

DESAFIOS PARA O RECONHECIMENTO DO MODELO FAMILIAR POLIAFETIVO NO BRASIL

RESUMO: Pelo método dedutivo, bibliográfico e discursivo a presente pesquisa denuncia acerca da conjuntura vivida pelas famílias poliafetivas em paralelo ao ordenamento jurídico brasileiro, que ignora este modelo familiar fazendo com que o mesmo não produza efeitos jurídicos e acabe por ter seus direitos censurados e desatendidos pelas normas brasileiras. Partindo desta gênese, sabe-se que a Ciência do Direito necessita se adequar ao constante desenvolvimento da sociedade, por isso institutos importantes como a família, o casamento e a união estável também sofreram mutações ao longo dos séculos. Neste diapasão, destacam-se a ADI 4277 e a ADPF 132, que resultaram no reconhecimento da união homoafetiva, assim como também merece destaque o REs 878.694 e 646.721 julgados pelo STF, que equiparou a união estável ao casamento. Embora seja notável o desenvolvimento do ordenamento jurídico nas últimas décadas, ainda há muito o que se discutir para que de fato o proposto no artigo 226 da Constituição Federal seja efetivado, haja vista o perceptível tratamento desigual entre os diversos tipos de família no Brasil, dentre estas as famílias poliafetivas. Isso ocorre em razão do paradigma forjado pela ética conservadora social, que faz com que estas famílias não sejam asseguradas pelo ordenamento jurídico brasileiro e nem pelo Controle de Constitucionalidade Repressivo, o que claramente é inconstitucional e fere princípios fundamentais e também os direitos humanos internacionais. Tal situação se comprova ao verificar-se a decisão do Conselho Nacional de Justiça sobre o pedido de providência número 0001459-08.2016.2.00.0000 que proibiu os cartórios de realizarem escrituras públicas que reconhecem as uniões poliafetivas. É gritante o fato de que a decisão dada pelo órgão estatal demonstra que o Estado brasileiro se convalida com o retrocesso pela busca do Princípio da Liberdade Familiar, também presente no artigo 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Destarte, é crucial que seja realizado o mais brevemente possível o Controle de Convencionalidade e o efetivo Controle de Constitucionalidade Repressivo pelo Estado brasileiro visando cessar a agressão.

Palavras-chave: Família, Poliafetividade, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

A complexidade das relações humanas sempre foi e sempre será alvo de estudo de diversas ciências. O Direito surge com a finalidade de ordenar estas relações, buscando sempre um equilíbrio entre a autonomia da vontade e o poder estatal. Deste cerne, o Direito passa a tutelar diversos institutos sociais que estruturam a sociedade como um todo, dentre esses institutos temos a família, o casamento e a união estável, que assim como a sociedade, passaram por diversas mutações no decorrer dos séculos.

Com isso, o corpo do texto tratou sobre uma questão ainda polêmica no ordenamento jurídico brasileiro, que são as famílias poliafetivas. O tema se faz polêmico porque representa um embate entre o costume e a ética social brasileira em relação a autonomia da vontade, a felicidade, o princípio da liberdade familiar e a dignidade da pessoa humana.

Embora o tema seja delicado, isso não significa que deva ser ignorado, uma vez que não tratar sobre a realidade destas famílias é ser condizente com o abandono estatal em relação a tutela deste modelo familiar e isso é uma posição inadequada já que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 determina que a família tem proteção especial do Estado.

Destarte, buscou-se durante toda a pesquisa demonstrar a importância e a necessidade do reconhecimento das famílias poliafetivas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de buscar a democratização dos direitos a todas as famílias brasileiras, sem distinção.

2 DO DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA DO DIREITO E SUA ADEQUAÇÃO AOS INSTITUTOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

A melhor forma de tratar sobre a contemporaneidade é partir do pressuposto da existência de um passado que se desenvolveu ao longo do tempo, impactando a sociedade de forma direta, alterando seus pilares e modificando sua estrutura como um todo pouco a pouco, mantendo vestígios do que já existiu, mas construindo algo totalmente inovador aos olhos do homem médio.

Indubitavelmente, o conceito de família, casamento e união estável, também se modificaram no decorrer da história. Os três institutos sociais são grandes pilares da sociedade tanto no ocidente, quanto no oriente e são pontos centrais de estudo para diversas ciências sociais, dentre elas a Ciência do Direito, que é "*Ciência humana, histórica e social*" (BITTAR, 2022).

Partindo desta análise macroscópica, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, tem buscado cada dia mais progredir no desenvolvimento de normas e decisões judiciais que buscam a efetivação da justiça. Sistemáticamente, podemos observar este desenvolvimento no âmbito do Direito de Família por meio do reconhecimento da união homoafetiva com o julgamento da ADI

4277 e da ADPF 132 e a equiparação da união estável com o casamento, para fins sucessórios por meio REs 878.694 e 646.721, julgados pelo STF.

