁶

⁵³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 153.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 5. ed. Salvador: JusPodivum, 2013. p. 158.

⁵⁵ Anderson Schreiber anota que na união estável o que se exige é a lealdade entre os companheiros e não a fidelidade. Isso, de pronto, já faz perceber da não exigência monogâmica na união poliafetiva. *In*: SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 304

No exemplo do notável professor da USP, José Fernando Simão, a bigamia é um dos motivos impeditivos. Em que pese a máxima consideração e respeito que o presente autor denota ao nobre professor paulistano, ousa-se divergir, mormente porque o tipo penal da bigamia não alcança a união poliafetiva.

Isso, porque o tipo penal do art. 235 do Código Penal declina "Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos.". Reconhecer a bigamia neste contexto é creditar à união a qualidade de casamento, o que certamente não se tem como concordar.

A monogamia, igualmente, pode até ter no casamento o seu lugar fértil, muito para fora da situação de uniões firmadas por meio de escrituras pública que pretendem conceder a publicidade e colher o conhecimento social do compartilhamento de vidas.

Note-se, ainda, que desde há muito que o Direito - legislado e colhido na jurisprudência - já não visa mais a tutelar, como outrora, o casamento como forma única de constituir família, tanto que faculta às pessoas a união estável e a união homoafetiva, de forma explícita.

Veja-se que o tipo penal pretende tutelar a sociedade em face da mentira, da traição e da quebra de confiança, o que jamais se pode atribuir à união poliafetiva, especialmente àquela definida e circunscrita em escritura pública, como a aqui desvelada.

A escritura lavrada demonstra exatamente a boa-fé das partes, com a intenção de constituir uma família de todos conhecida, com ciência manifesta dos envolvidos, não havendo o que se dizer de propósito escuso.

Como se justificar que a união poliafetiva é bigamia se os três declarantes esclarecem que conhecem e querem a realidade de vidas em conjunto, inclusive clamando da sociedade e do Estado o reconhecimento? Não há resposta plausível, especialmente porque a bigamia reflete, para o Direito, ato de enganar, prejudicar e trair.

Nesse mesmo enredo, a monogamia, a partir da nova dogmática constitucional, deixa de ter alcance de princípio estruturante do direito de família, como bem lembra Maria Berenice Dias:

"Uma ressalva merece ser feita com relação à monogamia. 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.

⁵⁶ Como se viu no capítulo 3 deste artigo.

Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adúlteras ou incestuosas.⁵⁷

Na mais completa obra brasileira sobre Monogamia, fruto da tese de doutorado de Marcos Alves da Silva na UERJ, colhe-se a seguinte conclusão:

"Ainda que se possa opor teses em defesa da monogamia, considerado o sistema constitucional vigente, não há dúvida de que a força argumentativa dos que a advogam a subsistência do princípio perdeu pujança. Sob os princípios constitucionais da dignidade humana, da solidariedade, da igualdade, da liberdade e da democracia, uma nova concepção jurídica da família está em construção. O secular modelo sofreu tão notórias alterações que propalar simplesmente como vigente o princípio da monogamia, que consolidou e manteve tal modelo evidencia-se postura anacrônica. Mas se trata de mero anacronismo. O núcleo fundamental da reflexão levada a efeito teve como objetivo maior demonstrar que a afirmação da monogamia como princípio implica, especialmente, a exclusão de direitos fundamentais de determinadas mulheres, e também, a intromissão indevida e indesejável do Estado na esfera de liberdade e da intimidade."⁵⁸

Parece mais coerente com o atual sistema compreender a monogamia como regra de valor, e não como princípio, uma vez que as partes envolvidas não podem ser obrigadas a viver um relacionamento monogâmico, especialmente quando se tratar de uniões diversas do casamento.⁵⁹ Trata-se, assim, de regra que impede dois casamentos, mas não duas uniões diversas deste.

Veja-se que a suposta quebra da monogamia poderia ser defendida como de ocorrência em ao menos duas hipóteses de famílias diferenciadas, ou seja, pode ser pela união de mais que um casal em uma única célula familiar (família poliafetiva) ou a pluralidade de famílias envolvendo uma mesma pessoa (famílias paralelas). Possível afirmar, no entanto, que no caso ora tratado de escritura de união poliafetiva, não há que se falar em bigamia, ou em quebra de monogamia, posto que não há vários casamentos envolvendo a mesma pessoa.

