

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**BEATRIZ FERREIRA DE ALMEIDA**

**AS RELAÇÕES POLIAFETIVAS NO BRASIL: CONSTITUCIONALIDADE DA SUA  
SITUAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DA TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**NATAL-RN**

**2016**

BEATRIZ FERREIRA DE ALMEIDA

**AS RELAÇÕES POLIAFETIVAS NO BRASIL: CONSTITUCIONALIDADE DA SUA  
SITUAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DA TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva

**NATAL - RN**

**2016**

Catálogo da Publicação na Fonte.  
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Almeida, Beatriz Ferreira de.

As relações poliafetivas no Brasil: constitucionalidade da sua situação jurídica a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais / Beatriz Ferreira de Almeida. - Natal, 2016.

176f.

Orientador: Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direito fundamental à família - Brasil - Dissertação. 2. Poliafetividade - Dissertação. 3. Direito fundamental à igualdade - Dissertação. 4. Teoria liberal - Direitos fundamentais - Dissertação. I. Silva, Maria dos Remédios Fontes. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342.7

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho aos seus coautores: Pai, Mãe, Rodrigo, Tiago. Foram vocês que seguraram minhas mãos, estiveram presentes comigo em cada pensamento, em cada palavra escrita. O amor que me dão afastou as dúvidas, calou as incertezas, deu-me esperança e força para chegar até aqui. Porque os tenho em minha vida, sei que posso buscar sonhos mais altos. Obrigada por tudo.

## AGRADECIMENTOS

Esse trabalho é o resultado de uma longa caminhada que iniciei na graduação e, agora, toma rumos mais maduros em direção a obtenção de um grau acima na escada da titulação acadêmica. Naturalmente, ao longo do percurso, não andei sozinha; ao contrário, tive muitas e importantes companhias que me guiaram na busca pelos destinos que pretendia alcançar. Carrego comigo, portanto, sentimento de gratidão por cada um desses companheiros de jornada.

À minha orientadora, Prof. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva, pelas valiosas contribuições a organização e sistematização do trabalho, bem como pelas disponibilidades e atenção em cada um dos seus pormenores.

Ao Prof. Dr. Leonardo Martins, por ter inspirado, ainda na condição de aluna de umas das disciplinas ministradas no Mestrado, a apreciação da teoria que embasa essa dissertação e por ter acompanhado de perto a sua construção, com suas relevantes intervenções e constante disponibilidade.

Aos demais Professores que integram a Banca Examinadora, Profa. Dra. Cristina Foroni Consani e Prof. Dr. Dimitri Dimoulis, pela contribuição e cuidadosa participação na avaliação do trabalho.

Aos meus colegas de Mestrado, em especial minha querida amiga, Suzana Côrtes, pela inigualável companhia ao longo dos sete meses em que passamos a frequentar a “salinha” de pesquisa, debatendo e trocando ideias e experiências acadêmicas e pessoais.

À UFRN, seus professores, servidores e demais funcionários, instituição de importância inenarrável na minha vida, não apenas por ter sido a casa em que estudaram meus pais; onde, de certa maneira, cresci, por ter tido o privilégio de ser filha de um de seus Professores (meu pai); graduei-me e, agora, encerro mais um ciclo, na condição de Mestranda em Direito, na esperança de poder continuar contribuindo com essa incomparável Universidade.

Por fim, agradeço à CAPES pelo importantíssimo auxílio financeiro que permitiu a dedicação exclusiva ao Programa de Pós-Graduação em Direito, na condição de bolsista.

## RESUMO

As formas de convivência poliafetivas e a possibilidade do seu reconhecimento jurídico é tema cujo interesse tem crescido nos últimos anos, sobretudo em razão das notícias de casos de registro cartorário de algumas uniões plúrimas no país, além do ambiente criado pela equiparação, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, das uniões entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis, pela via interpretativa da Constituição. Insere-se o debate das novas dinâmicas de relacionamento afetivo dentro da problemática da família e sua dupla faceta. É um fato social, com origens históricas e sociais próprias e, ao mesmo tempo, representa uma instituição que adquire roupagem jurídica a partir da sua previsão no ordenamento jurídico. Sob tal perspectiva, o objetivo geral desta dissertação é o de proceder a um exame jurídico-dogmático quanto à compatibilidade da omissão estatal na regulamentação das uniões poliafetivas e da possibilidade de criação de um instituto infraconstitucional próprio para tais arranjos com os parâmetros de controle identificados, os direitos fundamentais à família e à igualdade. Para tanto, aplicam-se os conceitos instrumentais pertinentes à teoria liberal dos direitos fundamentais e a sua técnica de resolução de conflitos envolvendo as garantias constitucionais. São debatidas questões como a caracterização ou não da inação do Poder Legislativo como inconstitucional; a interpretação da não previsão constitucional expressa acerca das uniões poliafetivas como um silêncio eloquente da Constituição ou uma abertura permissiva; a monogamia como um limite à atuação do legislador na ampliação do direito fundamental à família ou uma regra infraconstitucional pertinente ao casamento e à união estável; e a existência ou não de um núcleo essencial dessa garantia organizacional a ser protegido. Por fim, analisa-se, sob uma visão crítica, o enfrentamento, pelo Poder Judiciário, de demandas oriundas de conflitos envolvendo uniões não monogâmicas, propondo-se, ao final, algumas saídas para o julgamento dessas lides, a despeito do não tratamento específico da poliafetividade pela lei.

**Palavras-chave:** Poliafetividade; Direito fundamental à família; Direito fundamental à igualdade; Teoria liberal dos direitos fundamentais.

## ABSTRACT

Polyamorous relationships and the possibility of their legal recognition by the state is a subject whose interest has grown considerably in recent years, mainly because of the news about the registration of these unions in Brazil and the environment created by the Supreme Court's ruling on the equating between stable heterosexual unions and same-sex unions. The debate on the new dynamics of relationship is related to the discussion about the Family and its double facet. At the same time is a social fact, with its own social and historical origins, and an institution that acquires legal configuration with its prediction in the legal order. In this context, the general goal of this paper is to carry out a legal examination regarding the compatibility of the state omission in the regulation of the polyamorous unions and the possibility of creating a legal institute for such relationships with the control parameters, fundamental right to Family and equality. The instruments of the liberal theory of fundamental rights and their methods of conflict resolution involving fundamental rights are used. From this perspective, questions are debated as the characterization or not of the inaction of the Legislative as unconstitutional; the interpretation of the constitutional non-prediction about polyamorous unions as an eloquent silence of the Constitution or a permissive opening; Monogamy as a limit to the action of the legislator in extending the fundamental right to the family or an infraconstitutional rule pertaining to marriage and stable union; and the existence or not of an essential core of that organizational guarantee to be protected. Finally, it is analyzed, under a critical vision, the confrontation, by the Judiciary, of demands arising from conflicts involving non-monogamous unions, proposing, in the end, some outputs for the judgment of these cases, in spite of the non-specific treatment of polyamory by law.

**Keywords:** Polyamory; Fundamental right to family; Fundamental right to equality; Liberal theory of fundamental rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência adquirida
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
GG	<i>Grundgesetz</i> ou Constituição da República Federal da Alemanha
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
NCPC	Novo Código de Processo Civil de 2015
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMA	Tribunal de Justiça do Maranhão
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONTEXTO DA POLIAFETIVIDADE NA DISCUSSÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES NO BRASIL.....</b>	<b>16</b>
2.1 DA FAMÍLIA OCIDENTAL À FAMÍLIA NO BRASIL .....	18
2.1.1 Monogamia e heterossexualidade: construção do conceito ocidental de família a partir da influência do direito romano e canônico .....	20
2.1.2 O direito português em matéria matrimonial e sua ligação com o direito canônico .....	22
2.1.3 A evolução da realidade fática e normativa da família no Brasil .....	24
2.1.4 “Novos” arranjos familiares e a busca pelo reconhecimento .....	29
2.2 POLIAFETIVIDADE: UMA DESMISTIFICAÇÃO NECESSÁRIA.....	32
2.2.1 Origens da poliafetividade .....	32
2.2.2 Conceituando a poliafetividade .....	35
2.2.3 Poliafetividade, simultaneidade familiar e união estável putativa.....	37
2.2.4 Dados sobre a poliafetividade no Brasil .....	38
<b>3 EM BUSCA DE PARÂMETROS PARA A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS: DIREITOS FUNDAMENTAIS À FAMÍLIA E À IGUALDADE .....</b>	<b>41</b>
3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA COMO PRIMEIRO PARÂMETRO PARA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA POLIAFETIVIDADE...	46
<b>3.1.1 Contornos constitucionais do direito fundamental à família.....</b>	<b>49</b>
3.1.1.1 A dupla função do direito fundamental à família: garantia institucional e direito de resistência .....	50
3.1.1.2 Da inexistência de um direito fundamental autônomo ao casamento na ordem constitucional pátria.....	56
3.1.1.3 A necessária separação entre o direito fundamental à família e seus institutos concretizadores .....	59
3.1.1.4 Dimensão objetiva do direito fundamental à família e decisão axiológica do constituinte.....	60
<b>3.1.2 A (não) concorrência entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à família .....</b>	<b>62</b>

<b>3.1.3 A (não) concorrência entre o direito geral à liberdade e o direito fundamental à família .....</b>	<b>67</b>
<b>3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE COMO SEGUNDO PARÂMETRO PARA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA POLIAFETIVIDADE.....</b>	<b>71</b>
<b>3.2.1 Contornos constitucionais do direito fundamental à igualdade.....</b>	<b>72</b>
<b>3.2.2 As discriminações positivas e a caracterização das minorias.....</b>	<b>75</b>
<b>3.2.3 O tratamento discriminatório provocado pela omissão legislativa.....</b>	<b>79</b>
<b>4 A CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO E DA CRIAÇÃO DO INSTITUTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS.....</b>	<b>82</b>
<b>4.1 CONCUBINATO E BIGAMIA: AUSÊNCIA DE PROIBIÇÃO INFRACONSTITUCIONAL EXPRESSA DAS UNIÕES POLIAFETIVAS .....</b>	<b>82</b>
<b>4.2 OMISSÃO LEGISLATIVA COMO INTERVENÇÃO ESTATAL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À FAMÍLIA E À IGUALDADE .....</b>	<b>86</b>
<b>4.2.1 Ordem de fazer do constituinte: dever de concretização do casamento e da união estável e inexistência de dever de normatização da poliafetividade .....</b>	<b>89</b>
<b>4.2.2 Inexistência do instituto da poliafetividade e o direito fundamental à família em sua função de direito de resistência.....</b>	<b>93</b>
<b>4.2.3 Consequência da omissão legislativa para o pleno exercício do direito fundamental à família e tratamento discriminatório .....</b>	<b>96</b>
<b>4.3 CONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DO INSTITUTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS.....</b>	<b>99</b>
<b>4.3.1 Lacuna constitucional, silêncio eloquente e o imperativo deontológico do direito fundamental à família: norma protetora e não proibitiva.....</b>	<b>100</b>
<b>4.3.2 A não caracterização da monogamia como um limite ao Poder Legislativo na concretização do direito fundamental à família.....</b>	<b>106</b>
<b>4.3.3 Atividade criadora do Poder Legislativo: proteção do núcleo essencial do direito fundamental à família e (não) usurpação da competência do Poder Constituinte.....</b>	<b>111</b>
<b>5 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS.....</b>	<b>117</b>
<b>5.1 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DADO ÀS UNIÕES NÃO MONOGÂMICAS .....</b>	<b>118</b>
<b>5.2. PANORAMA CRÍTICO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE AS UNIÕES NÃO MONOGÂMICAS E A POLIAFETIVIDADE.....</b>	<b>125</b>
<b>5.2.1 Separação dos poderes, ativismo judicial e a criação normativa pelo Poder Judiciário.....</b>	<b>131</b>
<b>5.2.2 Equiparação das uniões poliafetivas (não monogâmicas) às uniões estáveis: justiça e segurança jurídica.....</b>	<b>136</b>

5.3 PROPOSIÇÕES PARA O ENFRENTAMENTO DA POLIAFETIVIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO.....	139
5.3.1 Direitos entre os conviventes: liberdade contratual e regramento civil existente..	139
5.3.2 Direitos entre pais e filhos nas relações poliafetivas.....	147
6 CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS.....	160
LISTA DE DECISÕES CONSULTADAS .....	173

## 1 INTRODUÇÃO

A temática da interação entre o Direito e as relações de poliafetividade tem conquistado expressivo interesse doutrinário após a divulgação midiática do registro em cartório de alguns desses arranjos no Brasil. Somou-se a isso o ambiente criado pelo julgamento da ADPF nº132 e da ADI nº 4277, pelo STF, em que, dentre os fundamentos apresentados, enfatizou-se a aplicação dos, então considerados, princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e afetividade na interpretação do art. 226, § 3º, da CRFB, de modo a conferir uma interpretação inclusiva ao conceito jurídico-constitucional das uniões estáveis, para abarcar também as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Seguindo a mesma linha, os estudos relativos à compatibilidade constitucional das uniões poliafetivas têm se mostrado prevalentemente baseados em uma perspectiva principiológica, que assenta a defesa do reconhecimento dessas uniões a partir da simples interpretação das normas constitucionais. É a mesma toada encontrada nas discussões do autodenominado direito civil-constitucional, que enaltece a leitura da legislação ordinária com base nos princípios extraídos da Constituição, resultando, não raras vezes, na flexibilização regras estabelecidas pelo Legislador em busca de justiça social.

Particularmente no que tange à família, é certo que o seu aspecto social e antropológico revela o distanciamento do modelo matrimonial-patriarcal, a partir da difusão e incremento na aceitação de outras comunidades familiares, a exemplo das uniões estáveis – caracterizadas pela informalidade do vínculo conjugal –, das uniões entre pessoas do mesmo sexo, das famílias monoparentais e ampliadas e, ainda, dos arranjos não monogâmicos, em que se insere o poliamor. Por não estar imune à influência dessa mudança, o Direito e as discussões em torno da possibilidade/necessidade de sua alteração e aplicação passaram a enfrentar questões polêmicas em torno da inclusão das “novas” dinâmicas familiares na tutela estatal das famílias. A CRFB, nesse diapasão, inovou ao prever, na qualidade de entidade familiar, não apenas o casamento, mas também a união estável formada entre o homem e mulher e a comunidade familiar composta por um dos genitores e seus filhos.

A novel previsão constitucional deu origem à ideia de pluralidade de entidades familiares, da valorização dos laços afetivos e da proteção dos filhos – independentemente de sua origem (se conjugal ou adotiva) – em detrimento do rigor da forma. A questão, no entanto, permaneceu em aberto para relações conjugais afetivas com intuito de constituição de

família, porém, sem previsão expressa no texto constitucional ou na legislação ordinária. Naturalmente, aqueles que integram tais comunidades, buscam, no Poder Judiciário, por meio da sua equiparação ao instituto das uniões estáveis, uma forma de reconhecimento estatal da sua legitimidade como família.

As uniões poliafetivas se enquadram dentro da realidade de busca por reconhecimento do Estado que, como é possível prever, poderia se dar por meio da atuação do Poder Legislativo, ou pela via jurisdicional, essa última com maior facilidade de acesso ao público em geral. Contudo, a resistência ao seu pleito aparenta ser maior, se comparada, por exemplo, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, com – fato notório – maior grau de aceitabilidade no meio social. Isso se dá, dentre outras razões, pela falta de conhecimento acerca das origens e características fenômeno do poliamorismo e a sua confusão com questões culturais similares, sobretudo a prática islâmica da poliginia e a sua (predominante) violação de direitos das mulheres.

A poliafetividade, em verdade, sobressai-se como um movimento contemporâneo, coadunado com as ideais oriundas da “revolução” sexual dos anos 1970-1980, em que se questionaram as imposições de certos padrões de comportamento, como é o caso da família monogâmica e heterossexual. Surgiu, com maior relevância nos Estados Unidos, onde foi intitulado “*polyamory*”, ganhando vários adeptos e estudos próprios, na tentativa de traçar suas principais características. No Brasil, diante da inexistência de dados estatísticos capazes de apresentar um panorama concreto das comunidades afetivas vivendo em poliafetividade, a presença dessa tendência se faz notada por meio das notícias de registros de relações não monogâmicas em alguns cartórios no país. Como uma forma de reação às ditas notícias, no Poder Legislativo, tramita o Projeto de Lei nº 4.302/2016, no mister de textualmente proibir o reconhecimento pelo Estado das uniões poliafetivas.

Nos Tribunais, há, por sua vez, número significativo de demandas judiciais buscando a equiparação de uniões denominadas de simultâneas, paralelas ou concomitantes, às uniões estáveis, o que forçou o Poder Judiciário a se manifestar a respeito do tratamento das uniões não monogâmicas pelo Estado, apresentando fundamentos contrários ou favoráveis ao referido pleito.

Diante desse cenário, a presente dissertação se propõe a tratar o tema da poliafetividade sob uma diferente perspectiva. O pressuposto essencial da referida proposta está em adotar uma neutralidade ética em relação à problemática, partindo para uma abordagem científica, jurídico-dogmática, sem se distanciar da contextualização histórica e social da formação desses arranjos afetivos.

Para tanto, a metodologia a ser utilizada consiste na pesquisa bibliográfica, exploratória e descritiva, de livros, artigos científicos, trabalhos acadêmicos (dissertações e teses) e jurisprudência. Acrescentar-se-á à bibliográfica, a pesquisa documental de dados estatísticos encontrados em relatórios oficiais, notícias divulgadas nos meios de comunicação social, e acórdãos de decisões dos Tribunais pátrios que tratem das famílias no Brasil e da poliafetividade. Acerca destas últimas (decisões dos Tribunais), será restrita à busca aos julgamentos a partir da segunda instância, com marco temporal mínimo em 2008. Os acórdãos serão pesquisados nos *sites* de busca unificados e selecionados por amostragem.