Entretanto, embora sejam evidentes os avanços nas últimas décadas, ainda há muitas questões a serem enfrentadas no ramo do Direito de Família, sendo uma destas questões o reconhecimento das famílias poliafetivas, que devido a teses morais e normativas, acabam por serem tratadas de forma desigual em relação às demais famílias existentes na sociedade brasileira e tal situação é inaceitável, porque viola a justiça social, direitos fundamentais e também direitos humanos internacionais.

Destarte, com o objetivo de sistematizar a análise perante o problema no que tange ao reconhecimento das famílias poliafetivas, será tratado primordialmente sobre os institutos do casamento e da união estável sobre a ótica dos principais doutrinadores brasileiros que tratam sobre os institutos, com a finalidade de compreender a gênese da questão supracitada e obter possíveis respostas.

3 DO INSTITUTOS

Para a doutrinadora Maria Berenice Dias, o casamento é a “comunhão de vida gerada pelo estado de casados” (DIAS, p. 259, 2016), já que embora as pessoas sejam livres para casar, se sujeitam independentemente de suas vontades aos efeitos do casamento.

Assim, quase se poderia dizer que o casamento é um contrato de adesão, pois efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para a vontade dos noivos, que se limitam a dizer "sim" diante da autoridade civil, o que tem o alcance de concordância com os deveres do casamento. (DIAS, p. 261, 2016)

Em concordância com o art. 1556 do Código Civil, são deveres do casamento: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. É de bom tom declarar, que este rol não é taxativo, mas exemplificativo, podendo os deveres do casamento se estenderem a outros quesitos.

No que tange a união estável, o art. 1723 do Código Civil traz em seu corpo as principais características do instituto, limitando-se a uma interpretação objetiva de seus quesitos. Nestes termos fundamenta Maria Berenice:

A lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família. (DIAS, p. 416, 2016)

Apresentados os dois institutos (casamento e união estável) e realizando uma análise sistemática de ambos verifica-se que aos companheiros são estabelecidos deveres de lealdade, respeito e assistência (CC 1.724), enquanto no casamento os deveres são de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência (CC 1.566). Em comum há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos. (DIAS, p. 422, 2016).

4 DO CONCEITO DE FIDELIDADE

Se para que haja união estável requisita-se a lealdade e não a fidelidade, nada impede o reconhecimento de vínculos de afetividade simultâneos, o que possibilita o reconhecimento jurídico da existência de famílias poliafetivas (DIAS, p. 423, 2016, grifos nossos). Maria Berenice busca definir a poliafetividade da seguinte maneira:

{...} a união poliafetiva é quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito. (DIAS, p. 240/241, 2016).

Destaca-se que na realidade, nas famílias poliafetivas existe também uma relação de fidelidade, pois fidelidade é uma característica daquele que é leal,

confiável, honesto e verdadeiro. E neste tipo de família, todos os sujeitos envolvidos na relação possuem conhecimento do status da família a qual fazem parte.

Assim, podemos concluir que, posto a fidelidade seja consagrada como um valor juridicamente tutelado, não se trata de um aspecto comportamental absoluto e inalterável pela vontade das partes. Ou seja, é possível falar em fidelidade sem exclusividade com uma única pessoa, a exemplo do que ocorre no denominado “poliamorismo”. Conclui-se, portanto, que o conceito tradicional de dever de fidelidade tem sido flexibilizado quando há mútuo conhecimento e aceitação (GAGLIANO, p. 167, 2022).

Portanto, o significado de fidelidade trazido pelo Código Civil não deve ser interpretado de forma tão limitada, o que evidencia que os integrantes de uniões poliafetivas possuem o direito de constituir entre si união estável ou casamento.

Com efeito, a norma do § 3º do art. 226 da CF/1988 não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração, como de resto estabeleceu o art. 1.726 do Código Civil. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser constituída ou mantida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra. (LÔBO. p. 100. 2022)

O conceito de fidelidade não pode ser utilizado como forma de fortalecer valores incondizentes com a concretude fática social. Além disso, interpretar o conceito desta forma, também seria uma afronta ao princípio da liberdade familiar, que é tutelado pelo artigo 226 da Constituição e pelo artigo 17 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil.