Mesmo nas famílias paralelas não há como se punir criminalmente se não houver mais que um casamento.

Por tudo isso, a monogamia não pode ser exigência do Estado nas uniões não matrimonializadas, por absoluta falta de amparo normativo (liberdade negativa), bem como

⁵⁷ DIAS. *Op. cit.* Manual... p. 63.

⁵⁸ SILVA, Marcos Alves da. Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 338-339.

⁵⁹ Neste sentido: SANTIAGO. *Op. cit.* Poliamor... p. 109-123.

pela necessidade de se reconhecer a função da família como liberdade coexistencial (liberdade positiva) no atual sistema constitucional, como se viu.

Não se tem como afirmar que seja vedada uma união poliafetiva escriturada sob o fundamento da quebra de monogamia, ou de bigamia, pelo simples motivo de que não há formação dúplici de casamento, bem como que não há engano, traição ou prejuízo à esfera de vida da família assim constituída que se possa aferir como infidelidade ou falha de lealdade.

Há quem afirme que a jurisprudência do STF e do STJ siga no sentido contrário às uniões poliafetivas como a da escritura aqui em foco. Parece aí haver um breve equívoco.

O que se tem decidido nos últimos anos no STJ são temas ligados a famílias simultâneas (paralelas), com o tribunal entendendo pela impossibilidade, inclusive em alguns casos por quebra da monogamia. Exemplo disso é o resultado do Agravo Interno no REsp 455777/DF, julgado em 18/08/2016, sob relatoria do Ministro Raul Araújo, em que ficou anotado: "4. Esta Corte Superior entende ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Precedentes."⁶⁰

Não obstante, o presente autor entende que não se confundem os temas da união poliafetiva escriturada e da união simultânea ou paralela. Na primeira, todos os envolvidos estão em sintonia e concordes com os termos da união, mesmo havendo mais que duas pessoas que formam uma só família. Na segunda, as uniões não são necessariamente conhecidas entre todos os envolvidos, por conta de constituírem duas ou mais famílias, que se mantêm com o envolvimento de um deles em todas.

No REsp nº 1.157.273/RN, o voto da Relatora Ministra Nancy Andri ghi, aponta para o que seja união simultânea: "As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses."

Parece clara a distinção com o conteúdo da união poliafetiva escriturada, que envolve tão somente um arranjo familiar, mas com mais de duas pessoas que estão conscientes da situação e a desejam, sendo fieis e leais entre si.

⁶⁰ Vide, ainda, REsp 609856/SP (2015), REsp 912926/RS (2011), REsp 789293/RJ e REsp 1157273/RN.

Em outras palavras, na denominada poliafetividade em que são três ou mais companheiros em uma única união, não faz sentido entender que os mesmos efeitos das uniões simultâneas existam, mormente quando há escritura pública, com a anuência expressa dos envolvidos.

O STJ quando decide por não reconhecer uniões simultâneas o faz em relação as que formam núcleos familiares diversos e distintos, diferentemente da união poliafetiva escriturada entre três pessoas, por exemplo.

O sítio eletrônico do aludido tribunal não apresenta resultado para pesquisas envolvendo os verbetes "união poliafetiva", "uniões poliafetivas", "poliafetivismo" e "poliamor", o que denota entender que não há decisão ainda daquela corte sobre situações envolvendo escrituras de união poliafetiva.⁶¹

Equiparar união poliafetiva entre três ou mais pessoas a união simultânea, portanto, é equivocado e tendencioso. Da mesma maneira que não se afigura coerente, ante ao direito das famílias constitucionalizado e fundado nos direitos fundamentais, falar-se em bigamia para mencionado formato de ligação coexistencial.

A escritura que ora se está a comentar gera, sim, efeitos jurídicos que devem ser reconhecidos e respeitados pelo Estado e por toda a sociedade.

6. EFEITOS JURÍDICOS DA POLIAFETIVIDADE

A escritura pública declaratória de união poliafetiva levada a efeito no 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro é o objeto deste texto, especialmente por entender-se que devem os efeitos das intenções ali consignadas serem amplos e obrigarem às partes e a todos, em virtude da efetiva constituição de uma família.