No que tange aos objetivos, a pesquisa exploratória visará à familiarização do fenômeno por ora investigado, o que, juntamente com a descritiva, proporcionará ao leitor a compreensão e interpretação dos dados apresentados acerca da poliafetividade. Para uma análise das informações a serem apresentadas, utilizar-se-á o método dedutivo, que seguirá uma abordagem ampla do tema da poliafetividade em direção ao aprofundamento de questões específicas da problemática da constitucionalidade de sua situação jurídica. Associar-se-á o referido método científico ao dialético, o qual, logo no início do trabalho, funcionará como uma forma de apresentar o fenômeno do poliamorismo a partir dos aspectos da realidade em que está inserido, sejam eles históricos ou sociais.

Nesse compasso, no segundo capítulo, será brevemente apresentado o processo histórico de formação do conceito majoritário de família, passando por sua gênese romana e canônica, a absorção do direito canônico pelo português e, finalmente, a influência desses sistemas na construção do direito brasileiro. São informações relevantes para se compreender os porquês da normatividade vigente no Brasil a respeito do direito de família, a forma de institucionalização do casamento heterossexual e monogâmico como modelo “legítimo” das relações familiares e a resistência na convivência com dinâmicas não monogâmicas.

Ainda no capítulo dois, será desmistificado o poliamorismo, não apenas a partir da exposição do início dessa prática familiar, mas também pela inserção de suas principais características e diferenças em relação a conceitos correlatos, como a poligamia, a simultaneidade familiar e a união estável putativa. Citar-se-ão, no intuito de demonstrar a relevância da temática abordada, dados empíricos a respeito das uniões poliafetivas no Brasil, obtidos a partir dos meios digitais (“www”), haja vista a inexistência de estatísticas oficiais que registrem o quantitativo de relações capazes de caracterizar uniões poliamorosas.

Adentrando questões de natureza jurídico-dogmática, o capítulo três se ocupará dos pormenores da avaliação constitucional das uniões poliafetivas. Inicialmente, justificar-se-á a escolha da teoria liberal dos direitos fundamentais como método jurídico-hermenêutico mais

adequado à resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, bem como seus instrumentos principais, a serem utilizados ao longo de todo o trabalho. Nesse ponto, a dissertação se distancia da majoritária doutrina especializada na matéria, que, como exposto inicialmente, aborda o tema do reconhecimento estatal das uniões poliafetivas valendo-se de um viés argumentativo e principiológico. Será esclarecida a necessidade de se identificar os direitos fundamentais que servirão como parâmetro para se aferir a compatibilidade ou não de determinado ato estatal e, a partir daí, averiguar se ele (o ato estatal) configura um limite ou não ao direito fundamental em questão e, mais ainda, se sua concreta imposição é constitucionalmente justificada.

Tomando-se como base o método ora (sucintamente) apresentado, a primeira pergunta a ser respondida é: quais são os direitos fundamentais que podem ser considerados parâmetros para uma análise constitucional das uniões poliafetivas? A partir de um exame pormenorizado dos direitos fundamentais à família (e a sua relação com as garantias da dignidade humana e da liberdade) e à igualdade, serão eles examinados como parâmetros de controle dos atos estatais considerados em primeiro plano: de início, a omissão estatal em face da regulamentação específica das uniões poliafetivas e, logo após, a possibilidade de criação de um instituto próprio para esses arranjos. Mais especificamente quanto ao direito fundamental à família, explorar-se-á a sua dupla função, de direito de resistência e de garantia institucional, da qual decorre o caráter normativo dessa garantia e a necessidade de concretização pelo Poder Legislativo para sua conformação.

O direito fundamental à família será, ainda, confrontado quanto à sua concorrência ou não com princípio da dignidade humana, o direito à liberdade geral e o direito à igualdade para se constatar se, em relação aos dois primeiros, há, possivelmente, apenas uma concorrência aparente com a garantia da família. Já para o direito à igualdade, perscrutando-se a sua concorrência com a mesma garantia, será esmiuçado, juntamente com seus consectários, como o direito à não discriminação, as discriminações positivas e a relação entre a vedação ao tratamento discriminatório e as omissões legislativas.

No capítulo seguinte (quatro), os parâmetros aplicáveis de controle, então identificados – direito fundamental à família e direito fundamental à igualdade –, serão trazidos à pauta, em primeiro lugar, junto à omissão estatal, cujo exame de constitucionalidade perpassará os seguintes questionamentos: se há, verdadeiramente uma omissão legislativa quanto à poliafetividade ou se a previsão de dispositivos como o art. 1727, do CC, e o art. 235, do CP, consistem-se em uma proibição expressa à sua formação; se há uma ordem de fazer do constituinte ao legislador ordinário de criação de um instituto próprio

para as uniões poliafetivas capaz de caracterizar tal omissão como inconstitucional; se a inexistência do referido instituto na lei ordinária é capaz de configurar um limite inconstitucional à função de direito de resistência do direito fundamental à família, isto é, se limita a liberdade dos indivíduos na constituição de sua convivência familiar; e, por fim, se a omissão em questão promove um tratamento discriminatório não justificado aos integrantes das uniões poliafetivas, quando comparados aos cônjuges e companheiros, componentes, respectivamente, do casamento e da união estável.

No que se refere à hipotética criação, por lei, das uniões poliafetivas como uma entidade familiar, o estudo enfrentará as questões doravante elencadas: se a não previsão, no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, da poliafetividade, pode ser considerado um silêncio eloquente e, portanto, uma exclusão intencional do constituinte, que visa a proibir a regulamentação dessas formas de convivência; se a monogamia pode ser caracterizada como um limite constitucional à atividade legislativa, vedando a criação de entidades familiares não monogâmicas e, ainda, se ela pode ser considerada um princípio constitucional; por último, se existe um núcleo essencial do direito fundamental à família, referente às instituições tradicionais encontradas na sociedade, a ser protegido em face de eventuais reformas infraconstitucionais.

Todas as respostas a serem encontradas, não obstante tenham plena aplicabilidade à resolução de demandas judiciais envolvendo as uniões poliafetivas, não esgotam a problemática do enfrentamento dessas ações pelo Judiciário, sobretudo porque este, diante da vedação constitucional do art. 5º, inciso XXXV, não pode se negar a dar resposta (procedente ou improcedente) à pretensão das partes, mesmo que o litígio verse sobre fato não previsto expressamente no ordenamento vigente, assim como acontece com as uniões poliafetivas. Assim, no capítulo cinco investigar-se-á o tratamento dado pelo Poder Judiciário às uniões não monogâmicas, mediante a apresentação de julgamentos proferidos pelos Tribunais de segunda instância e Tribunais Superiores e seus principais fundamentos. Os pontos colhidos serão, então, analisados criticamente, levando-se em conta, sobretudo, as considerações feitas nos capítulos anteriores. Discutir-se-ão os aspectos polêmicos do ativismo judicial identificado em alguns dos julgados colhidos, os quais equiparam, pela via interpretativa, as uniões poliafetivas às uniões estáveis, flexibilizando regras legalmente previstas por força de “valores” constitucionais e justiça social. Nesse ponto, serão consideradas questões como a separação de poderes e a segurança jurídica.

Como deve fazer todo trabalho científico que visa a contribuir com o debate acadêmico de forma mais acentuada, propor-se-ão, ainda, algumas soluções para o

enfrentamento de demandas judiciais advindas dos relacionamentos em poliafetividade, em especial no que diz respeito à liberdade contratual dos integrantes desses arranjos e da mais compatível aplicação dos dispositivos legais atualmente vigentes para os casos em que os conviventes deixarem de pactuar os efeitos patrimoniais da união constituída, em caso de dissolução ou morte. Por derradeiro, serão avaliadas as consequências do corrente não-reconhecimento das uniões poliafetivas como entidades familiares para os direitos dos filhos advindos dessas relações.

Toda a estrutura apresentada objetiva lançar um olhar jurídico diferenciado pela sua cientificidade e falseabilidade sobre um tema tão polêmico e instigante que, agora, cerca o Direito, em especial o constitucional, em busca de respostas. Nesse sentido, a dissertação se apresenta como uma forma de colaborar e enriquecer o debate doutrinário sobre o reconhecimento da poliafetividade e servir como instrumento norteador para a aplicação do ordenamento.

## **2 CONTEXTO DA POLIAFETIVIDADE NA DISCUSSÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES NO BRASIL**

A natureza jurídico-dogmática do estudo não obsta a sua contextualização, a partir da realidade social e histórica que permeia o tema. Por isso, um primeiro aspecto a ser esclarecido diz respeito ao uso da nomenclatura – poliamorismo ou poliafetividade. A pesquisa doutrinária revela haver uma predileção ao uso do termo “poliamor”, especialmente nas referências de origem norte-americana. O uso de “poliafetividade”, todavia, tornou-se recorrente em alguns textos nacionais (cogita-se que essa escolha faça coro à expressão “homoafetividade”, à qual aderiu quase a unanimidade da comunidade jurídica), inclusive os de cunho jornalístico. Por não haver, na essência, diferenciação entre ambos, optou-se por, nesse trabalho, tratá-los como sinônimos do mesmo fenômeno.

Pois bem, a necessidade de contextualização e desmistificação das relações poliamorosas ou poliafetivas proposta nesse capítulo é justificada pela escassez do enfrentamento jurídico e até mesmo social-científico da problemática. Isso traz, como consequência, a confusão de conceitos que podem ou não estar relacionados, como é o caso da poligamia, ou levar a pontos de partida conceituais pré-concebidos pelo senso-comum. A cientificidade de um trabalho, porém, deve ultrapassar tais barreiras e procurar fontes que subsidiem o olhar preciso do fenômeno social estudado, desprovido de tabus, reducionismos, concepções particulares de bem, dentre outros.

Como pré-requisito para a compreensão ampla do fenômeno da poliafetividade do estágio atual do tratamento social e jurídico (nacional) que recebe, encontra-se o entendimento acerca formação da família no Brasil e, mais do que isso, da família como construção humana.

Veja-se que a pergunta “O que é família?” é comumente respondida pelas pessoas a partir da concepção individualizada do que seria uma família. A mencionada concepção é formada não apenas pelas experiências subjetivas vividas (notadamente o núcleo familiar em que essa pessoa nasceu e se criou), mas também por um consenso implícito da comunidade em que está inserida, isto é, pela ideia incutida na maioria das pessoas com as quais estão conectadas, reproduzidas em locais de convivência (escolas, clubes, igrejas), nos meios de comunicação social, (atualmente) nos meios digitais, até chegar no espaço público, em que está inserido o Direito.

O que se está a ressaltar com a reflexão acima é que família, antes mesmo de ser um fato com relevância para o mundo jurídico – que é o objeto primeiro da análise do presente trabalho –, é um valor individual e social e isso não será ignorado.

Na qualidade de valor, o conceito de família costuma partir de pressupostos universalizantes, que trazem certo reducionismo, excluindo formas alternativas que se encontram às suas margens.<sup>1</sup> No caso específico da família ocidental, deve estar claro que o pressuposto universalizante atual ainda é o do núcleo familiar formado por homem, mulher e filhos. Sendo assim, o esperado é que muitas das respostas das pessoas à pergunta inicial “O que é família”, reproduzam esse conceito, o que não pode ser considerado incorreto para uma discussão informal. A ciência social, porém, não deve se satisfazer com essa resposta, pois isso implicaria uma análise incompleta, a considerar apenas o valor majoritário que compõe o conceito de família, deixando, pois, de levar em conta os outros arranjos existentes no ambiente estudado.

Na antropologia, autores como Frost e Hoebel<sup>2</sup> são exemplificativos de uma perspectiva clássica do estudo das famílias. Afirmam a existência de cinco formações elementares das relações familiares: natal-conjugal, natal-conjugal complexa, unilinear complexa, matrilateral e as comunas. A caracterização de cada uma dessas formações não é tão importante para a presente discussão, e sim a ideia da sua sistematização em diferentes modelos. Há nela um engessamento do conceito em modelos que podem vir a se tornar anacrônicos com o tempo e a modificação das relações humanas, além da dificuldade em inserir todos os arranjos em cada um de seus respectivos modelos. Por essa razão é que uma visão antropológica mais atual, representada por Fonseca<sup>3</sup>, defende o estudo do tema a partir da noção de dinâmicas familiares, que permite reconhecer e compreender as diversas configurações contemporâneas da família, a partir de variadas relações de gênero. Adianta-se, nesse ponto, dizer que a poliafetividade (que será mais detidamente tratada no tópico 2.2), por ser um fenômeno contemporâneo, tem afinidade com a ideia de dinâmicas familiares, por poder ser ainda considerada como uma forma alternativa de relacionamento humano e pela diversidade de composições que pode assumir.

A aceitação da maleabilidade da compreensão da família tem resistência, dentre outros fatores, por implicar certa flexibilização do seu conceito historicamente construído.

---

<sup>1</sup> FONSECA, Claudia. Apresentação: de família, reprodução e parentesco. **Cadernos Pagu**, S.i., v. 29, n. 1, p.9-35, dez, 2007. Semestral. p. 16.

<sup>2</sup> FROST, E.L. HOEBEL, E. In: SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Família e Gênero: Um estudo antropológico. **Mimesis**, Bauru, v. 32, n. 1, p.29-41, jul. 2011. p. 31.

<sup>3</sup> FONSECA, Claudia. Apresentação: de família, reprodução e parentesco. **Cadernos Pagu**, S.i., v. 29, n. 1, p.9-35, dez, 2007. Semestral.

Não raro, é interpretada como crise da instituição familiar, que se, de um lado, mantém seu *status* de instituição de grande confiabilidade, do outro, é apresentada como sofrendo um processo de desconstrução, estando prestes a desaparecer. Os aspectos negativos dessas mudanças, segundo Goldani<sup>4</sup>, são reforçados pelo crescimento das estatísticas de violência e pela degradação das condições de vida apresentada no noticiário veiculado pelos meios de comunicação social. Como oposição a tal ideia, afirma-se que a integração de outras dinâmicas familiares representa a condução a modelos informais e democráticos das relações humanas, e não a desagregação da família em si.

## 2.1 DA FAMÍLIA OCIDENTAL À FAMÍLIA NO BRASIL

Fazendo referência ao supramencionado pressuposto universalizante da família no Brasil – nuclear, composta por um homem, uma mulher e filhos comuns – é importante compreender como tal modo de convivência institucionalizou-se, com previsão jurídico-constitucional. Derivou de um processo evolutivo com raízes no desenvolvimento da sociedade ocidental, especialmente se considerada a colonização do país por Portugal, Estado europeu de religião predominantemente católica. Essa é a primordial razão pela qual o estudo das origens da família no Brasil perpassa também a daquela que se formou no continente europeu, durante muito tempo considerado o centro político-cultural do ocidente.

Entende-se, aqui, não se fazer necessária a descrição minuciosa da evolução das relações humanas desde os primórdios da sua existência, bastando pontuar que autores como Engels<sup>5</sup> e Lins<sup>6</sup> registram a existência de uma dinâmica muito diferente da que hoje conhecemos como hegemônica. Nas eras do Paleolítico e Neolítico, a liberdade sexual era ampla, com famílias compostas por comunidades de irmãos e irmãs, além de nelas a mulher ocupar uma posição de destaque. Lins narra que, em princípio, era desconhecida a participação dos homens na reprodução, sendo associada exclusivamente a mulher à fertilidade, o que explicaria o culto a deusas e a predominância da iconografia feminina, como

---

<sup>4</sup> GOLDANI, Ana Maria. As famílias no Brasil contemporâneo o mito da desestruturação. **Cadernos Pagu**, S.l., n. 1, p. 68-110, dez. 2005. Disponível em: <[http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/119796/1/ppec\\_1681-1820-1-SM.pdf](http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/119796/1/ppec_1681-1820-1-SM.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2016. p. 68.

<sup>5</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002. P. 35.

<sup>6</sup> LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: arejando novas ideias a respeito de amor e sexo: novas tendências**. Rio de Janeiro: Bestseller, 2007.

a Vênus de Willendorf.<sup>7</sup> Predominava a liberdade sexual, em que homens e mulheres escolhiam seus parceiros livremente. Ao mesmo tempo, não havia subordinação entre esses dois gêneros, apesar da valorização da mulher na religião como um símbolo da fecundidade. Trata-se de questão crucial na mudança dessa dinâmica a descoberta pelos homens de que, em verdade, desempenhavam a função de fecundação das mulheres, e, não apenas isso, poderiam fazê-lo em várias delas, gerando descendentes seus. A garantia da descendência, no entanto, somente poderia se dar mediante a exclusividade da parceira, consequência de uma sociedade que passava a colocar a figura feminina em uma posição de subordinação. Assim, as mulheres foram submetidas à posse masculina e as deusas, antes cultuadas, foram “destronadas” e substituídas por deuses, até a atualidade prevalentes nas religiões ao redor do mundo.<sup>8</sup>

Engels, por sua vez, baseou-se nos estudos de Morgan para narrar a experiência das relações familiares e sexuais das sociedades mais primitivas. A partir da observação de uma das tribos com as quais teve contato (iroqueses), Morgan reconstruiu a história da família primitiva, concluindo que, inicialmente, homens e mulheres não adotavam a exclusividade sexual, “de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres”.<sup>9</sup>

Destarte, as relações humanas primitivas não seguiam o modelo de exclusividade entre casais, transitando entre a inexistência de qualquer restrição quanto aos relacionamentos sexuais entre os membros da comunidade (que poderiam se dar entre irmãos de mesma mãe, inclusive) até uma forma mais aprimorada de poligamia, que se dava por meio do casamento entre grupos de homens e mulheres, desde que não fossem filhos da mesma mãe.<sup>10</sup>

São identificados pelos autores aspectos como o asseguramento das origens genéticas dos filhos e da proteção da propriedade como fatores determinantes para a mudança dessa dinâmica familiar que resultou na predominância das famílias nucleares monogâmicas e heterossexuais, que perdura até a presente data, com exceções pontuais. O conhecimento do gênero masculino acerca da sua participação no processo reprodutivo teve como consequência a necessidade de assegurar a origem dos filhos gerados pela mulher, ao mesmo tempo em que, a partir dessa certeza, é que poderiam ser transferidos os bens para a descendência, assim se perpetuando o sistema de transmissão da propriedade a partir da sucessão legítima.