5 DA RESISTENCIA JURISPRUDENCIAL

Perante todos os esclarecimentos é possível analisar o fato ocorrido no 15º ofício de notas do Rio de Janeiro, onde foi lavrada uma escritura para pactuar a união homoafetiva entre três mulheres, destacam em rodapé TEPEDINO e TEIXEIRA:

Da escritura, celebrada em 6 de outubro de 2015 e gentilmente cedida pela Tabeliã Dra. Fernanda de Freitas Leitão, vale destacar três cláusulas, que certamente suscitarão polêmica quanto à sua validade e eficácia: “Cláusula Segunda – Durante o tempo de vigência da convivência, as declarantes deverão observar o dever de lealdade, de respeito e de dignidade uma para com a outra, bem como a observância de todos os afazeres e os cuidados exigidos para uma sólida e harmônica vida familiar em comum. Cláusula Quarta – As conviventes rogam aos órgãos competentes, que cada uma delas 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 uma das outras. Cláusula Quinta – As declarantes, ora conviventes, estabelecem para esta união, um regime patrimonial análogo ao regime da comunhão parcial de bens, previsto nos arts. 1.640 e seguintes, do Código Civil Brasileiro” (original não grifado). (TEPEDINO.TEIXEIRA. p.44. 2022).

Antes mesmo deste caso, aconteceu a mesma situação em 2012 no Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos da comarca de Tupã (SP), localizada no interior de São Paulo. Ocorrendo posteriormente São Vicente (SP) no 3º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos.

Em contraponto, vem a decisão do pedido de providência 0001459-08.2016.2.00.0000, dada em junho de 2018 pelo CNJ, que proibiu os cartórios de realizarem escrituras públicas de uniões poliafetivas.

Salienta-se na ementa da decisão em seu item 7 a seguinte citação: *“Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema”*. Partindo dos pontos destacados da decisão, questiona-se a partir de qual momento o Conselho Nacional de Justiça se tornou um Tribunal de Exceção, haja vista a notoriedade de que, aparentemente, antes mesmo de haver julgamento já existia o presente resultado.

Visivelmente, a decisão dada pelo órgão nacional se fundamenta em preconceitos infundados e não nos direitos fundamentais da magna carta ou nos

direitos tutelados pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a decisão, fere o Princípio de Liberdade Familiar.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO. p. 73. 2022)

Essa onda de conservadorismo apenas fomenta a injustiça, haja vista que de nada adianta ignorar a realidade das famílias poliafetivas, que sempre existiram, existem e sempre irão existir.

6 CONCLUSÃO

Aqueles que compartilham do pensamento retrógrado de que é impossível o reconhecimento dessas famílias no âmbito jurídico, ainda resistem em vivenciar as normas existentes no código civil de 1973 que salientavam o mero caráter patrimonial nas relações jurídicas e não compreenderam que a Constituição de 1988 é, de fato, uma constituição cidadã. A família, antes de ser fundada em um contrato baseado na vontade das partes é fundada no afeto. Com isso, é fato que pouco irá importar a existência de uma norma que não se estenda a este tipo de família, porque ela evidentemente será ineficaz.

Além do mais, pelo princípio da liberdade familiar nem a sociedade e muito menos o Estado poderão interferir na existência das famílias poliafetivas e por isso, cabe ao Estado reconhecê-las por meio do controle de convencionalidade e por meio do controle de constitucionalidade repressiva.

REFERÊNCIAS

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **CNJ proíbe cartórios de fazerem escrituras públicas de uniões poliafetivas.** Instituto Brasileiro de Família.

26/06/2018. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+de+faze>

[rem+escrituras+p%C3%BAblicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>](#). Acesso em: 02 de maio de 2023.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. Edição 3. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

BRASIL, Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2023.

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 de maio de 2023

BREWER-CARÍAS, Alan R. **Constitución, Democracia y Control del Poder**. Caracas: Editora Jurídica Venezolana, 2004.

DELLORE, Luiz. **Estudos Sobre a Coisa Julgada e o Controle de Constitucionalidade**. Riio de janeiro: Editora Forense, 2013

DIAS, Ana Beatriz. **Controle de convencionalidade: Da compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos**. Cadernos estratégicos: Análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 39-50. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/73974>> . Acesso em: 08 de maio de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Livro Eletrônico. Edição 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento**. Consultor Jurídico. 14 de Junho de 2017. Opinião. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em: 22 de Abril de 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO. Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. Edição 9. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Volume 5: Famílias**. Edição 12. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MADALENO. Rolf. **Direito de Família**. Edição 12. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. Edição 5. Rio de janeiro: Editora Forense, 2018.

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO.

1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abrangendo suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las.

2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.

3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes.

4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.

5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”.

6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”.

7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.

8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.

9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem conseqüências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

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

11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”.

12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos.

13. Pedido de providências julgado procedente. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Corregedoria. Ministro Relator: João Otávio de Noronha. 48ª Sessão Extraordinária. Data do Julgamento: 26/06/2018. Disponível

em:<<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudencialdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em: 01 de maio de 2023.

TEPEDINO. Gustavo. TEIXEIRA. Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil Volume 6: Direito de Família**. Edição 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277**. Brasília: 05 de Abril de 2011. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> . Acesso em: 23 de Abril de 2023.