Sequer seria necessário abrir este tópico para esclarecer efeitos específicos da dita escritura de união poliafetiva, pois como edificadora de parâmetros para a convivência familiar, ali estão enunciados seus intuitos e alcance.

Não obstante, parece de relevo, ainda que de forma breve, fixar-se um modelo de reconhecimento de direitos das pessoas que vivem em regime de união poliafetiva.

⁶¹ No STF não se conseguiu localizar julgados envolvendo o tema e nem mesmo sobre uniões paralelas ou simultâneas. Não obstante, na obra de Maria Berenice Dias há menção a um julgado sobre família paralela: "STF, ReEx 397.762-8-BA, Rel. Min, Marco Aurélio, j. 03/08/2008, p. 12/09/2008" (*In*: DIAS. Manual... p. 53), mas que este autor não localizou no sítio eletrônico.

Partindo-se do pressuposto de que a escritura fixa a formação familiar como uma união estável poliafetiva, pois se fundamenta nos arts. 226, § 3º, da CF e 1723 do Código Civil, bem como nos precedentes do STF sob a ADI nº 4.277 e a ADPC nº 132 (união estável homoafetiva), todos os efeitos legalmente verificados para as uniões estáveis devem se verificar para a união poliafetiva.

Ademais, ainda que se possa entender - como visto ao longo do texto - que a união poliafetiva tem seus traços e caracteres próprios, não se tem como fugir de que, nos moldes da união homoafetiva, a poliafetividade precisa de um regramento estrutural que, pela natureza do direito, acaba por se aproximar mais da união estável.

Nesse sentido, a interpretação conforme que se deve realizar para fazer alcançar todos os direitos aos poliafetivos acontece em relação aos princípios que foram expostos ao longo deste trabalho, valendo-se também do art. 226, § 3º, da CF. Necessário que se atribua à escritura lavrada os mesmos efeitos da união estável, inclusive sobre as questões de ordem sucessória, especialmente no que diz respeito ao art. 1790 e sua inconstitucionalidade em vias de ser declarada pelo STF no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG.⁶²

Veja-se, inclusive, que a união poliafetiva em nada se distancia da união estável, tendo em vista que todos os requisitos legais desta estão atendidos na escritura lavrada no 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, com a única diferença da "quantidade" de partes envolvidas. Como já se analisou, isso não é motivo para restringir ou limitar direitos, diante da constitucionalização das novas formações familiares.

Sobre o reconhecimento desses direitos, veja-se o pensamento de Rafael da Silva Santiago:

"Desse modo, definir os efeitos práticos de uma relação familiar de poliamor significa evitar injustiças e a fragilização dos membros dessa família. Todos os efeitos dos Direitos das Famílias, da Sucessões, Previdenciário, etc. são aplicáveis às uniões poliamorosas, sob pena de se excluir direitos fundamentais de forma indevida e injustificável, atentando contra o Estado Democrático de Direito e contra a dignidade de seus integrantes.

Se uma relação de poliamor faz nascer uma união estável, absolutamente todos os efeitos pessoais e patrimoniais desse modelo de família lhe são aplicados."⁶³

⁶² No último dia 31 de agosto o STF iniciou julgamento sobre a constitucionalidade do tratamento diferenciado do companheiro em relação ao cônjuge na sucessão, por conta dos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil. O relator é o Ministro Luís Roberto Barroso e o tema está em repercussão geral desde abril de 2015.

⁶³ SANTIAGO. *Op. cit.* Poliamor... p. 218.

Importante situação a que se deve atentar – mas que é óbvia – é o tratamento específico em caso de desfazimento da união ou de sucessão, quer por todos ou por algum dos companheiros, identificando exatamente os elementos existenciais e patrimoniais que o(s) ligam aos demais.

No exemplo de uma união entre três pessoas, mister analisar o caso concreto de forma exauriente, para que se entenda qual patrimônio deve alcançar divisão, no rompimento ou para fins sucessórios, de modo a especializar se bens particulares ou comuns de cada um dos envolvidos.