<sup>7</sup> LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda**: arejando novas ideias a respeito de amor e sexo: novas tendências. Rio de Janeiro: Bestseller, 2007. p. 18.

<sup>8</sup> LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda**: arejando novas ideias a respeito de amor e sexo: novas tendências. Rio de Janeiro: Bestseller, 2007. p. 25-26.

<sup>9</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002. p. 35.

<sup>10</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002.

Precisamente quando a humanidade passou a adotar majoritariamente práticas monogâmicas nas formações familiares não é possível dizer. No entanto, muitos são os autores, a exemplo de Engels<sup>11</sup> e Della Cunha<sup>12</sup>, que afirmam *não* ter sido essa uma mudança que visou à reconciliação entre os sexos, e sim a instrumentalização do controle das mulheres pelos homens. Tal afirmativa parte de uma percepção histórico-política, que considera a notória e reiterada violação de direitos fundamentais sofridas pelas mulheres ao longo dos muitos períodos da humanidade identificados, desde a repressão de sua liberdade sexual e de direitos políticos, dentre outros, o que justificou movimentos reafirmadores da posição ocupada pela mulher nas sociedades, como é o caso do feminismo.

### **2.1.1 Monogamia e heterossexualidade: construção do conceito ocidental de família a partir da influência do direito romano e canônico**

De todo modo, tem-se como ponto de partida do delinear da família ocidental o famigerado “berço” romano, com forte influência sobre o Direito português. Em Roma, a família considerada “tradicional” é descrita como um clã alargado de hierarquia piramidal, chefiada pelo *paterfamilias*, que exercia poder de comando sobre todos os seus integrantes – esposa, filhos, escravos e escravas. Curiosamente, nesse período, não era a família fundada pelo casamento, e sim pela ascensão do homem à condição de *paterfamilias*, razão pela qual não se conferia ao matrimônio a mesma importância.<sup>13</sup>

Em ambos os casos, o casamento monogâmico era tido muito mais como uma forma de transmissão do patrimônio aos descendentes do que uma prática eticamente correta e generalizada. Em verdade, segundo Silva<sup>14</sup>, era uma exceção destinada às classes mais abastadas, eis que a manutenção de casa, esposa e filhos exigia um investimento alto. Assim o confirma Dias, para quem o casamento, naquele contexto, consistia apenas em uma representação pública da família, com a função de gerar herdeiros legítimos, coexistindo com

---

<sup>11</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002.

<sup>12</sup> DELLA CUNHA. **Eros oprimido**: A ideologia da repressão sexual feminina. Natal: Editora Universitária - Proed, 1989. p 25.

<sup>13</sup> DIAS, Paula Barata. A influência do cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia. **Ágora: Estudos Clássicos em Debate**, Coimbra, v. 6, p.99-133, 2004. p. 108.

<sup>14</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 54.

formas de “concubinato”, mais acessível aos cidadãos de várias ordens e entre libertos, não implicando a integração da descendência no patrimônio ou estatuto paterno.<sup>15</sup>

Foi, portanto, também em Roma, que se identificou o germinar da publicização do casamento, que, originariamente, era um ato privado, sem qualquer intervenção dos poderes públicos, não sendo celebrado por sacerdotes, salvo em raras exceções, bastando o consentimento dos nubentes para sua validação, ou mesmo a convivência por um ano<sup>16</sup>.

Algumas formas de intervenção do Estado na área privada, todavia, surgiram a partir do Império, com as chamadas leis de Augusto, destinadas a promover a natalidade e maior estabilidade entre os cidadãos romanos. Isso resultou em uma mudança de mentalidade da população, que promoveu o casamento à forma de realização afetiva, corroborada pela filosofia moral estoica, que pregava a valorização do cuidado de si próprio e o combate às perturbações que desviassem as pessoas de sua racionalidade, como eram considerados o adultério, a homossexualidade, dentre outros.

Foucault afirma que a moral estoica do cuidado de si, situada no tempo entre os dois primeiros séculos a.C. e os dois primeiros d.C., muito influenciou a austeridade sexual pregada no cristianismo.<sup>17</sup> O cuidado de si, anteriormente abordado, caracterizou-se pelo estudo e autocompreensão do indivíduo, pela racionalização do homem acerca de si mesmo. O movimento de valorização da razão teve como reflexo o preceito ético do casamento como uma forma de moderação da busca pelo prazer sexual. Apenas por meio de um prazer moderado é que o homem poderia encontrar sua racionalidade e, por meio do matrimônio, do estabelecimento de regras (direitos e deveres matrimoniais) e da busca pela prole legítima é que isso se tornava possível.<sup>18</sup>

Tais preceitos morais foram incorporados e aprimorados pela pastoral cristã, que dispensou um tratamento austero em relação à liberdade sexual dos fiéis, com a extensa regulação heterônoma que visava ao detalhado domínio da vida conjugal. Em vista da aceção negativa da busca pelo prazer sexual, o celibato se tornou estado mais valorizado por sua pureza, enquanto o casamento passou a ser enxergado como um mal menor, em que as

---

<sup>15</sup> DIAS, Paula Barata. A influência do cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia. **Ágora: Estudos Clássicos em Debate**, Coimbra, v. 6, p.99-133, 2004. p. 110.

<sup>16</sup> DIAS, Paula Barata. A influência do cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia. **Ágora: Estudos Clássicos em Debate**, Coimbra, v. 6, p.99-133, 2004. p. 111.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o cuidado de si**. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2013. p. 46-47.

<sup>18</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 55.

relações sexuais se destinariam à reprodução, evitando desregramentos, incestos e a homossexualidade.<sup>19</sup>

Nesse sentido ganhou o casamento em importância, tendo ascendido ao status de sacramento religioso à medida que aumentava a ingerência da Igreja Católica nas relações privadas da comunidade. Algumas das limitações impostas diziam respeito ao grau de parentesco máximo para os nubentes (colaterais até o quarto grau), bem como a imposição da cerimônia pública – nas dependências da Igreja, a portas abertas – e do seu registro por escrito. De modo geral, as regras desenvolvidas pela Igreja ao longo desse período foram sistematizadas no Concílio de Trento, convocado no ano de 1545 como forma de resposta à Reforma Protestante<sup>20</sup>, que, dentre outros pontos, questionava a sacramentalidade do casamento. O concílio tridentino durou duas décadas, dando origem a uma série de cânones e decretos sobre temas pungentes do catolicismo, dentre eles o matrimônio, objeto do *De Reformatione Matrimonii* e do decreto *Tametsi*.<sup>21</sup>

A partir desse marco, não apenas foi confirmada a sacramentalidade do casamento, como também ele foi transformado em um contrato solene e público, de realização exclusiva da Igreja. Os diversos impedimentos matrimoniais foram explicitados, bem como foi reforçada a monogamia e a indissolubilidade do vínculo conjugal. As principais definições acerca da doutrina moral do casamento foram compiladas em livretos de moral prática, com linguagem acessível para a utilização nas Igrejas e disseminação aos fiéis.<sup>22</sup> Mais especificamente acerca da monogamia, dedicou-se o Cânone II do Concílio de Trento, consagrando-o como princípio estruturante do casamento. Seguindo a mesma linha, o Decreto *Tametsi* proibiu que homens solteiros e casados mantivessem concubinas, estando essa vedação ligada à solenidade e sacramentalidade do vínculo conjugal.<sup>23</sup>

### 2.1.2 O direito português em matéria matrimonial e sua ligação com o direito canônico

<sup>19</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61.

<sup>20</sup> FERNANDES, Maria de Lourdes Correia. **Espelhos, Cartas e Guias**: Casamento e espiritualidade na Península Ibérica 1450-1700. Porto: Instituto de Cultura Portuguesa, 1995. p. 203

<sup>21</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 63-76.

<sup>22</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 71.

<sup>23</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 71

Todos esses pontos acerca do tratamento conferido pela Igreja ao sexo, ao casamento e sua regulamentação definida majoritariamente durante o Concílio de Trento conectam-se a Portugal e, conseqüentemente, ao Brasil, ao se constatar ter sido aquele um dos primeiros países a adotar os decretos conciliares ao corpo legislativo nacional.<sup>24</sup>

Como é sabido, o direito português entre os séculos XV e XVII se caracterizou por uma forte influência romana, germânica e católica. Mais especificamente no âmbito do casamento e das relações familiares, as regras do direito canônico aplicavam-se paralelamente às Ordenações – compilado das leis do Reino, nomeado a partir do Monarca que exercia o poder à época da sua publicação. Os regulamentos que pretendiam regulamentar os aspectos legais da vida dos súditos foram denominados de Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas, estas últimas promulgadas no ano de 1595 e editadas em 1603, período de domínio espanhol do império luso.<sup>25</sup>

Durante a colonização portuguesa no Brasil, aplicavam-se à colônia as Ordenações Filipinas, fato que perdurou – para as questões de natureza civil e comercial – até a entrada em vigor do Código Civil de 1916. O Livro IV das referidas Ordenações se direcionava ao direito das pessoas e das coisas, muito embora contivesse algumas poucas disposições concernentes ao casamento, sobretudo as relativas ao regime de bens.<sup>26</sup> O regramento em matéria matrimonial era feito pelo direito canônico, nos termos compilados durante o Concílio de Trento, havendo, inclusive, conforme pontuam Vieira e Silva, algumas divergências em relação ao disposto nas Ordenações, as quais reconheciam, ao contrário das previsões tridentinas, efeitos às uniões assemelhadas ao que hoje se conhece por uniões estáveis, isto é, aquelas que decorrem da aparência do estado de casado e do afeto entre os seus componentes. Para os comentaristas das Ordenações, a norma prevalente pertencia ao direito eclesiástico.<sup>27</sup> À época, tal situação (de aplicação das normas do direito canônico) se justificava pela inexistência de separação entre religião e Estado, união essa bastante acentuada em Portugal.

---

<sup>24</sup> SILVA, Amélia Maria Plônia da. Recepção do Concílio de Trento em Portugal: as normas enviadas por D. Henrique aos bispos do Reino, em 1553. **Revista da Faculdade de Letras-história**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p.133-143, 1990. Anual. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/2228.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2016. p. 133.

<sup>25</sup> COSTA, Célio Juvenal et al. **História do Direito Português no período das Ordenações Reais**. V Congresso Nacional de História, [s.l.], 19 set. 2011. Universidade Estadual de Maringá. <http://dx.doi.org/10.4025/5cih.pphuem.2106>, p. 3.

<sup>26</sup> VIEIRA, Flávia David; SILVA, Edvania Gomes da. O instituto do matrimônio nas ordenações filipinas: os efeitos de sentido "casamento" na legislação portuguesa aplicada ao Brasil. **Linguasagem**, São Carlos, v. 23, n. 1, p.1-13, dez. 2015.

<sup>27</sup> VIEIRA, Flávia David; SILVA, Edvania Gomes da. O instituto do matrimônio nas ordenações filipinas: os efeitos de sentido "casamento" na legislação portuguesa aplicada ao Brasil. **Linguasagem**, São Carlos, v. 23, n. 1, p.1-13, dez. 2015. p. 06.

Tudo isso permite concluir que, em matéria do incipiente direito civil das famílias existente à época em Portugal e, conseqüentemente, no Brasil colônia, eram a disciplina e ética católica que ditavam as características do que poderia ou não ser considerado casamento e família legítimos. Tem-se, nesse cenário, o matrimônio como ato público e solene, celebrado exclusivamente pela Igreja entre o homem e a mulher (no singular, por ser impensável qualquer forma de vida diferente da monogâmica e heterossexual) que não tivessem qualquer impedimento para tanto dentre aqueles listados pela Igreja. Toda e qualquer outra forma de vida, sob os termos normativos, considerava-se ilegítima. Do ponto de vista ético, prevalecia a cultura da repressão sexual, em especial da mulher, derivada dos ideais estoicos, anteriormente abordados.

### 2.1.3 A evolução da realidade fática e normativa da família no Brasil

Na qualidade de colônia, o Brasil absorveu em termos normativos e morais os ditames portugueses da época, muito embora a diferente realidade em *terra brasilis* tenha, com o tempo, criado certo modo de vida e de relacionamento próprios. Os registros literários da época<sup>28</sup> dão conta, sobretudo, do modo de vida senhorial, fincado sobre a base do modelo econômico de produtor de bens primários destinados à metrópole. Muito embora aquele não tenha sido numericamente majoritário, pois poucos eram os senhores se comparados ao restante da população, em termos ideológicos, foi tal modelo o capaz de repercutir nas formas de poder do futuro Estado brasileiro.

Trazendo uma abordagem mais antropológica acerca das dinâmicas familiares do Brasil colônia, Della Cunha<sup>29</sup> faz uma interessante conexão entre o modelo econômico então praticado e a vida no ambiente doméstico. Segundo o autor, havia a separação entre duas realidades distintas – porém conectadas entre si – de acordo com as camadas sociais e sua posição no processo de produção. Na “casa grande”, a mulher esposa e mãe da prole legítima (aqui, entenda-se, casada) tinha autoridade sobre o ambiente doméstico. Já a escrava negra desempenhava funções econômicas e sexuais. Era comum, portanto, que a figura masculina mantivesse relações extraconjugais com outras mulheres, em sua maioria escravas e com elas tivessem filhos. Essa era uma prática descrita como causadora de constantes atritos conjugais ou como fator de perturbação do sistema de trabalho.

---

<sup>28</sup> Cita-se, nesse ponto, a conhecida obra literária de Freyre: FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

<sup>29</sup> DELLA CUNHA. **Eros oprimido: A ideologia da repressão sexual feminina**. Natal: Editora Universitária - Proed, 1989. p. 71.

Se feita uma ponte entre a descrição *supra* e a moral e o direito canônico vigente à época, tem-se uma contradição, descrita como uma dupla moralidade evidenciadora da coexistência de duas realidades das relações interpessoais<sup>30</sup>. De um lado, tem-se a família legítima formada pelo casamento, em que se espera da mulher branca o pudor, a castidade e a fidelidade, dentro da lógica católica de raiz estoica. Do outro, está a mulher negra (escrava ou índia) que pode satisfazer desejos sexuais dos homens. Nos dois lados transitavam a mesma figura masculina: a do pai de família a quem é aceita a prática de manter relações extraconjugais.

Tudo isso estava conectado ao modelo de família patriarcal em que o homem era senhor dos fatores de produção ao mesmo tempo em que era senhor da casa, da mulher e dos filhos. Tinha a liberdade para manter relacionamento com outras mulheres além de sua esposa como um símbolo de sua virilidade. Nesse sentido, afirma-se<sup>31</sup> que era comum a existência de “famílias paralelas”, referindo-se aos relacionamentos concomitantes ao casamento considerado legítimo, bem como aos filhos deles eventualmente decorrentes. Aqui, toca a questão do modelo monogâmico que deveria, em tese, se conformar a uma ética de exclusividade sexual e afetiva, porém, na prática, dela se distanciava.

Subjazem às dinâmicas relacionais da época alguns valores (de bom e mau) distintos no tratamento e na percepção dos homens e mulheres que fundaram as bases da concepção de família e (naturalmente) se imbricaram no Estado e em sua produção normativa. De um lado, para a mulher, era valorizado o recato, o cuidado com os filhos, a administração da casa e a fidelidade. Do outro, para o homem, era fator de prestígio o sucesso financeiro e a virilidade. Em ambos os casos, apenas o casamento nos moldes solenes da religião era reconhecido. Tem-se, aí, o embrião da família – nuclear: homem, mulher e filhos.

Novamente, o fator econômico é apontado como determinante para mudanças nas dinâmicas familiares. A modificação do eixo econômico para a região sudeste e sul do Brasil a partir de 1690, seja pela descoberta de ouro, seja, posteriormente, pela produção do café, também trouxe reflexos na forma de organização da sociedade.<sup>32</sup> Não apenas se tornou mais comum o exercício de atividades econômicas pelas mulheres fora do ambiente doméstico, como também cresceu o número de famílias “ilegítimas”, a exemplo do concubinato. Os

---

<sup>30</sup> DELLA CUNHA. **Eros oprimido**: A ideologia da repressão sexual feminina. Natal: Editora Universitária - Proed, 1989. p. 75.

<sup>31</sup> DELLA CUNHA. **Eros oprimido**: A ideologia da repressão sexual feminina. Natal: Editora Universitária - Proed, 1989. p. 78.

<sup>32</sup> SAMARA, Eni de Mesquita. O Que Mudou na Família Brasileira?: da Colônia à Atualidade. **Psicologia Usp**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.1-14, jan. 2002. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-65642002000200004>.

núcleos urbanos em formação comportaram uma realidade, também no que tange às famílias, que se distanciou daquela senhorial, com a multiplicidade de arranjos e de comportamentos. Nesse sentido, havia papéis informais não oficialmente reconhecidos integravam a vida cotidiana.<sup>33</sup>

Do ponto de vista normativo, contudo, o que se observa é que, mesmo após a Independência, aplicaram-se as disposições das ordenações Filipinas e do direito canônico em matéria de direito de família, eis que, muito embora a Constituição de 1824 bebesse da fonte dos ideais liberais e previsse a edição de uma legislação civil nacional, essa não chegou a se concretizar. Demonstra-o a edição do Decreto de 03 de novembro de 1827, que determinou a aplicação das normas do Concílio de Trento para o casamento (sessão 24, capítulo 1º - *Reformatione Matrimonii*) em todo o território do Império.<sup>34</sup>

A partir da Constituição de 1891, que se sucedeu à proclamação da República, obteve guarida a estrita separação entre Estado e Igreja,<sup>35</sup> com o reconhecimento estatal tão somente do casamento civil, excluído, portanto, o matrimônio exclusivamente religioso. É importante notar, porém, a partir da leitura do Código Civil de 1916 (promulgado sob a égide da referida Carta Constitucional), que, em se tratando do direito de família, o afastamento entre a Igreja e o Estado se deu de forma rígida apenas no plano formal. Isso porque várias normas originárias das disposições tridentinas<sup>36</sup> (v. 2.1.1), como é o caso da solenidade do

<sup>33</sup> SAMARA, Eni de Mesquita. O Que Mudou na Família Brasileira?: da Colônia à Atualidade. **Psicologia Usp**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.1-14, jan. 2002. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-65642002000200004>. p. 5.

<sup>34</sup> É texto do referido Decreto: “Dom Pedro, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos, que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte: Havendo a Assembléa Geral Legislativa resolvido, artigo unico, que as disposições do Concilio Tridentino na sessão 24, capitulo 1º de Reformatione Matrimonii, e da Cosntituição do Arcebispo da Bahia, no livro 1º titulo 68 § 291, ficam em effecticva observancia em todos os Bispados, e freguezias do Imperio, pErcedendo os Parochos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lh'o requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um delles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimentos depois de feitas as denunciações canonicas, sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus delegados praticando o Parocho as diligencias precisas recommendadas no § 269 e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente: E tendo eu sancionado esta resolução. A Mesa da consciencia e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 3 de Novembro de 1827, 6º da Independencia e do Imperio. Com rubrica de Sua Magestade Imperial. Conde de Valença”.

<sup>35</sup> À similitude da Constituição atual, a de 1841 dispunha ser vedado aos estados e à União a subvenção dos cultos religiosos. Com a emenda constitucional de 3 de setembro de 1926 detalhou tal norma, prevendo que “Nenhum culto ou igreja gosará de subvenção official, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou dos Estados. A representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implica violação deste princípio” (Art. 72, §7º).

<sup>36</sup> Acerca da solenidade do ato, preconiza o Art. 193 do Código Civil de 1916: “A solenidade celebrar-se-á na casa das audiências, com toda a publicidade, a portas abertas, presentes, pelo menos, duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, em caso de força maior, querendo as partes, e consentindo o juiz, noutra edificio, público ou particular”. Os impedimentos matrimoniais são listados no Art. 183, enquanto o Art. 229 menciona a família legítima, sendo esta criada pelo casamento, que, por sua vez, legitimava os filhos comuns concebidos ou nascidos antes dele.

ato, dos impedimentos matrimoniais, da indissolubilidade do vínculo matrimonial<sup>37</sup>, da homossexualidade e – destaca-se – da monogamia foram reproduzidas na legislação da época ou a inspiraram.

Tal percepção é indicativa de que a mudança na relação entre a República e a Igreja Católica e a conseqüente necessidade de regulamentação estatal das questões privadas, dentre elas o casamento, resultou, na prática, na institucionalização dos preceitos do direito canônico por meio das leis civis, o que explica a dificuldade da dissolução, no estudo do direito de família, entre o que tem apenas fundo ético-religioso, e aquilo que é cultural e (que encerre uma) a normatividade estatal.

Ademais, o Código Civil de 1916, em dissonância com a descrição da realidade cotidiana feita por Samara<sup>38</sup>, apresentava um quadro normativo legitimador do modelo de família patriarcal, em que a direção do núcleo doméstico cabia ao homem, encontrando-se a mulher em uma posição juridicamente subordinada. Veja-se, ilustrativamente, a disposição do art. 242, VII, do referido Código (em sua redação original), que exigia a autorização do marido, por instrumento público ou particular (c/c art. 243 do mesmo diploma legal), para que a mulher pudesse exercer ofício ou profissão. A regra descrita perdurou até 1962, quando a Lei nº 4.121/1962 a revogou.

As Constituições que se seguiram à de 1891 – 1934, 1937, 1946 e 1967 (também incluída a Emenda Constitucional de 1969) –, a despeito de suas peculiaridades nas demais áreas – previram o casamento como única forma de formação da família, além do seu caráter indissolúvel. No campo social-antropológico, todavia, a realidade da sociedade brasileira sofreu palatino distanciamento do modelo único nuclear-patriarcal. Apontou-se<sup>39</sup> que, a partir dos anos 1970, a ideia de múltiplos modelos (ou dinâmicas<sup>40</sup>) familiares passou a ser incorporada, especialmente no sul do Brasil, a partir do século XIX.

São identificados diversos fatores para essa transformação nas relações familiares entre os séculos XIX e XX, como é o caso da rápida urbanização<sup>41</sup> do país, que deságua na

<sup>37</sup> A Lei Civil de 1916 previa como uma das formas de pôr fim à sociedade conjugal o chamado “desquite”, cabível apenas em caso de adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono conjugal. O desquite punha fim somente ao regime de bens do casamento, todavia era mantido o vínculo matrimonial.

<sup>38</sup> SAMARA, Eni de Mesquita. O Que Mudou na Família Brasileira?: da Colônia à Atualidade. **Psicologia Usp**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.1-14, jan. 2002. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-65642002000200004>.

<sup>39</sup> SAMARA, Eni de Mesquita. O Que Mudou na Família Brasileira?: da Colônia à Atualidade. **Psicologia Usp**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.1-14, jan. 2002. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-65642002000200004>.

<sup>40</sup> Sobre a escolha entre os termos “modelos” e “dinâmicas” familiares, ver ponto 2.

<sup>41</sup> ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana. **Tendências demográficas, dos domicílios e das famílias no Brasil**. 2012. Disponível em:

mudança no próprio estilo de vida das pessoas. Com base em dados demográficos obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Alves e Cavenaghi sustentam que o Brasil, na metade do século XX, sofreu uma rápida modernização, industrialização e urbanização, com o crescimento da população urbana em 8,5 vezes e a diminuição da população rural em 10% (dez por cento) entre 1950 e 2010.<sup>42</sup>

O que parece ter maior impacto nessa seara, todavia, está no reconhecimento de direitos às mulheres. Como colocado acima, muitas das normas da legislação civil vigente legitimavam uma posição de subordinação feminina dentro das famílias. O exemplo citado da necessidade de autorização do marido para o trabalho da esposa é emblemático. A partir de 1962, com a Lei nº 4.121 (Estatuto da Mulher Casada), essa deixou de ser uma regra cogente do direito das famílias, assim como foi conferida a mulher sua capacidade civil plena.

A reforma na legislação cível apresentou um quadro de busca pela igualdade entre gêneros, sobretudo dentro do ambiente doméstico, rompendo com o patriarcalismo. Indicou, ao mesmo tempo, um primeiro distanciamento do comportamento social dos preceitos morais da religião católico-cristã. Outro ponto de ruptura com esses dogmas foi o fim da indissolubilidade do casamento pela Emenda Constitucional 09/1977.

A Constituição de 1988 representou uma última cisão promovida pelo legislativo em relação à ideia de família legítima-matrimonial do direito canônico quando, em seu art. 226, §3º, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. A definição e a regulamentação das uniões estáveis ainda não existiam.<sup>43</sup> Contudo, foi clara a intenção do constituinte em expressamente dispor acerca de uma forma de convivência diversa do casamento em razão de sua informalidade. As uniões estáveis, nesse contexto, vieram para substituir o instituto criado pela doutrina de nome “concubinato legítimo”, que se referia às uniões duradouras entre homens e mulheres que não tivessem impedimentos para o casamento.

---

<[http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias\\_demograficas\\_e\\_de\\_familia\\_24ago12.pdf](http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias_demograficas_e_de_familia_24ago12.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2016.

<sup>42</sup> ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana. **Tendências demográficas, dos domicílios e das famílias no Brasil**. 2012. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias\\_demograficas\\_e\\_de\\_familia\\_24ago12.pdf](http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias_demograficas_e_de_familia_24ago12.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2016. p. 06.

<sup>43</sup> A primeira regulamentação do art. 226, §3º, da Constituição Federal foi a Lei nº 8.971/94. Este Diploma Legal previa um prazo de convivência mínimo de 05 (cinco) anos entre os companheiros ou a existência de prole comum para que estivesse configurada a união estável. A Lei nº 9.278/96 a seguiu, pondo fim ao requisito temporal ou dos filhos em comum, definindo a união estável como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição da família. Tal descrição foi reproduzida pelo Código Civil de 2002. ESPINOSA, Marcello. **Evolução histórica da união estável**. [200-]. Disponível em: <[http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo\\_evolucao\\_historica\\_da\\_uniao\\_estavel\\_0.pdf](http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2016.

Os objetivos do constituinte na redação do art. 226 (e parágrafos que o seguem), da Constituição, podem ser extraídos da leitura dos Anais da Comissão da Família, da Educação, da Cultura e Esportes, da Ciência, da Tecnologia e da Comunicação.<sup>44</sup> As discussões travadas, na oportunidade, esclarecem que a família foi definida como célula base da sociedade, tendo em vista a realização pessoal de cada indivíduo. A intenção, no entanto, era de dar prioridade para o casamento como forma de constituição da família. A previsão das uniões estáveis se deu como forma de proteger também essas formas de convivência, porém dentro da lógica apriorística do casamento, o que é confirmado pela disposição de que deveria ser facilitada a conversão das uniões estáveis em matrimônio.<sup>45</sup> Outra preocupação que aparece como principal nas falas dos constituintes é a de assegurar igualdade de posições ocupadas por homens e mulheres dentro do espaço doméstico, com direitos iguais na “sociedade conjugal”.

Interpretando o texto constitucional, porém, a doutrina especializada se afastou progressivamente dos objetivos iniciais do constituinte. Foram apreendidos os princípios da afetividade, pluralidade e igualdade entre as famílias, atualmente apontados como pedras angulares do direito das famílias.

### 2.1.4 “Novos” arranjos familiares e a busca pelo reconhecimento

Há uma percepção generalizada de mudança na configuração das dinâmicas familiares da atualidade em relação ao modelo matrimonial-patriarcal. Esse sentimento pode ser corroborado por dados demográficos que funcionam como indicadores mais precisos das tendências familiares brasileiras até a atualidade. Os censos demográficos feitos pelo IBGE<sup>46</sup>

<sup>44</sup> ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, 1987, Brasília. **Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte**. S.l.: Congresso Nacional, [1988]. 280 p. p. 55-56.

<sup>45</sup> A fala do constituinte Eraldo Tinoco é ilustrativa: “No que se refere à família, logo no art. 1º, procuramos caracterizar a família e a sua importância dentro da sociedade. Assim é que definimos a família como a célula básica da sociedade e, como tal, merecendo, tendo direito à proteção social, econômica e jurídica do Estado, naturalmente, tudo isso com vistas à realização pessoal de cada indivíduo, membro da família. Depois de definir a família, no §1º, procura-se estabelecer qual a forma prioritária, predominante, fundamental da constituição da família e dizendo que sua celebração deverá ser gratuita. (...) No §3º, temos um conceito novo em termos de Constituição. (...) Tanto na proposta de Affonso Arinos como no Conselho Nacional de Direitos da Mulher e de outras entidades, essa união estável era tratada no mesmo parâmetro, no mesmo nível, no mesmo *status* do casamento civil. Nós achamos por bem fazer uma distinção, dando prioridade, destacando o casamento civil como a forma mais adequada de constituição da família, entretanto, reconhecendo para os efeitos de proteção do Estado, essas uniões estáveis, entre o homem e a mulher, como entidade familiar”. (...) Esse parágrafo foi complementado, dizendo que a lei facilitará a sua conversão em casamento, dentro exatamente do espírito em que se tratou o casamento”. ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, 1987, Brasília. **Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte**. S.l.: Congresso Nacional, [1988]. 280 p. p. 55.

<sup>46</sup> ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana. **Tendências demográficas, dos domicílios e das famílias no Brasil**. 2012. Disponível em: <[http://www.ie.uftj.br/aparte/pdfs/tendencias\\_demograficas\\_e\\_de\\_familia\\_24ago12.pdf](http://www.ie.uftj.br/aparte/pdfs/tendencias_demograficas_e_de_familia_24ago12.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2016. p. 11.

demonstram que, na década de 1960, o percentual de uniões consensuais era de 6,5% (seis e meio por cento), enquanto os casamentos somente religiosos, somente civis e civis e religiosos somavam 93,5% (noventa e três vírgula cinco por cento) do total das uniões. Em 2010, contudo, o número registrado foi de 36,4% (trinta e seis vírgula quatro por cento) para as uniões consensuais e 63,6% (sessenta e três vírgula seis por cento) para os casamentos. Notórios restam, portanto, um expressivo aumento no número de uniões estáveis e uma significativa queda do percentual de casamentos.<sup>47</sup>

Paralelamente a essa transformação na composição das uniões heterossexuais, cresceu com mais força no final do século XX e início do século XXI o movimento de busca pelo reconhecimento jurídico-social dos arranjos formados por pessoas do mesmo sexo. Comumente apresentado como um dos frutos da revolução sexual experimentada nos anos 1960 e 1970 (apesar de suas múltiplas acepções<sup>48</sup>), foi criado, a partir da popularidade do rompimento com os ideais da família legítima, o ambiente para discussão a respeito dos direitos de homossexuais, e o surgimento de grupos organizados para reivindicá-los<sup>49</sup>.

Sem se preocupar em traçar uma linha histórica detida das questões pertinentes aos arranjos homoafetivos (por não ser esse o objeto desse trabalho), um fato a ser notado a respeito da força que ganhou a luta por reconhecimento dessas “novas”<sup>50</sup> dinâmicas familiares foi a inclusão dentro do censo 2010 realizado pelo IBGE de pontos capazes de identificar, entre as tendências demográficas brasileiras, o número de famílias compostas por pessoas do mesmo sexo. Na pesquisa, constatou-se que, naquele ano, o Brasil possuía cerca de 58.000 (cinquenta e oito mil) casais homoafetivos vivendo no mesmo domicílio, correspondendo ao total de 0,1% (zero vírgula um por cento) das unidades domésticas do país.<sup>51</sup>

No âmbito jurídico, cresceram as vozes em defesa do reconhecimento das uniões homoafetivas na qualidade de entidades familiares, com a atribuição de direitos e obrigações

<sup>47</sup> ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana. **Tendências demográficas, dos domicílios e das famílias no Brasil.** 2012. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias\\_demograficas\\_e\\_de\\_familia\\_24ago12.pdf](http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias_demograficas_e_de_familia_24ago12.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2016. p. 11.

<sup>48</sup> FONTOURA JUNIOR, Antonio. **Pornotopias conjugais: subjetividades e sexualidades no surgimento do swing no Brasil.** 2015. 282 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de História, Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 102.

<sup>49</sup> A institucionalização do “Dia do orgulho gay” é ilustrativa da organização de um movimento em defesa dos direitos dos homossexuais, tendo se originado a partir de uma rebelião de travestis chamada de “Motim de *Stonewall*”, ocorrida em 28 de junho de 1969, no *Greenwich Village*. DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a justiça.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

<sup>50</sup> É utilizada a expressão entre aspas por não ser cabível acreditar se tratar de uma forma de família que surgiu em um determinado período, e sim de um comportamento que ganhou força para buscar o reconhecimento de direitos a partir de um certo período histórico, propício para tanto.

<sup>51</sup> BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira.** Rio de Janeiro: IBGE, 2015. p. 44

aos seus integrantes, como a possibilidade de adoção de crianças, previsão de regime de bens, responsabilidade alimentar mútua, etc.

Em 2008, o STJ<sup>52</sup>, entendeu ser possível a utilização do instrumento interpretativo da analogia para incluir dentro do conceito de uniões estáveis do Código Civil também as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. Uma série de outros julgados do referido Tribunal seguiram a mesma linha, como foi o caso do REsp nº 889.852/RS<sup>53</sup>, que reconheceu a possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais.

A discussão sob a perspectiva constitucional do tema se deu por meio do julgamento conjunto das ADPF nº132<sup>54</sup> e da ADI nº 4277<sup>55</sup> pelo STF. Por meio da decisão, foi aplicada a técnica da interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, que define as uniões estáveis no plano infraconstitucional, para afastar qualquer leitura de seu texto que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família e a consequente aplicação das regras previstas para as uniões estáveis heteroafetiva.<sup>56</sup>

Como consequência da conclusão a que chegou a Corte constitucional brasileira, o CNJ editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013<sup>57</sup> que vedou às autoridades competentes a recusa em habilitar, celebrar o casamento civil ou converter as uniões estáveis para os casais formados por pessoas do mesmo sexo. Por meio desse ato administrativo, passou a estar vinculado ao seu cumprimento o Poder Judiciário como um todo, bem como os serviços notariais e de registro, também subordinados ao CNJ, por força do disposto no art. 103-B, §5º, da CRFB. Em termos estatísticos, foram contabilizados no ano de 2014 – portanto, após a normalização da questão pelo CNJ – o total de 4.854 (quatro mil, oitocentos e

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 820.475. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário Oficial da União**. Brasília, 02 set. 2008.

<sup>53</sup> Exemplificamente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2010.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 out. 2011.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 out. 2010.

<sup>56</sup> Registre-se, primeiramente, a existência de divergências no acórdão firmado no referido julgamento: os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso defenderam a impossibilidade de enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas, porém, com possibilidade de conformação pelo legislador, por se tratar de uma nova união familiar. Outra ressalva a ser feita, nesse ponto, é a de não ser olvidada a existência de críticas doutrinárias aos fundamentos da decisão do STF, sobretudo no que diz respeito ao embasamento jurídico-dogmático, deixados de lado o aspecto político e retórico da decisão.

<sup>57</sup> O inteiro teor da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, é: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

cinquenta e quatro) casamentos entre pessoas do mesmo sexo registrados em cartório.<sup>58</sup> O referido número ainda não parece capaz de refletir a realidade do total de arranjos familiares desse tipo, porém já é um primeiro indicativo dos impactos práticos que a decisão do STF foi capaz de provocar.

De maneira similar ao ocorrido com as uniões homoafetivas, nos últimos anos, ganhou espaço o debate doutrinário a respeito da poliafetividade e a inclusão de alguma de suas formas de convivência também como entidades familiares. A *ratio decidendi* do emblemático julgamento feito pelo STF quanto aos casais de pessoas do mesmo sexo, diante da predominância de um discurso de ampliação do conceito de família a partir de traços como a afetividade, a ostentabilidade e a comunhão de vida, indicou a possibilidade de utilização do mesmo raciocínio para as uniões poliafetivas. O reconhecimento dessa dinâmica familiar pareceu ser o passo seguinte a ser dado em matéria de inclusão no tratamento jurídico do direito das famílias. O tema, no entanto, permanece pouco explorado, razão pela qual se pretende, a seguir, apresentar uma abordagem mais completa ao seu respeito.