Na escritura discutida no presente artigo ficou clara a organização patrimonial, esclarecendo-se pelo regime da separação de bens e informando bem imóvel particular do rapaz (cláusula quinta).

Em suma, o caso concreto vai reger a análise jurídica da divisão patrimonial ou da sucessão eventualmente verificáveis.

A alteração de pensamentos que se está a discutir, portanto, reside na coragem de se promover ruptura com a absoluta forma de subsunção legal, envidando-se esforços de decisão pela hermenêutica constitucional, que parte da funcionalização dos institutos fundamentais do direito das famílias, para promover a justiça e atender às reais dificuldades da pessoa de "carne e osso".

No momento atual, cabe ao intérprete conscientizar-se da necessidade de reconhecer na primazia da pessoa e na realidade concreta, os efeitos verdadeiros e as consequências das abstratas e excludentes descrições (que pretendem ser) exaurientemente postas na norma positivada.

Esse papel interpretativo é da academia e da doutrina, mas, sobretudo, da advocacia e do Judiciário. Da advocacia, porque é indispensável à administração da justiça (art. 133 da Constituição Federal) e do Judiciário, pelo fato de que: "A função do Poder Judiciário é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado."

O que se deseja afirmar é que a lida diária, a práxis do processo e seus resultados, com a realização de concretizações à vida de cada qual dos litigantes, desde a comarca mais distante no interior de algum estado brasileiro até o Supremo Tribunal Federal, tem a participação óbvia e indeclinável de advogados e juízes.

Esses intérpretes têm por obrigação constitucional compreender e exercitar em seus afazeres diários a hermenêutica que promova a realização da pessoa em sua dignidade, para além da generalização, da abstração e do individualismo de que estão dotados os Códigos, Leis e demais dados normativos do direito posto.

É imprescindível desafiar fundamentos a partir da Constituição Federal que, hierarquicamente colocada em destacado patamar no Direito, é completa por constituir-se de princípios e regras, abertos e restritos, individuais e coletivos, públicos e privados.

Trata-se de reconhecer a ultrapassagem do ordenamento positivo codificado pela constitucionalização dos ramos do Direito, ou seja, é fazer da Constituição Federal o que Paolo Grossi tratou por "Constituição Material", para além do atual modo de enxergar a Carta Magna, ou seja, como "Constituição Formal".⁶⁴

A complexidade da vida, a pluralidade das formas de visão sobre o mundo e a diversidade recomendam a fuga da linearidade de decisões, a partir de contextos predeterminados e abstratos. É essa liberdade plural que se quer colocar como função do direito civil, na esfera das famílias, para cumprir-se a axiologia constitucional.

A atuação do julgador, do intérprete, nesse contexto, não deve residir tão somente no conteúdo específico da lei e da sua interpretação a partir dos paradigmas consagrados na clássica visão da civilística.

Necessária, portanto, a conscientização sobre a valorização do caso concreto, a partir da ideia de funcionalização, compreendendo-se as realidades de cada pessoa, visto que estas não mais se enquadram silogisticamente no standard legal, como outrora. Trata-se de considerar os fatos como dado interpretativo relevante, já que não se divorciam da realidade e do Direito. A hermenêutica a orientar o intérprete, na perspectiva funcional, deve ser encarada como compreensão e ação constitutiva da pessoa.

A tarefa do julgador (do intérprete) não é fácil, mas é a realidade que prevalecerá no trânsito em curso do direito novecentista para o contemporâneo. Nesse contexto, a clara orientação de Gustavo Tepedino:

Ao magistrado, sob esse ponto de vista, caberá, em atividade simultânea, qualificar o fato, interpretar a norma e aplicar o direito. Não se vale de premissas abstratas imaginadas pelo legislador, em operação silogística, neutra e mecânica, apartada da realidade da vida, identificando, ao contrário, a norma do caso

⁶⁴ GROSSI, Paolo. O direito entre o poder e o ordenamento. apres. e trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 124-125.

concreto a partir da pujante realidade sobre a qual incide e da qual, ao mesmo tempo, extrai as peculiaridades indispensáveis a própria interpretação.⁶⁵

A força normativa dos fatos, indicativa da realidade da pessoa em sua dimensão concreta, é que deverá nortear a decisão jurídica (e judicial), para além da letra da lei e, em especial, do individualismo que rege o Código Civil no âmbito da caracterização e da formatação das famílias.