## 2.2 POLIAFETIVIDADE: UMA DESMISTIFICAÇÃO NECESSÁRIA

Em razão da natureza ainda incipiente das discussões em torno do poliamorismo ou da poliafetividade, o plano de fundo conceitual do qual o fenômeno necessita é escasso. Não raro, há confusão de definições essenciais para que o estudo jurídico-dogmático se dê de forma precisa. Podem ser encontradas várias expressões aparentemente direcionadas ao mesmo comportamento, porém, com áreas de definição distintas, como é o caso de poliafetividade, simultaneidade familiar, poligamia, etc.

### 2.2.1 Origens da poliafetividade

O fenômeno da poliafetividade é característico da sociedade contemporânea do círculo cultural ocidental. Uma de suas apontadas causas é o chamado “movimento de contracultura”, surgido a partir dos anos 1950, sobretudo nos Estados Unidos, que se iniciou por meio das manifestações musicais da época e se propagou para diversas áreas do comportamento humano, dentre elas a da sexualidade. Mais especificamente quanto a ela, a década de 1960 é considerada um marco temporal – a já mencionada revolução sexual – pelo

---

<sup>58</sup> BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do registro civil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. p. 41.

desenvolvimento e divulgação de métodos contraceptivos, a valorização do ato sexual como uma forma de prazer, e não como uma forma de procriação humana, além do crescimento da causa feminista.<sup>59</sup>

Despontam, nesse contexto, os meios de vida alternativos, significando relacionamentos que não correspondiam ao paradigma monogâmico-heterossexual, a exemplo dos arranjos homoafetivos e também da poliafetividade. Anapol<sup>60</sup>, ao tratar acerca do poliamorismo no país norte-americano, aponta que um dos “gens” do poliamorismo foi a Comunidade Oneida, fundada por John Humphrey Noyes, em 1848 (posteriormente dissolvida, segundo a autora, devido à pressão legal da época). Baseava-se na ideia do casamento complexo, em que todos os homens e mulheres da comunidade eram considerados casados uns com os outros. Também a cultura Mórmon (que surgiu nos Estados Unidos) aceitou, durante certo tempo, o chamado casamento plural de um homem com mais de uma mulher (“Doctrine of Plural Wives”). Atualmente, porém, ela foi oficialmente rejeitada pelos líderes da Igreja Mórmon, sob pena de serem os seus praticantes excomungados.<sup>61</sup>

Porém, foi entre décadas de 1970 e 1980 que cresceu com maior destaque o interesse acadêmico a respeito dos meios alternativos de vida. Em 1971, 1972 e 1975 foram realizadas três conferências – “*The Future Marriage and Parenthood*”, “*Societal Planning for Family Pluralism*” e “*Adventure in loving: A Conference on Alternative Lifestyle*” – em que foi discutido, dentre outras formas de convivência, o poliamorismo, originando-se, a partir de tais debates, algumas das construções teóricas ao seu respeito.<sup>62</sup>

Após a década de 1980, com o surgimento de questões ligadas à saúde e responsabilidade nas relações sexuais provocadas pela epidemia de AIDS ao redor do mundo, sofreu arrefecimento o debate em torno das relações de poliamor.<sup>63</sup> A retomada do interesse no assunto se deu a partir da década de 1990 e nos anos seguintes, com o surgimento, inclusive, de produções artísticas a seu respeito. Foi justamente no ano de 1990 que o termo

---

<sup>59</sup> FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar:** correlatos valorativos e afetivos. 2013. 258 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

<sup>60</sup> ANAPOL, Deborah. **Polyamory in the 21st century:** love and intimacy with multiple partners. Maryland: Rowman & Littlefield, 2010. p. 925.

<sup>61</sup> MORMON.ORG. **Os mórmons praticam a poligamia?** Disponível em: <<https://www.mormon.org/por/perguntas-frequentes/pratica-da-poligamia>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

<sup>62</sup> FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar:** correlatos valorativos e afetivos. 2013. 258 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

<sup>63</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do direito civil-constitucional:** a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor. 2014. 259 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, 2014. p. 110.

“poliamorismo”, no sentido ora proposto<sup>64</sup>, foi utilizado. Em um jornal de publicação da “Igreja de Todos os Mundos”, o artigo chamado “*A bouquet of lovers*”, contém a expressão *poly-amorous*, no mister de adjetivar pessoas que mantivessem relacionamentos afetivos abertos (não-monogâmicos) baseados no comum acordo. Logo em seguida, a mesma Igreja organizou um glossário de terminologia relacional, fazendo uso da palavra “poliamor”<sup>65</sup>.

No Brasil, nota-se que o interesse da opinião pública<sup>66</sup> e doutrinário em torno das relações de poliamor ganhou expressividade, sobretudo, nos anos 2000. Foram apontados<sup>67</sup> dois exemplos de como o entretenimento tornou-se um holofote para as relações poliafetivas: a série brasileira de nome “Aline”, comédia romântica inspirada nos quadrinhos de Adão Iturrusgarai, que conta a história de uma mulher que mora com dois namorados, Otto e Pedro e, traduziria a geração que acredita no amor e coloca sua felicidade acima de tudo; e, ainda, o personagem Cadinho, da telenovela produzida pela Rede Globo de Televisão, “Avenida Brasil”, que chega a simular um casamento com três mulheres. O destaque no meio jurídico veio no período posterior ao reconhecimento pelo STF dos arranjos homoafetivos como formas de família, porque, como visto, a fundamentação utilizada pela maioria dos Ministros daquela Corte, baseada na ideia de pluralidade e igualdade das entidades familiares, favoreceu o raciocínio analógico para esses arranjos.

Grande parte das abordagens feitas no meio acadêmico, contudo, trouxeram a questão da poliafetividade estritamente ligada às chamadas uniões simultâneas, em que há a concomitância entre dois núcleos de convivência com um integrante em comum. Quando um dos integrantes do núcleo paralelo busca o Poder Judiciário na defesa de alguns direitos (divisão de bens, pensão alimentícia, ratei de pensão *post mortem*, etc.), esse se vê obrigado a ter de discutir os efeitos jurídicos dessa situação de fato. O grande número de ações que contém tal celeuma é causa provável para o interesse em debatê-la; contudo, como será mais bem destrinchado, a poliafetividade, não obstante tenha uma área de conexão com a simultaneidade familiar, não pode ser considerada exatamente a mesma coisa em relação a

---

<sup>64</sup> Destaca-se que a utilização do termo poliamor (e suas derivações) tem origem mais remota, porém sua utilização não tinha o significado que hoje representa. A respeito ver: CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando vári@s**: Individualização, redes, ética e poliamor. 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências da Comunicação, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 9-10.

<sup>65</sup> CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando vári@s**: Individualização, redes, ética e poliamor. 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências da Comunicação, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 11.

<sup>66</sup> FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar**: correlatos valorativos e afetivos. 2013. 258 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. p. 32-33.

<sup>67</sup> Por: FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar**: correlatos valorativos e afetivos. 2013. 258 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. p. 32.

ela, havendo, portanto, a necessidade de separação desses importantes conceitos. Antes, porém, é preciso voltar-se para a delimitação do que seria poliamor ou poliafetividade.

### 2.2.2 Conceito de poliafetividade

Em meio à dificuldade de conceituação da poliafetividade, sobressaem dois aspectos de unanimidade dos autores que tratam sobre o assunto: (a) a multiplicidade afetiva e (b) o consenso entre os seus integrantes.

O primeiro deles (a) é aquele eminentemente definidor dessas relações, por se tratar de uma dinâmica de relacionamento humano, em que são desenvolvidos vínculos afetivos ou amorosos entre mais de duas pessoas. Nesse ponto, a questão sexual não ocupa posição de destaque na caracterização do poliamorismo, mas sim a interação amorosa entre as pessoas. Para ficar mais claro, basta pensar no exemplo de um casal que mantenha relações sexuais com terceiros, a exemplo das relações de *swing*<sup>68</sup> – nesse caso, como não há a formação de afeto entre aqueles que interagem sexualmente, não se poderia falar em arranjo poliafetivo.

O segundo aspecto (b) destaca ponto essencial da ética poliamorista. Diz respeito à necessidade de consentimento entre todos os integrantes do arranjo. Sobretudo em sua abordagem transcendental, o poliamor é tratado como uma filosofia de vida, que entende serem as pessoas capazes de direcionar seu afeto (no sentido romântico) para mais de um indivíduo. Explica Anapol<sup>69</sup> que os seus adeptos compreendem que o amor não pode ser forçado a fluir somente em única direção e, por isso, desfazem-se de expectativas ou cobranças de determinado modelo pré-determinado de convivência. Nesse contexto, honestidade e transparência são importantes para que não haja confusão nos “termos” das regras criadas para cada relacionamento. Sob essa perspectiva, a infidelidade, assim como ocorre para os casais, pode estar presente nos arranjos poliafetivos, pois aquele que agir em desacordo com o que ficou definido como aceitável ou não nas regras de convivência estará ferindo a confiança nele depositada pelos demais integrantes do grupo.

---

<sup>68</sup> O *swing*, assim como o poliamorismo, pode ser encarado como um comportamento não-monogâmico se encarada a monogamia como uma forma de exclusividade sexual. No entanto, diferencia-se do poliamor pois os seus praticantes visam apenas a uma atividade recreativa, da prática sexual com terceiros, sem a formação de um vínculo afetivo. FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos**. 2013. 258 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. p. 41.

<sup>69</sup> ANAPOL, Deborah. **Polyamory in the 21st century: love and intimacy with multiple partners**. Maryland: Rowman & Littlefield, 2010. p. 154.

Fincadas sobre esses dois pilares de sustentação, as relações poliafetivas podem assumir as mais diversas formas de configuração. Anapol<sup>70</sup> elenca alguma das formas de convivência mais comumente identificadas: (a) o casamento/relacionamento aberto, em que o casal permite o envolvimento afetivo com terceiros, de acordo com os limites pré-estabelecidos entre eles; (b) a rede íntima, na qual um grupo de pessoas dividem a sua vida íntima, com coabitação ou não; (c) o casamento por grupo, que consiste em um compromisso a longo prazo, incluindo três ou mais pessoas, sem importar os seus respectivos gêneros; e, por fim, (d) a tríade, identificada pela existência de um relacionamento afetivo e sexual entre três pessoas, aberto ou fechado, sob o ponto de vista da interação com terceiros.

Nessas formas de configuração é possível notar pontos de convergência entre a poliafetividade e a poligamia, esta última que pode ser considerada como uma das formas de relacionamento não-monogâmico mais conhecidas. Para Anapol<sup>71</sup>, porém, há uma importante distinção entre elas: enquanto a poligamia significa estar casado com mais de uma pessoa, independentemente do gênero, o poliamorismo conecta-se com a adoção de valores como a liberdade de escolha da exclusividade sexual e afetiva ou não entre parceiros. Em outros termos, alguém que adota o poliamorismo pode manter um relacionamento com parceiros, que, na medida em que não permite o envolvimento com terceiros alheios ao núcleo de convivência, aproxima-se da monogamia; porém essa é uma escolha, não uma imposição, que está sujeita a mudanças ao longo do relacionamento. A forma adotada pelos envolvidos – se há um casamento grupal ou uma rede de relacionamentos entre pessoas legalmente solteiras – não é o fator determinante para a caracterização do poliamor, e sim a ressaltada liberdade, sem regras pré-definidas, baseada nos sentimentos e no diálogo a respeito deles entre os parceiros.

Note-se que a idealização do poliamor sobreleva questões em sintonia com as origens desse movimento comportamental, de valorização das liberdades individuais. Não guarda semelhança com a poligamia em sua vertente islâmica, à qual é comumente associada. A “lei” do Islã, contida no Corão, permite o casamento de um homem com mais de uma mulher, limitando-o ao número de quatro esposas, que, segundo consta, devem ser tratadas igualmente.

A problemática dessa previsão é a sua relação de origem com uma cultura patriarcal, não apenas porque permite o casamento poligâmico apenas para o homem (poliginia), mas

---

<sup>70</sup> ANAPOL, Deborah. **Polyamory in the 21st century: love and intimacy with multiple partners**. Maryland: Rowman & Littlefield, 2010.

<sup>71</sup> ANAPOL, Deborah. **Polyamory in the 21st century: love and intimacy with multiple partners**. Maryland: Rowman & Littlefield, 2010.

também porque comumente reduz a mulher a uma posição inferior, subordinada à figura masculina.<sup>72</sup>

A poligamia, em ambas as suas formas – poliginia para o homem casado com mais de uma mulher e poliandria para uma mulher casada com mais de um homem – atrela-se à ideia de casamento com mais de uma pessoa, e não apenas de convivência duradoura. Do ponto de vista jurídico, essa definição traz repercussões que serão mais bem tratadas posteriormente. Por ora, mostrou-se relevante apenas esclarecer os contornos da poliafetividade, no intuito de mais bem compreender esse fenômeno, sem associá-lo somente à figura da poligamia.

### 2.2.3 Poliafetividade, simultaneidade familiar e união estável putativa

A existência de relações amorosas paralelas a um casamento ou a uma união estável tem se mostrado uma situação controversa para o direito. A expressiva parte das demandas judiciais<sup>73</sup> em que se discute o conceito de família sob o ponto de vista da monogamia ser ou não um princípio jurídico limitador da formação dos arranjos familiares diz respeito aos casos de relações simultâneas.

A confusão entre a simultaneidade familiar e a poliafetividade justifica a importância de, antes de tudo, traçar algumas considerações a respeito desses dois fenômenos. Desde logo, há que se observar que a concomitância entre dois núcleos de convivência amorosa pode ou não se dar com o consentimento de todos os envolvidos. Se a concordância existe, essa dinâmica de convivência pode se enquadrar entre uma das formas do poliamorismo, já que não há modelo pré-definido para esses arranjos, não sendo necessária sequer a coabitação, mas sim o vínculo afetivo formado entre seus integrantes. Quando a anuência não se faz presente, todavia, não há que se falar em poliamor, uma vez que, como ressaltado no tópico

<sup>72</sup> A mencionada associação é comum e tem como consequência a proibição da poligamia como forma de emancipar e proteger direitos femininos. Assim aconteceu em Tunez, em 1956, um dos pioneiros dentre os países do mundo árabe-muçumano a estabelecer em suas leis a vedação ao casamento poligâmico, tratando tal mudança como uma forma de vedar o tratamento discriminatório às mulheres. No Marrocos, o Código de Família (Mudawana), o casamento com mais de uma mulher sofre diversas restrições, como a obrigação de tratamento igual a todas as esposas, o dever de informação à atual e à nova esposa e, ainda, a necessidade de autorização judicial. Segue a mesma linha a Argélia, que exige a presença de um motivo legalmente previsto para tanto, como a esterilidade ou a enfermidade grave da primeira mulher. PÉREZ, Pilar Juárez. *Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?*. *Revista Eletrónica de Estudios Internacionales*, S.i., v. 23, n. 1, p.1-45, jun. 2012. Semestral. Disponível em: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num23/articulos/jurisdicion-espanola-poligamia-islamica-matrimonio-forzoso>>. Acesso em: 31 maio 2016. p. 4.

<sup>73</sup> Atualmente, dois Recursos Extraordinários – RE nº 656289/SE e RE nº 66946-5/ES –, que seguem o rito de repercussão geral, têm como objeto a possibilidade de coexistência entre duas uniões estáveis concomitantes. A forma como o Poder Judiciário tem lidado com essas situações será melhor abordada no capítulo 5 (ponto 5.2).

anterior, são elementos essenciais desse comportamento a honestidade e transparência entre aqueles que convivem em poliafetividade.

No caso das uniões paralelas em que está ausente o consentimento dos envolvidos, podem ser destacadas duas situações: (a) nenhum dos conviventes em simultaneidade (à exceção da pessoa em comum a ambos os núcleos) tem conhecimento da existência do outro; (b) apenas um dos conviventes em simultaneidade (não inclusa a pessoa comum a ambos os núcleos) tem conhecimento da existência do outro.

A primeira hipótese (a) é tratada juridicamente sob a denominação de casamento ou união estável putativa. Instituto correlato, o casamento putativo tem previsão legal no art. 1.561, do CC, aplicável à hipótese de coexistência entre dois vínculos matrimoniais, em que um dos nubentes ou ambos, embora incursos em erro de fato ou de direito, encontravam-se de boa-fé na celebração do casamento, razão pela qual o legislador infraconstitucional concedeu-lhes o aproveitamento dos direitos benéficos decorrentes da união conjugal. Contrariamente, não há previsão na norma civil voltada à constituição de duas uniões estáveis em simultaneidade, em que os companheiros desconhecem tal circunstância. Apesar da omissão legislativa, no entanto, parte da doutrina entende cabível a utilização da analogia para reconhecer os efeitos também às uniões estáveis putativas<sup>74</sup>, por se privilegiar a boa-fé da qual se entende revestida a conduta daqueles integrantes.

Para a segunda situação anteriormente narrada, em que apenas um dos conviventes em simultaneidade (que não a pessoa comum a ambos os núcleos) sabe da existência da segunda união (b), aplica-se, majoritariamente, a definição do art. 1.727, segundo o qual “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de se casar, constituem concubinato”, excluindo-as do tratamento de entidade familiar.

Diante da inexistência do consenso em ambas as referidas hipóteses, esclarece-se que somente o caso de uniões simultâneas em que há conhecimento e anuência quanto a essa condição configuram área de intersecção com o poliamorismo, portanto, com relevância para a presente investigação, que volta os olhos para relação entre o direito e a poliafetividade.

## **2.2.4 Dados sobre a poliafetividade no Brasil**

Como forma de apresentar a relevância da discussão jurídico-dogmática quanto à constitucionalidade do possível reconhecimento ou da omissão no reconhecimento das uniões

---

<sup>74</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 459.

poliafetivas, devem ser perpassados dados concretos da existência desses arranjos no contexto nacional. Foi apontado em linhas anteriores que o poliamorismo é um comportamento (ou uma filosofia de vida) de origens contemporâneas e, como tal, com um número reduzido de estudos ao seu respeito.

A inexistência de dados estatísticos indicativos do quantitativo de uniões poliafetivas atualmente registradas no país, ou mesmo de domicílios em que se observe essa configuração de convivência diagnóstica, ao mesmo tempo, a novidade do tema e a resistência em tratá-lo. A esse respeito, observa-se que, não obstante tenha o IBGE se atualizado no tratamento conferido à pesquisa demográfica nacional – incluindo formas de convivência como os arranjos unipessoais, arranjos familiares sem parentesco<sup>75</sup> e as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo – aquele ainda não possui nenhum indicador específico a respeito do poliamorismo. Parece, no entanto, haver abertura para uma futura inclusão, já que a definição de família adotada pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD é ampla, sem referência à limitação monogâmica. É caracterizada a família como um conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residentes na mesma unidade familiar e, também, a pessoa que mora só em uma unidade domiciliar.<sup>76</sup>

O recente interesse da opinião pública a respeito da temática, todavia, permite que se tenha ao menos um recorte parcial da realidade brasileira. O primeiro registro cartorário de uma união formada entre três pessoas – um homem e duas mulheres – foi feito no ano de 2012, na cidade de Tupã, Estado de São Paulo<sup>77</sup>. Seguiram-se ao caso paradigmático mais três registros de contratos ou declarações de união poliafetiva – duas no ano de 2015, no Estado de São Paulo<sup>78</sup> e no Rio de Janeiro<sup>79</sup>, respectivamente; e outra em 2016, também no Estado do Rio de Janeiro<sup>80</sup>. A notária titular do 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro afirmou, inclusive,

<sup>75</sup> BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. p. 39.

<sup>76</sup> BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. p. 39.

<sup>77</sup> IBDFAM (Brasil). Assessoria de Comunicação. **Escritura reconhece união afetiva a três**. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>78</sup> WERNECK, Keka. **Poliamor: homem e 2 mulheres registram em cartório união a 3**. 2015. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/brasil/poliamor-homem-e-2-mulheres-registram-em-cartorio-uniao-a-3,2aec7e7abe10835d47cb7168db8979bf93thm8t1.html>>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>79</sup> MARTÍN, Maria. **As três namoradas que desafiam a 'família tradicional brasileira'**. 2015. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/24/politica/1445698719\\_312701.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/24/politica/1445698719_312701.html)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>80</sup> MENDONÇA, Alba Valéria. **Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação**. 2016. Disponível em: <Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação>. Acesso em: 15 set. 2016.

em reportagem, que já havia registrado outras 7 (sete) uniões poliafetivas, uma delas composta por cinco integrantes<sup>81</sup>.

Tamanha a repercussão dos casos, foi instaurado, perante a Corregedoria Nacional de Justiça (vinculada ao CNJ), pedido de providência, após representação feita pela Associação de Direito de Família e Sucessões, no mister de estudar a matéria com vistas a uma possível regulamentação da atuação notarial.<sup>82</sup> Como medida preventiva, foi sugerido pelo Órgão a suspensão pelos cartórios do registro das uniões poliafetivas até que encerrado o procedimento administrativo em questão.

No âmbito do Poder Legislativo, foi encaminhado, em fevereiro de 2016, o Projeto de Lei nº 4.302/2016, que tem como objeto a proibição expressa do reconhecimento das uniões poliafetivas, por meio da reforma da Lei nº 9.278/1996 (Lei das Uniões Estáveis), incluindo-se em seu art. 1º o seguinte parágrafo único: “É vedado o reconhecimento de União Estável conhecida como ‘União Poliafetiva’ formada por mais de um convivente”. A justificativa apresentada para o referido Projeto de Lei é a de que a poligamia é um “atentado”, uma ameaça, à família tradicional, além de ser contrária aos costumes, à cultura e aos valores sociais brasileiros.

Todos os fatos acima elencados demonstram que a poliafetividade é um tema que bate à porta do Direito não apenas sob o viés doutrinário, mas também prático, exigindo respostas que dependerão de um aporte legislativo e jurídico-dogmático robusto. De um lado, os registros cartorários dessas uniões, não surpreendentemente, podem ser questionados ou ter seus efeitos cobrados no Poder Judiciário. De outro, questões como a possibilidade ou não de proibição da efetivação desses registros perpassa a discussão jurídica acerca da compatibilidade do não tratamento jurídico conferido à poliafetividade com a norma constitucional. Por último, tentativas de regulamentação da matéria, ainda que objetivem proibir o seu reconhecimento, também devem passar pelo crivo do controle de constitucionalidade.

---

<sup>81</sup> AMÂNCIO, Thiago. 'Casais' de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>82</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulam>>. Acesso em: 15 set. 2016.

### 3 EM BUSCA DE PARÂMETROS PARA A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS: DIREITOS FUNDAMENTAIS À FAMÍLIA E À IGUALDADE

Se a apresentação da formação histórica dos contornos normativos do direito de família no Brasil é capaz de revelar a forte influência da ética religiosa e das práticas sociais majoritárias, abre-se espaço para perscrutar se, diante da relevância de formas não previstas de relacionamento humano, estas também poderiam ser incluídas sob a égide do Direito, mais especificamente do Direito Constitucional. A análise constitucional da situação jurídica das uniões poliafetivas se afina a tal reflexão: utilizando-se de um específico método jurídico-científico, investiga-se se a norma constitucional seria capaz de albergar tais relações humanas, seja pelo reconhecimento de uma vedação de omissão estatal de sua regulamentação e consequente criação civil-institucional, seja por meio (oposto) da vedação de atuação positiva do legislador ordinário.

Como metodologia jurídica a ser utilizada nesse mister, o trabalho vale-se da teoria liberal dos direitos fundamentais. Trata-se de um desdobramento da teoria política do Liberalismo (mais ampla) no Direito, e, como tal, pauta-se, também, por uma neutralidade ética dos dos direitos fundamentais, de modo que concepções individualizadas ou comunitárias de “vida boa” não sejam impostas de forma geral pelo Estado<sup>83</sup>. A justificação para legitimidade das normas, como se verá adiante, não se funda em um conceito de “bom” específico, e sim em um procedimento que verifica a compatibilidade das normas e outros atos estatais, tomando-se em consideração os parâmetros constitucionais. Adota-se, nessa linha, como referencial teórico principal a abordagem da teoria liberal dos direitos fundamentais por autores nacionais, a exemplo de Martins, Dimoulis<sup>84</sup> e Mendes<sup>85</sup>; além da doutrina internacional traduzida, como é o caso de Pieroth e Schlink<sup>86</sup>.

Diferentemente, na doutrina especializada, o exame da temática tem sido recorrentemente feito com base na perspectiva da *teoria principiológica*, fundada, sobretudo, na ponderação de *princípios constitucionais* colidentes – de um lado, a dignidade humana, liberdade e igualdade e, do outro, a segurança jurídica e a monogamia, esta última elevada à

<sup>83</sup> FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**. São Paulo: Boitempo, 2010. Tradução de Denilson Luis Werle.

<sup>84</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

<sup>86</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco.

categoria de princípio jurídico. Autores como Pianovski, acerca do tratamento constitucional da família, identificam, ainda, o que denomina de “princípio eudemonista”<sup>87</sup>, o qual estaria voltado à proteção do espaço em que o indivíduo possa buscar sua felicidade em meio à convivência familiar.<sup>88</sup>

A teoria principiológica dos direitos fundamentais, que tem Alexy como um dos seus principais expoentes, pressupõe a caracterização desses direitos (fundamentais) como sendo normas de caráter duplo, a elas atribuídas tanto as regras, quanto os princípios<sup>89</sup>. Princípios e regras, sob tal perspectiva, são espécies do gênero norma jurídica, com modelos de aplicação distintos. A distinção feita entre eles é qualitativa, e não de grau. Por serem considerados como mandamentos de otimização, os princípios ordenam algo que pode ser satisfeito em maior ou menor intensidade, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, estas últimas determinadas de acordo com os princípios e regras colidentes. As regras, em outro prisma, contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, não admitindo a maior ou menor intensidade de sua incidência – ou valem em sua totalidade, ou não valem<sup>90</sup>.

Considera-se possível, a partir da teoria principiológica, a colisão casuística entre os princípios, situação resolvida pela *ponderação*, a partir dos critérios de proporcionalidade<sup>91</sup>, cuja solução dará origem a uma regra a ser aplicada aos demais casos de circunstâncias fáticas similares – a lei de colisão. Nesse contexto, a ponderação (ou sopesamento) se caracteriza pela aplicação dos critérios de proporcionalidade – proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade.<sup>92</sup> Já para as regras, como o seu critério de aplicação é a subsunção e a sua eficácia no plano concreto se dará pelo “tudo ou nada”, diante do conflito entre regras contraditórias, apenas uma delas poderá prevalecer, excluindo completamente a outra.

---

<sup>87</sup> Streck faz crítica à criação doutrinária e jurisprudencial de princípios, afirmando terem eles se tornado uma forma de se positivarem valores e serem solucionados casos difíceis ou serem corrigidas certas incertezas da linguagem. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 478.

<sup>88</sup> PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e Monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. 2005, Belo Horizonte. **Anais**. São Paulo: Iob Thomson, 2006. p. 193 - 221.

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 144.

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 90-91.

<sup>91</sup> ALCUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p.165-183, jul. 2014. Trimestral.

<sup>92</sup> Como o resultado do sopesamento entre princípios colidentes em determinado caso concreto é dá origem a uma regra identificadora do princípio prevalente aplicável a casos idênticos, alguns defendem existir uma prevalência das regras na teoria principiológica de Alexy. STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p.7-21, jun. 2012. Trimestral.

Essa distinção qualitativa<sup>93</sup> se mostra relevante porque, segundo o próprio Alexy, é uma das colunas-mestras da sua teoria dos direitos fundamentais<sup>94</sup>, na medida em que as normas referentes a esses direitos poderiam assumir a forma de regras, de princípios ou, preferivelmente, um caráter duplo se reunirem ambos os níveis quando da inclusão de uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios.<sup>95</sup>

Em geral, porém, a redação “aberta” dos direitos fundamentais leva à tendência de sua aplicação como princípios e, conseqüentemente, à solução para a colisão de direitos em determinado caso concreto mediante a ponderação entre eles, a partir dos elementos fáticos do caso específico. O resultado da ponderação será, como dito, uma regra – a lei de colisão – que deve ser aplicada aos casos idênticos, nos seguintes moldes: o conflito entre o direito fundamental “A” e o direito fundamental “B”, nas circunstâncias fáticas “X”, resulta na prevalência do direito fundamental “A”.<sup>96</sup>

Um aspecto problemático da adesão a essa teoria, ampla na doutrina e na jurisprudência nacionais, é a falta de um critério dogmático seguro para se avaliar as conclusões e resultados aos quais pode levar. Com maior pertinência ao presente trabalho, destaca-se a crítica feita por Poscher<sup>97</sup>, a respeito da impossibilidade de refutação dos resultados obtidos pela aplicação da teoria principiológica, o que retira a sua cientificidade. De maneira sintética, aponta-se para o fato de a lei de colisão – originada a partir do sopesamento dos princípios colidentes em um caso concreto – poder fundamentar ponderações diametralmente opostas. Isso porque a regra fixada a partir do sopesamento entre princípios tem como substrato uma circunstância fática, que pode ser avaliada de maneira diferente a partir dos critérios indicados pela teoria e, como consequência, gerar uma conclusão diversa daquela inicialmente obtida.

É também consequência questionada da ponderação a partir de critérios fáticos a criação de preferências que não são controláveis democraticamente e, ao mesmo tempo, não

---

<sup>93</sup> Martins defende ser a distinção entre princípios e regras, para a escola doutrinária de Alexy, baseada em uma estrutura diferenciada das duas espécies de normas jurídicas, e não de grau de abstração e generalidade. A adoção da terminologia “qualitativa”, no entanto, remete à obra de Alexy, já referenciada ao longo do texto. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 85.

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 141.

<sup>96</sup> ALCUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p.165-183, jul. 2014. Trimestral. p. 169.

<sup>97</sup> POSCHER apud MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 80-81.

podem ser completamente reproduzidas para outros casos, porquanto é pouco provável a repetição de idênticas circunstâncias de fato em mais de um caso concreto a ser apreciado.<sup>98</sup>

Nesse cenário, sobressai a importância do rigor metodológico que permita ao operador do direito maior cientificidade no exame de situações conflituosas envolvendo os direitos fundamentais. A teoria liberal se apresenta como apropriada para enfrentá-las por se propor a solucionar essas contendas a partir de uma clara separação entre o parâmetro constitucional e o objeto de controle, além de permitir o falseamento das conclusões a que chega o operador do direito.

O estudo do parâmetro de constitucionalidade perpassa a delimitação do fato da vida ao qual se dirige determinado direito fundamental (área de regulamentação) e, mais especificamente, o recorte dessa realidade ao qual é dada proteção jurídico-constitucional (área de proteção), exame esse que deve ser feito para cada uma das garantias que, não raro, só poderá ser definido em caso de confronto com eventual restrição.<sup>99</sup> Nessa senda, os direitos fundamentais são compreendidos como direitos subjetivos dos indivíduos que visam a garantir a sua liberdade em face do Estado.

Em estando o Estado diretamente vinculado à observância dos direitos fundamentais, qualquer intervenção em sua área de proteção deve ser justificada, detendo o ônus argumentativo de demonstrar que a medida atende a fins devidos (é lícita) e é proporcional<sup>100</sup>, o que se denomina na teoria liberal de raciocínio da “intervenção e limites à intervenção”. A proporcionalidade (*lato sensu*) se desdobra na proporcionalidade *stricto sensu* (o exame acerca da licitude do meio utilizado e dos fins que o Estado pretende atingir), na adequação e na necessidade, essas últimas rigorosamente analisadas a partir de dados empíricos. Schlink e Pieroth<sup>101</sup> diferenciam adequação e necessidade esclarecendo que a primeira significa que a situação criada pelo Estado com a sua intervenção deve estar em uma relação proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade em relação ao fim prosseguido; a segunda, por sua vez, se faz presente quando o fim almejado não puder ser alcançado por um meio menos oneroso para o cidadão e que se encontre igualmente numa relação, proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade, com a situação em que deve se considerar como realizado (o fim).

<sup>98</sup> ALCUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p.165-183, jul. 2014. Trimestral. p. 173.

<sup>99</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 207.

<sup>100</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

<sup>101</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 107.

Assim, no caso dos direitos fundamentais em geral, a resolução de casos de conflito implicará a busca por responder algumas perguntas: primeiro, se determinada medida ou omissão estatal afeta determinado direito fundamental e, caso a resposta anterior seja positiva, se essa intervenção pode ser justificada constitucionalmente. Há, todavia, algumas variações para essa fórmula padrão. Para os direitos de igualdade, a questão relevante é saber se o Estado está ou não promovendo um tratamento discriminatório e se esse tratamento, eventualmente identificado, apresenta uma justificação-constitucional. De outro lado, para os direitos de proteção, questiona-se, em primeiro lugar, se a conduta que se pretende ver protegida cai no âmbito de proteção da garantia; em segundo lugar, se há um dever de proteção dessa conduta pelo Estado e, por último, se não há a satisfação dessa proteção pelo ente estatal.<sup>102</sup>

Note-se, ainda, que alguns direitos fundamentais, conforme será adiante mais bem tratado, têm seu área de proteção “conformado” pela ordem jurídica. Conformar é, em termos similares, regulamentar a área de proteção de um direito fundamental, estabelecendo o seu conteúdo. Nos dizeres de Canotilho, algumas normas legais completam, complementam, densificam o conteúdo aberto, abstrato ou incompleto de alguns direitos fundamentais<sup>103</sup>. Veja-se, por exemplo, o direito à propriedade, que depende de uma atuação positiva do legislador, dentro dos limites pré-estabelecidos pelo texto constitucional.<sup>104</sup> Por se tratar de uma condição ao exercício pleno dos direitos, não poderá o legislador simplesmente deles dispor, extinguindo seu conteúdo nuclear, que está associado ao desenvolvimento de seu conteúdo histórico e social. Assim, novamente tratando do caso da propriedade, não poderá o legislador desnaturar o conteúdo desse direito que está ligado ao usufruto, gozo e disposição de coisas, por ser essa claramente a tradição associada à propriedade.<sup>105</sup>

As noções acima sintetizadas são instrumentos da teoria liberal dos direitos fundamentais, a serem utilizados ao longo do presente estudo e que apresentam um formato,

---

<sup>102</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 28.

<sup>103</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.263.

<sup>104</sup> Art. 5º, XXIII, c/c art. 182, parágrafo 2º e art. 186, todos da CRFB/88. Esses dispositivos estabelecem a necessidade de a propriedade cumprir a sua função social. No caso da propriedade urbana, essa função estará cumprida quando do atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade contidas no plano diretor. Já a propriedade rural deve ter aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Assim, o legislador infraconstitucional fica limitado aos referidos termos constitucionais quando da regulamentação do exercício do direito à propriedade, o que se amolda à ideia de limites à intervenção dos direitos fundamentais.

<sup>105</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco.

um esquema de exame (passo a passo) para o controle da constitucionalidade das relações poliafetivas. O primeiro deles é o de analisar quais parâmetros constitucionais estão relacionados à omissão estatal na sua criação ou, ainda, em uma hipotética regulamentação das mesmas.

### 3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA COMO PRIMEIRO PARÂMETRO PARA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA POLIAFETIVIDADE

É clara a relação que pode ser estabelecida entre as uniões poliafetivas e a família, eis que, *prima facie*, a discussão em torno da constitucionalidade ou não do reconhecimento dessas relações está relacionada à sua inclusão no conceito jurídico de entidades familiares. A caracterização, todavia, do direito fundamental à família como um parâmetro para a análise da constitucionalidade da omissão do Estado no reconhecimento legal da poliafetividade, ou mesmo no caso de uma regulamentação dessas uniões, é uma questão técnica que requer maior aprofundamento.