A fundamentação há que ser condizente, pois deve exteriorizar de modo transparente as razões da superação ou colmatação da regra legal. A disposição constitucional, de natureza principiológica ou não, deve estar em absoluta vinculação com a realidade concreta. Isso porque serão as justificativas de eventuais exceções, porque a complexidade da sociedade exige a fuga da abstração da lei, com a aplicação desta ao caso específico, respeitando suas excepcionalidades.

Não se trata de casuísmo, uma vez que a situação poderá (e deverá) ser replicada em futuros casos idênticos, na perspectiva de precedente, atendendo a requisito exposto por Thomas Bustamante, sob a rubrica de princípio da Universalizabilidade.⁶⁶

Essa, portanto, a proposta de uma hermenêutica fundada na dignidade da pessoa, para muito além do legalismo ou do patrimonismo, no que pertine ao acesso que as pessoas devem ter à livre formação familiar.

Descabido, por tudo o que se explanou, considerar que uma união poliafetiva possa existir tão somente para fins de fraude na obtenção de benefícios em diversas ordens.

Trata-se de argumento falacioso, posto que até casamentos podem ocorrer com intuitos fraudulentos. Ademais, se fraude há, existem mecanismos próprios para repudiar o comportamento descabido juridicamente. O que não se pode é recusar uma formação familiar aprioristicamente.

Nessa perspectiva, quaisquer relações jurídicas que se realizarem em detrimento do erário, de pessoas específicas ou da sociedade, as medidas práticas a serem adotadas são as de praxe, tais como as ações anulatórias, ressarcitória, indenizatórias, entre outras.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de código civil e a abertura do olhar do civilista. *In*: V Jornada de Direito Civil. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.39.

⁶⁶ Conforme se pode ver em: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. *Direito, Estado e Sociedade*, n.37, p.175, jul./dez. 2010.

Não é uma escritura de união poliafetiva que vai gerar insegurança para as partes, Estado e sociedade, uma vez que na sua efetivação, bem como em caso de discussão judicial, deve-se levar em conta todos os aspectos objetivos e subjetivos ligados à concretude dos casos, como já acontece em qualquer casamento ou união estável.

Esses elementos que denotam o novo Direito, resultam da superação do individualismo da modernidade e da consciência de que ninguém vive sozinho, devendo haver colaboração recíproca nas relações interpessoais que se projetam no trânsito jurídico, nas titularidades e no projeto parental. Em outras palavras, é o pensar no outro, é superar a crise ética do individualismo - ainda crescente - por meio do qual cada pessoa deseja seus próprios êxitos ainda que à custa do prejuízo - patrimonial ou existencial - alheio.

Paulo Lôbo, nesse sentido, afirma que "a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras."⁶⁷

Descabido, a pretexto de proteção da família, retroceder-se a um sistema semelhante ao do Código Civil de 1916 - que pretendia defender a família por meio unicamente do casamento - em desrespeito à pluralidade e à liberdade familiar determinados pela norma constitucional.

As escrituras de uniões poliafetivas, assim, gozam de proteção constitucional e devem merecer todos os efeitos típicos da união estável, revelando-se descabida a discriminação desta escolha dos conviventes, pelo único motivo da múltipla existência de pessoas na relação coexistencial.

7. CONSTRUINDO PONTES PARA POSSÍVEIS CONCLUSÕES: A POLIAFETIVIDADE COMO IDENTIDADE FAMILIAR

As uniões poliafetivas são uma realidade e a escritura pública declaratória celebrada no 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro é uma expressão documentada dessa verdade coexistencial.

Em que pese ainda não seja pacífica a aceitação do referido encontro de vontades como garantidor de efeitos jurídicos, imperioso que se defenda sua existência, validade e

⁶⁷ LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81.

eficácia, a partir de fundamentos colhidos na constitucionalização do direito das famílias, mormente na perspectiva dos direitos fundamentais.

A funcionalização dos institutos fundamentais do direito civil em uma sintonia de função como liberdade(s), para além tão somente de uma visão estruturalista, igualmente concebe fundamentos de justificação para o reconhecimento de famílias diversas daquelas oriundas do matrimônio.