O pressuposto da mencionada caracterização é o de perscrutar se o direito à família é, de fato, fundamental, por não ser ele comumente avaliado sob essa perspectiva. Para autores como Dimoulis e Martins<sup>106</sup>, que advogam pela tese de que são caracterizados como fundamentais as garantias positivadas no texto constitucional, o fato de estar tal dispositivo no texto constitucional seria condição suficiente para reconhecer-lhe a natureza de direito fundamental. O critério de fundamentalidade adotado *in casu* não se volta para o conteúdo ou relevância do direito, bastando que detenha o *status* de norma formalmente constitucional – portanto, com procedimento específico e mais dificultoso de reforma –, para que seja considerado pelos autores como fundamental.

No entanto, há aqueles que defendem a necessidade, para além da natureza formalmente constitucional, de um conteúdo próprio, com relevância caracterizadora da denominação “fundamental”. Sarlet<sup>107</sup>, nessa esteira, explica que os direitos fundamentais são o elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a sua estrutura básica, assim como a da sociedade. Não basta que estejam contidos no catálogo de direitos constitucionais, devendo, ao mesmo tempo, guardar uma importância tal dentro do ordenamento jurídico que justifique essa classificação.

---

<sup>106</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>107</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Essa perspectiva pressupõe a definição do conteúdo capaz de tornar um direito como fundamental. Sarlet<sup>108</sup> menciona alguns requisitos para a sua identificação. Em primeiro lugar, um critério implícito de equivalência, segundo o qual somente serão fundamentais os direitos cuja importância possa ser equiparada àqueles expressos no catálogo constitucional, isto é, cujo valor conferido a ele pela sociedade em determinado momento histórico assim o justifique, fator que guarda relação com a historicidade dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, com a sua dimensão axiológica, uma vez que dependerá de uma valoração consensual do meio em que estiver inserido. Em segundo lugar, é colocado que os direitos fundamentais derivam, necessariamente, do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>109</sup> Assim também entende Canotilho<sup>110</sup>, para quem a fundamentalidade tem como objetivo a proteção da dignidade.

Em se tratando especificamente do direito fundamental à família, o critério material de fundamentalidade também aponta no sentido da sua caracterização como direito fundamental.

Extraí-se da própria redação do art. 226 do texto constitucional, segundo o qual “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, que constituinte reconheceu a importância social da comunidade familiar. Essa é uma característica pertinente ao modo de vida humano, à necessidade de estar em contato com seus semelhantes e com eles estabelecer vínculos de afetividade. Não obstante a configuração das famílias e a maneira de compreendê-la tenha se modificado em lugares e épocas diferentes, a escolha desse valor como relevante é algo perene nas sociedades em geral. Corrobora tal constatação o fato de a família ter sido elencada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>111</sup> e pelo Pacto de São

---

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 70-89.

<sup>109</sup> Em ambos os requisitos se faz presente a subjetividade da definição do critério de fundamentalidade. Definir a importância de um direito depende da avaliação do intérprete, a partir de experiências de vida e valores que carrega, fato reconhecido pelo próprio autor. Da mesma forma, a noção de dignidade é um conceito indefinido. Ainda que seja ligada à noção de um mínimo existencial, esbarra na necessidade de delimitação do que seria considerado o mínimo, o que pode sofrer variações históricas e sociais.

<sup>110</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes *apud* BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 208, n. 52, p.81-100, dez. 2015. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517699/001055693.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03 maio 2015. p. 85.

<sup>111</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. 16º, além de reconhecer ser a família “o elemento natural e fundamental da sociedade” devendo ela ser protegida pela sociedade e pelo Estado (n. 3), dispõe ser direito do homem e da mulher o de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião (n. 1).

José da Costa Rica<sup>112</sup> como elemento fundamental da sociedade, cabendo a ambos, Estado e sociedade, protegê-la.

No que tange à derivação da dignidade humana, pontua-se que, apesar da dificuldade de definição de seu conteúdo,<sup>113</sup> a conexão entre o referido princípio e o direito fundamental a família é facilmente identificada: negar aos homens e mulheres o direito à formação familiar, seja por meio da união voluntária com outras pessoas ou pela relação de filiação, iria de encontro à sociabilidade humana, ignorando a mais aceita acepção (de origem kantiana) de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado de nenhuma maneira.<sup>114</sup>

O reconhecimento da família como instituição basilar da sociedade é indicativo do papel central que as relações humanas nelas estabelecidas desempenham, até mesmo sobre o aspecto da reprodução humana e da criação dos filhos. Mais especificamente acerca da filiação, é o ambiente familiar o que mais bem atende aos interesses das crianças e adolescentes, desempenhando os pais muito mais um múnus público do que um poder (poder familiar) que consiste primordialmente no sustento, guarda e educação dos filhos. Paralelamente, encontram-se as formas de convivência como o casamento e a união estável, decorrentes da comunidade formada por pessoas que decidem, espontaneamente, dividir direitos e obrigações recíprocas, ligadas por um laço afetivo e, pelo menos em princípio, com a pretensão da indissolubilidade. São todas elas formas de família (o que se pretende mais adiante demonstrar) e representam uma manifestação específica da liberdade geral dos indivíduos, materializada na forma de instituições especialmente tuteladas pelo Estado.

---

<sup>112</sup> No Pacto de São José da Costa Rica, o art. 17, que trata da “Proteção à família”, está topograficamente situado no Capítulo II, dos Direitos Cívicos e Políticos, o que revela não apenas a natureza fundamental desse direito, mas também a sua conexão com a ideia de liberdade face ao Estado – apesar de não se esgotar nessa característica a natureza da garantia à família. O mesmo artigo afirma ser a família “elemento natural e fundamental da sociedade”, devendo a sociedade e o Estado protegê-la (n. 1).

<sup>113</sup> Sobre dignidade da pessoa humana v. 3.1.2.

<sup>114</sup> Mais especificamente acerca do casamento, Kant compreende-o como forma de afirmação da dignidade humana. Essa visão está relacionada com a interpretação dada pelo filósofo quanto às relações sexuais entre homens e mulheres, as quais, por satisfazerem um desejo puramente físico, fazem com que os indivíduos tratem uns aos outros como meros objetos. Com o casamento pela lei, todavia, as pessoas passam a “usufruir” dos corpos umas das outras e, ao mesmo tempo, respeitar-se mutuamente como seres racionais. A ideia é a seguinte: quando uma pessoa se entrega a outra como um “objeto”, ela passa a ser da posse do outro. Porém, se este outro também faz o mesmo, a humanidade de ambos não está perdida, eis que ambas as posses se anulam. O casamento cria um vínculo legal entre os cônjuges torna-os iguais em direitos e obrigações perante a lei. Não obstante o anacronismo da ideia kantiana acerca do sexo e do casamento, extrai-se da sua concepção a importante relação entre família reconhecida pelo Estado (representada pelo casamento) e a dignidade humana. ALTMAN, Matthew C.. Kant on Sex and Marriage: The Implications for the Same-Sex Marriage Debate. *Kantstudien*, [s.l.], v. 101, n. 3, p.309-330, jan. 2010. Walter de Gruyter GmbH. <http://dx.doi.org/10.1515/kant.2010.020>.

Sendo assim, seja pelo critério formal ou material, coloca-se como premissa a natureza fundamental do direito à família.

Seguindo o raciocínio, reconhecida a fundamentalidade em questão, está autorizada a investigação de ser ele elencado ou não como parâmetro de constitucionalidade no que tange às uniões poliafetivas. Separar-se-á, para tanto, as duas condutas estatais estudadas: (a) a omissão estatal na criação do instituto das uniões poliafetivas; (b) a criação do respectivo instituto regulamentador dessas formas de relacionamento.

Para o primeiro, veja-se que a não existência de um corpo normativo que reconheça uniões poliamorosas como entidades familiares poderia ser avaliada como uma intervenção no direito fundamental à família, eis que, poder-se-ia alegar que os integrantes dos referidos núcleos familiares ver-se-iam impossibilitados de plenamente exercerem tal direito. Somente quando o direito inclui sob o seu espaço determinadas formações familiares fáticas é que estas passam a ter reconhecimento de direitos e obrigações pertinentes. *Contrario sensu*, em não o fazendo, haveria – hipoteticamente – uma restrição do direito fundamental dos indivíduos de constituírem famílias.

Noutro bordo, quando da atuação positiva do legislador que cria o instituto das uniões poliafetivas, poderia ser essa, em tese, considerada uma limitação ao direito fundamental à família, por não haver previsão expressa no texto constitucional que assim o autorize ou, ainda, por ser essa uma modalidade de relacionamento afetivo que diverge da tradição histórica e cultural predominante no país, como abordado no capítulo anterior.

Todas essas são questões objeto do capítulo seguinte do presente estudo, mas que dependem de uma análise do primeiro parâmetro identificado – o direito fundamental à família –, definindo seus contornos constitucionais como primeiro passo para um bem sucedido exame proposto.

### **3.1.1 Contornos constitucionais do direito fundamental à família**

O escasso enfrentamento da família como um direito fundamental, sobretudo a partir dos instrumentos jurídico-dogmáticos da teoria liberal, deixa de abordar as diversas nuances dessa garantia constitucional que, em verdade, é bastante complexa e traz dificuldades à resolução de casos concretos de supostas violações ao mesmo.

A mencionada complexidade tem justificativa não apenas na tênue relação entre o fato social família e a sua roupagem jurídica, mas também às peculiaridades da norma constitucional em si: a possibilidade de se identificar uma dupla função no direito fundamental

à família; a separação entre a garantia institucional e seus institutos conformadores e, ainda, o que representa a escolha do texto normativo constitucional pela literal previsão de certas formas de convivência humana como entidades familiares.

### 3.1.1.1 A dupla função do direito fundamental à família: garantia institucional e direito de resistência

É possível encontrar comumente a classificação dos direitos fundamentais a partir da identificação de certas funções a eles atinentes, assim elencadas pela doutrina: (a) direitos de resistência à intervenção estatal ou de *status* negativo; (b) direitos sociais ou de *status* positivo; (c) direitos de *status activus* ou políticos; (d) direitos coletivos e (e) garantias de organização.<sup>115</sup>

As três primeiras categorias acima estão relacionadas com a teoria dos *status* de Jellinek, que se baseia na relação estabelecida entre o indivíduo e o Estado. São quatro os *status* atribuídos ao autor: (1) passivo ou *subjectionis*; (2) negativo; (3) positivo ou *civitatis* e (4) ativo.<sup>116</sup>

No primeiro caso (1), o homem é colocado na posição de subordinação, sendo sujeito de deveres ou proibições, impostos pelo ente estatal, pois detém ele (o Estado) a competência para tanto. O *status* negativo (2), por sua vez, está relacionado com a esfera de liberdade que possuem todos os homens, que não pode – em regra – sofrer intervenção do Estado. A esfera de liberdade a que se refere Jellinek é chamada de não-protégida por ser composta de atos de irrelevância jurídica (a irrelevância não necessariamente é de natureza prática). Inter-relacionam-se os *status* passivo e negativo na medida em que, sempre que o ente estatal intervir na esfera de liberdade do indivíduo, o fará por meio da imposição de um dever ou de uma proibição e, *contrario sensu*, toda negação de um dever ou de uma obrigação implica no reconhecimento da esfera de liberdade.<sup>117</sup>

O *status* positivo (3), por sua vez, caracteriza-se pela relação positiva entre o indivíduo e o Estado, em que o homem pode exigir dos Poderes Públicos uma atuação, podendo mover o próprio aparato público no intuito de obtê-la. Por fim, o *status* ativo (4) é aquele em que ao indivíduo é atribuída capacidade além daquela que lhe é natural para que

<sup>115</sup> Tomou-se como base as classificações elencadas por Dimoulis e Martins. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>116</sup> JELLINEK, Georg. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 255.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 256-262.

possa participar no Estado. É o caso do voto – os cidadãos que preenchem requisitos pré-estabelecidos adquirem a capacidade de escolha dos representantes que irão tomar as decisões na condução do Estado.<sup>118</sup>

Os *status* passivo e negativo são posições relacionadas à categoria dos direitos fundamentais de resistência, em que é possibilitado ao indivíduo repelir intervenções estatais indevidas em sua esfera de liberdade. Há um dever de não intervenção do Estado em determinadas esferas de liberdade contempladas pelo constituinte como a de reunião, de expressão, etc. A não intervenção não se reveste de caráter absoluto, seja porque nem todos os fatos da vida são protegidos em sua integralidade pela ordem constitucional, seja porque algumas delas (intervenções) podem ser justificadas mediante aplicação proporcional de limite constitucional previsto ao direito fundamental.<sup>119</sup>

Outra conexão pode ser estabelecida entre os direitos sociais e o *status* positivo de Jellinek. São eles os direitos relacionados à possibilidade de o cidadão exigir determinadas prestações positivas do Estado, no mister de lhe garantir certos direitos, como saúde, educação e assistência social. O agir estatal se dará por meio de prestações legislativas formais e materiais e de prestações materiais da competência de gestores – políticas públicas. Pode-se se tratar, por exemplo, da criação de um arcabouço normativo que regulamente determinados setores do mercado e garanta direitos a certas categorias (trabalhadores, consumidores, etc.); ou a prestação de serviços públicos à população, de forma direta ou delegada. Apesar de serem direitos de caráter geral, não podem ser caracterizados como coletivos, por gerar relações jurídicas individualizadas, em que determinada pessoa é titular de um direito subjetivo em face do Estado.<sup>120</sup>

Apesar de sua relevância, a teoria dos *status* de Jellinek não se mostra, entretanto, capaz de esgotar a miríade de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, ampliados para também atender ao aumento da complexidade e do número de demandas sociais da atualidade. Os direitos fundamentais coletivos são ilustrativa hipótese disso, uma vez que sua

---

<sup>118</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 263-268.

<sup>119</sup> Eis o caso da liberdade de trabalho, que, não obstante possa se referir a qualquer atividade que, de forma duradoura ou não, gere rendimentos para a subsistência de quem a pratica, somente tem protegida pelo art. 5º, XIII, da CRFB o trabalho de natureza lícita; assim, *contrario sensu*, hipotética limitação estatal ao trabalho ilícito não necessita de justificação, por não estar protegido por aquele direito fundamental. A definição de trabalho é de Martins. O mesmo autor justifica a não inclusão do trabalho ilícito na área de proteção direito fundamental em questão porque a sua tutela entraria em choque com outros bens jurídicos constitucionais. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 163.

<sup>120</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52-53.

titularidade pertence à sociedade como um todo, a um grupo de pessoas determináveis ou, pela sua própria natureza, somente pode ser exercido por uma pluralidade de indivíduos.<sup>121</sup> Exemplos são os direitos de reunião, de associação<sup>122</sup>, ao meio ambiente equilibrado, do consumidor, de solidariedade, etc.

São, igualmente, exemplos de funções de direitos fundamentais não abrangidas pela teoria de Jellinek as chamadas garantias de organização ou garantias institucionais, de extrema importância para o presente estudo. Decorrem de classificação que tem como referência a obra de Schmitt<sup>123</sup>, referindo-se às instituições cuja importância foi reconhecida pela Constituição, com o fim de tutelá-las e de se evitar a sua extinção, seja porque desempenham um papel fundamental na sociedade e garantem o exercício efetivo dos direitos fundamentais, seja porque representam o componente institucional de certos direitos fundamentais.<sup>124</sup>

Dividem-se em garantias de instituições privadas e garantias de instituições públicas. Aquelas de caráter público pertencem à máquina estatal (sendo, portanto, por ela mantidas), como é o caso do Poder Judiciário, de relevância evidente na defesa dos direitos fundamentais, pois é pela via do acesso à jurisdição que as pessoas podem reclamar o descumprimento ou a ameaça a sua esfera de direitos. Do outro lado, estão as garantias de instituições privadas, em relação às quais o dever do Estado é de regulamentação e de tomada de medidas práticas que possibilitem o exercício efetivo do direito correspondente. É nessa categoria que se encontra a família, o que explica a importância do aprofundamento na abordagem das garantias institucionais e do seu enquadramento como direitos fundamentais.

---

<sup>121</sup> Nesse ponto, pode ser feita uma analogia com as três classificações dos chamados direitos coletivos, previstas no CDC – direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. A definição legal é a seguinte: “art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

<sup>122</sup> Os direitos de reunião e de associação, não obstante sejam de resistência (reclamam uma não ação estatal), podem ser enquadrados como direitos coletivos porque só podem ser exercidos por uma pluralidade de pessoas. Ninguém se reúne ou se associa sozinho. Por essa razão, Martins e Dimoulis subdividem os direitos coletivos em: direitos coletivos tradicionais, de titularidade individual e expressão coletiva; e os novos direitos coletivos, representados por aqueles de natureza difusa, pois a sua titularidade em si é coletiva. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56-57.

<sup>123</sup> Bonavides esclarece que, apesar de ter sido melhor sistematizada por Schmitt, a teoria das garantias institucionais foi formulada pelos juristas da República de Weimar (Martin Wolff, L. Waldecker, Carl Schmitt, R. Thoma, G. Anschuetz, E.R. Huber e F. Klein). BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 539.

<sup>124</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 537.

A esse respeito, é importante pontuar que Carl Schmitt, em sua compreensão, separou as garantias de organização dos direitos fundamentais propriamente ditos, sob a justificativa de que as primeiras estariam relacionadas com “instituições indispensáveis à preservação de certos valores, tidos como essenciais”.<sup>125</sup> A mesma linha seguiram Pontes de Miranda e Canotilho, esse último afirmando que a distinção se justificaria pelo fato das garantias institucionais não garantirem aos indivíduos pretensões subjetivas e autônomas em face do Estado, salvo nos casos em que há uma conexão indissociável entre um direito fundamental e uma garantia de organização.<sup>126</sup>

Contudo, há de ser contextualizada a ideia formulada por Schmitt com o momento histórico de sua obra, escrita na vigência da Constituição alemã de 1919<sup>127</sup>. Não apenas o rol de direitos fundamentais da atualidade foi expandido<sup>128</sup>, como também se nota uma relativização de sua compreensão individualista, o que os aproxima das garantias de organização.