A união poliafetiva é autônoma em relação à união estável, mas precisa dos aportes legais desta para se materializar, ante ao vácuo legislativo específico.

Os fundamentos que permitem validar no sistema jurídico as uniões poliafetivas como famílias estão em uma sistemática e conglobante hermenêutica constitucional, que a partir do art. 226 e seus parágrafos, bem como de toda a descrição dos direitos fundamentais, aferem sua relevância com base na dignidade da pessoa humana, na liberdade familiar, na solidariedade familiar, na igualdade, na afetividade, na especial proteção reservada à família, no pluralismo das entidades familiares e na mínima intervenção do Estado na família.

A partir desses referenciais é que se propicia ordenar uma família verdadeiramente eudemonista e plural, com argumentos organizados metodologicamente e aptos a justificar a união poliafetiva, inclusive sob a influência de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal que reconhecem relevância jurídica a diversos temas de família até pouco tempo ignorados.

Essa construção de fundamentos, portanto, exige uma coerência hermenêutica que parta da consideração desses princípios constitucionais, passe por elementos próprios da nova consideração do direito das famílias – em um contexto de liberdades, eudemonismo e pluralidade – e desemboque na regência que devem incidir sobre dispositivos do Código Civil e do Código Penal, dente outros, especialmente para desconstituir o argumento da bigamia.

Em um contexto de liberdades, como quer a nova formatação, repita-se, do direito das famílias, não há fundamentos suficientes para negar às pessoas a possibilidade de realizar seus projetos de coexistencialidade livremente.

Por tudo isso, a escritura de união poliafetiva a que este trabalho teve intuito de explorar, deve ser reconhecida como documento hábil à demonstração de uma entidade

familiar a ser protegida pelo Estado e respeitada por todos, gerando todos os efeitos possíveis atribuíveis a uma união estável.

Essa consideração tem por finalidade proteger a dignidade das pessoas envolvidas, que propicia o livre desenvolvimento de suas personalidades, acima de modelos apriorísticos de constituição familiar, e que torna o Direito, em especial o das famílias, mais humano, solidário e garantidor da verdadeira liberdade e felicidade.

A união poliafetiva gera uma identidade específica para a família assim constituída e deve ser reconhecida em sua essência e diversidade.

A realidade de vida das pessoas nem sempre caberá em modelos rígidos descritos unicamente na lei. É preciso coragem para reconhecer isso. Se faltar coragem, o futuro se incumbirá desse reconhecimento.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 153.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 134.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 13.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e conflitos normativos**: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. Direito, Estado e Sociedade, n.37, p.175, jul./dez. 2010.

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

CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas**: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2016. p. 122.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 66

EMENS, Elizabeth F. **Monogamy's law**: Compulsory monogamy and polyamorous existence. University of Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 58, fev. 2003. p. 37.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 145.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito das famílias. 5. ed. Salvador: JusPodivum, 2013. p. 158.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. apres. e trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 124-125.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81.

MICHEL, André. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In : **Archives de Philosophie du Droit**. Reforme du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975. t. 20.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4. p. 180

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 124-125.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4.ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 35.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2002. p. 13.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 193-194.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 143-154.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 335.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias**: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 157

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 95-96

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 304

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 338-339.

TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de código civil e a abertura do olhar do civilista. In: V **Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.39.

TEPEDINO, Gustavo. **Dilemas do afeto**. Jota. Publicado em 31 de dezembro de 2015. <http://jota.uol.com.br/dilemas-do-afeto> Acesso em: 03/10/16.

SITES CONSULTADOS:

<http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poligamia-casamento-homoafetivo-escritura-publica-e-dano-social-uma-reflexao-necessaria--parte-3/10376> Acesso em 03/10/2016.

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poligamia-casamento-homoafetivo-escritura-publica-e-dano-social-uma-reflexao-necessaria--parte-3/10376> Acesso em 03/10/2016.

<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas> Acesso em 03/10.2016.

<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas> Acesso em 03/10/16.

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI238667,41046-CNJ+recomenda+suspensao+de+registros+de+unioes+poliafetivas> Acesso em 03/10/2016.