A CRFB é um exemplo claro desse processo, pois não apenas traz um rol significativo de direitos, como também podem ser identificadas as mais diferentes categorias deles – de resistência, sociais, coletivos, etc. Não haveria sentido, portanto, na necessidade da referida distinção. Com base nessa noção, Bonavides defende um alargamento conceitual dos direitos fundamentais (garantias constitucionais) para abarcar as garantias institucionais, também como forma de reforçar a sua proteção, que dispensa um tratamento autônomo.<sup>129</sup>

Percebe-se, ademais, que próprio argumento utilizado por Canotilho de que muitas dessas instituições têm uma natureza inexoravelmente conectada com direitos fundamentais, reforça a necessidade de serem as garantias de organização tratadas como direitos desse jaez.

---

<sup>125</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 169.

<sup>126</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 545.

<sup>127</sup> A obra referenciada de Carl Schmitt que trata das garantias institucionais (*Verfassungslehre*) é datada de 1926, portanto, na vigência da Constituição Alemã de 1919, do *Reich*, fortemente influenciada pelos partidos republicanos da época (Partido Social Democrata – PSD, Partido Democrata Alemão – PDA e Partido de Centro – PC). OLIVEIRA, Geisa Cadilhe de. **Constituições da Alemanha**. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj046309.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

<sup>128</sup> Vide a teoria das “dimensões” ou “gerações”, que elenca o surgimento de uma série de novos direitos fundamentais como fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, decorrente, sobretudo, do aumento da complexidade das sociedades atuais e o surgimento de necessidades e valores como consequência da evolução humana, seja filosófica, científica ou tecnológica. Bonavides é um dos defensores da existência de cinco gerações desses direitos, sendo a paz elevada ao grau de direito fundamental de quinta geração. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p.82-93, jun. 2008. Trimestral. Disponível em: <[http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

<sup>129</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 537.

O direito fundamental à família é, nesse sentido, um notório exemplo de ser impossível a separação entre o direito fundamental e a garantia institucional. Enquanto instituição especialmente protegida pelo Poder Público, pode ser interpretado como garantia de organização, direito fundamental eminentemente normativo, que necessita de conformação pelo legislador infraconstitucional dos contornos normativos de seus institutos (seja o casamento, sejam as uniões “informais”) para o seu pleno exercício. Quando compreendida a partir do viés de direito de resistência, todavia, expressa uma limitação ao Estado em não ultrapassar injustificadamente a esfera de liberdade do indivíduo de em que circunstâncias constituir sua família.

A previsão da família como garantia de organização tem como primeira consequência o dever do Estado de protegê-la, vedando-se, portanto, qualquer ato tendente à sua extinção<sup>130</sup>. Cumpre ao Poder Público, ao mesmo tempo, o estímulo ao seu desenvolvimento, o que pressupõe a criação de um arcabouço normativo definidor de direitos e deveres inerentes às relações familiares. É o ponto em que se encaixa a necessidade de definição dos institutos familiares, como é o matrimônio, uma vez que família é um conceito aberto e, assim sendo, depende da regulamentação estatal para que os indivíduos possam efetivamente gozar da proteção estatal, mediante o reconhecimento da sua existência por lei. Trata-se, pois, de uma instituição dependente da lei civil, que dá *roupagem jurídica* ao fato social, transformando-o em família juridicamente reconhecida.

A inexistência de um corpo de normas como delineado não irá impedir que as pessoas se relacionem e estabeleçam vínculos de natureza familiar no espaço privado da forma como entenderem conveniente. Porém, é na intersecção do privado com o público que tais vínculos carecerão de reconhecimento estatal, motivo pelo qual muitas das formas “alternativas” de família – aquelas ainda não regulamentadas e/ou com menor *status* social – reivindicam perante o Poder Público, senão a existência de uma previsão legal de sua existência, ao menos a equiparação a institutos familiares já existentes.

Noutro pórtico, na qualidade de direito de resistência, o direito fundamental à família consiste em uma especificação da cláusula geral de liberdade e, como tal, objetiva impedir as intervenções indevidas do Poder Público na esfera de autodeterminação dos indivíduos de em que circunstâncias constituir sua convivência familiar – com quem se casar ou constituir união estável, a escolha por ter ou não filhos, a quantidade dos filhos, dentre outros.

---

<sup>130</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 244.

Em outros termos, o direito contido no art. 226 da CRFB, assim como os demais direitos de resistência, é uma norma protetiva das pessoas em relação a atos do Estado, em especial quando desempenha sua atividade legislativa. Pode ser ilustrado o afirmado a partir do seguinte exemplo: ao criar a lei civil do casamento, o legislador fixa uma norma determinando que os nubentes devem se casar com pessoas com até 10 anos de diferença entre as respectivas idades. No caso, a norma seria evidentemente interveniente no direito fundamental à família – em sua função de liberdade específica –, sem a devida justificação lícita para tanto.

Existe uma tutela, sob esse viés, da autodeterminação dos indivíduos na composição e planejamento familiar. Registre-se o teor do parágrafo 7º do art. 226, segundo o qual o planejamento familiar é de livre decisão para o casal, cabendo ao Estado “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Ressalte-se que a atividade legislativa que se restringe apenas à definição de conteúdo do direito (regulamentando, por exemplo, a união estável, mediante fixação de seus requisitos, regime patrimonial, etc.) não consiste, *a priori*, em uma ingerência estatal no direito fundamental<sup>131</sup>, porque o legislador deixa imperturbado a sua área de proteção. Não existe, nessa hipótese, a necessidade de justificação constitucional, uma vez que conformação apenas o amplia, permitindo o seu pleno exercício. Nesse sentido entende Schlink<sup>132</sup>, para quem as normas que caracterizam o casamento e família como instituições jurídicas são apenas definidoras de conteúdo e não intervenções legislativas carecedoras de justificação constitucional.

Há, todavia, uma linha – cuja precisão é de sensível identificação – entre a simples conformação do direito fundamental e uma intervenção em sua área de proteção, o que será abordado com maior profundidade no ponto 4.2.2. No caso dos direitos fundamentais de cunho normativo, como é – pelo menos em (grande) parte – o direito fundamental à família, esse é um ponto de extremo destaque porque, como já colocado, trata-se de um direito – assim entendido – dependente da atuação do legislador, em especial para a espécie de problemática a ser solucionada neste estudo, já que a definição de casamento e de união estável feita pelo legislador ordinário tem reflexos na possibilidade de reconhecimento jurídico de outras formas de convivência, como é o caso da poliafetividade.

---

<sup>131</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.264.

<sup>132</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 237.

### 3.1.1.2 Da inexistência de um direito fundamental autônomo ao casamento na ordem constitucional pátria

Na ordem constitucional pátria, embora o termo “família” seja utilizado em diversos dispositivos constitucionais<sup>133</sup>, é somente no art. 226 da CRFB que se encontra o seu tratamento específico, com a previsão de sua tutela e a definição expressa de alguns de seus institutos. O *caput* deixa expressa a relevante posição ocupada pela família, descrita como “base da sociedade” e sob a “especial proteção do Estado”.

A qualidade de garantia institucional do direito fundamental à família sobressai da leitura do referido dispositivo normativo, que não apenas apresenta a instituição privada objeto da tutela estatal (a família), como também deixa a clara a necessidade da sua proteção pelo Ente Público, o que se dará, eminentemente (mas não somente), por meio da sua regulamentação. Enquanto a menção à família está expressa no *caput* do art. 226 da CRFB, somente nos parágrafos que o seguem (primeiro ao sexto) é que foram previstos o casamento, a união estável e a entidade familiar formada por um dos pais e seus descendentes (família monoparental).

Da redação apresentada, pode ser extraída a percepção de há uma relação de gênero-espécie entre, de um lado, a família, e, do outro, o casamento, a união estável e a família monoparental. A relevância dessa compreensão pode ser extraída a partir de um comparativo com o direito constitucional alemão.

A interpretação da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) feita pela doutrina alemã majoritária, oportunamente representada por Pieroth e Schlink<sup>134</sup>, identifica, juntamente com o direito fundamental à família, o direito fundamental ao casamento<sup>135</sup>. São ambos classificados como garantias de organização, porém com áreas de proteção distintas. Enquanto o casamento consiste em uma instituição jurídica formada pela união entre o homem e a mulher, de acordo com a intenção de ambas as partes e com a promessa mútua, celebrada na forma normativamente prevista; a família é descrita como o relacionamento

---

<sup>133</sup> São exemplos, todos da CRFB: a fixação do salário mínimo para atender as necessidades básicas da família (art. 7º, inciso IV); a caracterização da usucapião urbana quando a área for utilizada para moradia do possuidor ou da sua família (art. 183); a inclusão previdenciária dos trabalhadores de baixa renda, pertencentes a famílias de baixa renda (art. 201, parágrafo décimo segundo), dentre outros.

<sup>134</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 235-237.

<sup>135</sup> O casamento também é citado como um dos direitos fundamentais, juntamente com a família em: HECK, Luís Afonso. **Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil**. 20---. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2016.

entre pais e filhos, não importando a origem dessa filiação, desde que seja verificada a coesão social e haja sido feito reconhecimento público. Não existe, sob tal perspectiva, uma relação de pertença (gênero-espécie), uma vez que o casamento é considerado uma garantia autônoma, paralela à família.

O tratamento em separado tem uma série de repercussões de ordem prática, sobretudo porque a resolução e conflitos envolvendo questões ligadas à conjugalidade teria como parâmetro o dito direito fundamental ao casamento, e não à família, em oposição à proposta desse estudo.

A lógica identificada pela doutrina alemã é coerente com a redação da Lei Fundamental, que, em seu art. 6º, nº 1, diz que “o matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal”. Ressalta-se a expressa separação feita pelo constituinte entre o casamento e família, demonstrada pela utilização da conjunção aditiva “e” – o matrimônio e a família.

O mesmo raciocínio, no entanto, entende-se não poder ser aplicado à ordem constitucional pátria<sup>136</sup>. Como colocado anteriormente, a CRFB não faz distinção entre família e casamento, como ocorre na disposição da Constituição Alemã.

Ao contrário disso, o parágrafo terceiro, do art. 226 da Carta Magna, trouxe um segundo instituto relativo às relações de conjugalidade – as uniões estáveis – previstas logo após os parágrafos anteriores, atinentes ao casamento. Quanto às uniões estáveis, disse o constituinte que elas são, para efeitos de proteção do Estado, reconhecidas como *entidades familiares*. Adiante, o parágrafo quarto do mesmo artigo acrescenta que são *também entendidas como entidades familiares* as comunidades formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes (famílias monoparentais).

Em outros termos, por meio da interpretação textual da norma em comento, é possível perceber que a ordem constitucional pátria deu tratamento de entidade familiar – família, portanto – ao casamento, às uniões estáveis entre o homem e a mulher e à monoparentalidade. O uso do advérbio “também” é bastante significativo, pois, lido em

---

<sup>136</sup> Registre-se a existência de posição contrária, notadamente a exposta por Martins, para quem as semelhanças entre os sistemas normativo-constitucionais indicam a diferença funcional entre casamento e família, não obstante, registre-se, o referido autor reconheça distinção entre as duas Constituições, no sentido da inexistência de uma escolha do constituinte que privilegie apenas o casamento em detrimento de outras formas de convivência, como é o caso da união estável. Para sua análise há a pressuposição de que tanto o casamento, quanto a união estável encerram direitos fundamentais. MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

conjunto com a disposição do parágrafo anterior, que se refere às entidades familiares das uniões estáveis entre o homem e a mulher, revela que a intenção do constituinte foi de acrescer, além da instituição mais conhecida como sendo formadora da família – o casamento –, que outras formas de constituição estavam, igualmente, sob a tutela estatal da mesma garantia institucional.

Analisando o sistema constitucional como um todo, tem-se um quadro que corrobora a posição defendida: não apenas o capítulo VII, em que está inserido art. 226, da CRFB, chama-se “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, sem menção apartada ao casamento ou à união estável, como também o §8º do art. 226 assegura à família (e não, à família, ao casamento e às uniões estáveis) assistência e a criação de mecanismos coibidores de violência no âmbito de suas relações. Ainda, dispositivos que asseguram direitos de assistência social aos trabalhadores rurais (art. 194, §8º), não fazem distinção entre família, casamento e união estável para a caracterização da chamada “economia familiar”, necessária à caracterização da seguridade social em condição especial, mencionando, inclusive, o exercício de suas respectivas atividades em conjunto com seus cônjuges.

A interpretação defendida identifica, pois, não apenas a existência, na ordem constitucional pátria, de uma relação de subsidiariedade entre a família e seus institutos concretizadores, mas também a *não* separação de três direitos fundamentais apartados: um à família, outro ao casamento e, ainda, um terceiro, referente às uniões estáveis. Entende-se, nesse sentido, haver apenas um direito fundamental à família, que é concretizado pelos seus respectivos institutos – dentre eles a previsão expressa ao casamento, às uniões estáveis e à família monoparental como ordens de criação ao Poder Legislativo.

Apesar de não se olvidar a impossibilidade de se extrair o alcance das normas constitucionais e, portanto, a interpretação da normatividade do art. 226, da CRFB, a partir do conteúdo do direito ordinário, destaca-se que o legislador, ao concretizar o referido dispositivo constitucional, adotou a orientação aqui defendida, no sentido de não restringir o sentido de “família” apenas as comunidades compostas por pais e filhos. No CC, disciplinou no Livro IV, do “Direito de Família”, o casamento, a união estável e as relações de parentesco, o que também se nota ser o tom da majoritária doutrina civilista e da jurisprudência<sup>137</sup>. Na ordem jurídica infraconstitucional, todas as referidas comunidades são

---

<sup>137</sup> Forte representante do movimento do direito de família constitucionalizado, Dias aponta par um novo conceito de família, que é pluralista e abarca os mais diversos arranjos familiares cujo elo de afetividade está presente, independentemente da sua conformação, seja ela matrimonial decorrente de união estável ou outra forma de configuração. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

tratadas como formas de família, independentemente da existência de prole. Um casal – seja formado pelo matrimônio, seja pela união estável – sem filhos é também considerado como entidade familiar, estando sob a tutela estatal de um mesmo direito fundamental, que é o direito fundamental à família.

Esse é um ponto de crucial para o presente estudo, pois tem consequência não apenas para a fixação do parâmetro de análise de constitucionalidade da poliafetividade – o direito fundamental à família, e não um direito fundamental autônomo ao casamento e à união estável – como também como ponto de partida para traçar a relação entre a garantia institucional à família e os seus institutos – casamento, união estável, família monoparental e outras possíveis previsões para além do rol expressamente contido no texto constitucional.

### 3.1.1.3 A necessária separação entre o direito fundamental à família e seus institutos concretizadores

A garantia de organização da família, como visto, na ordem constitucional pátria, abarca não apenas as relações firmadas entre pais e filhos, mas também as conjugais – derivadas ou não do matrimônio, pois a norma da CRFB não fez distinção de tratamento entre os núcleos familiares com filhos ou não. Parece ter sido a lógica do constituinte a de que a geração de prole seria uma consequência da formação prévia de uma entidade familiar por adultos capazes para se relacionar afetivamente.

A tutela da norma geral contida no art. 226, *caput*, da CRFB é ampla, portanto, em relação às dinâmicas afetivas com características familiares, desde que tornadas instituições jurídicas, por meio da atividade normativa que lhes garanta esta roupagem.<sup>138</sup> A via da atividade legislativa é, como se sabe, uma das formas de concretização normativo-constitucional, em razão do caráter polissêmico de muitas das normas constitucionais. Segundo Canotilho, no nível político-legislativo, os órgãos políticos, por meio de decisões, conferem densidade normativa aos preceitos da Constituição.<sup>139</sup> De fato, a maioria dos direitos fundamentais necessita de conformação jurídica das relações e âmbitos da vida que eles devem garantir<sup>140</sup>, cuja tarefa, em primeiro plano, cabe ao legislador.

---

<sup>138</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 235.

<sup>139</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.222.

<sup>140</sup> HESSE, Konrad *apud* GUEDES, Néviton. O legislador e a tarefa de concretizar a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, S.l., p.1-7, maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-07/constituicao-poder-legislador-tarefa-concretizar-constituicao>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

No caso específico das entidades familiares, apesar da polissemia do termo “família”, o constituinte, protegeu de maneira expressa algumas dessas dinâmicas – o casamento, as uniões estáveis e a família monoparental – na qualidade de institutos de *obrigatoriamente* deveriam ser regulamentados pela lei ordinária e, portanto, conformados pelo legislador. As diretrizes ali contidas a respeito da conformação pelo legislador não retiram, de todo modo, a natureza aberta desses institutos que, por sua vez, necessitam de regulamentação específica, a respeito de seu conceito, requisitos, efeitos, etc.

Nessa linha de raciocínio, a normalização do casamento e das uniões estáveis entre o homem e a mulher consiste em um dever concretizador da garantia institucional da família, por expressa previsão normativo-constitucional. Ao assim fazê-lo, o Poder Legislativo torna possível exercício desse direito fundamental, dentro das diretrizes expressas fixadas pela norma, o que permite concluir que as formas conjugais contidas nos parágrafos primeiro, segundo e terceiro do art. 226, da CRFB, refletem institutos que *conformam* o direito fundamental à família.

A compreensão do casamento, da união estável e da monoparentalidade como institutos de obrigatoria concretização não destoa da noção de pluralidade familiar. Em verdade, o discurso em defesa da multiplicidade de arranjos familiares sob a tutela da família se embasa na mudança promovida pela Constituição ao incluir outros arranjos além da família matrimonializada.<sup>141</sup> A questão quanto à inclusão de modelos não expressos na norma constitucional e a necessidade ou não da atuação do Poder Legislativo para tanto, porém, é questão que será tratada com maior profundidade doravante, no Capítulo 4.

#### 3.1.1.4 Dimensão objetiva do direito fundamental à família e decisão axiológica do constituinte

Se o estudo dos direitos fundamentais a partir da teoria liberal corresponde à percepção de sua dimensão subjetiva, isto é, de serem garantias de titularidade dos indivíduos em relação ao Estado, não se descuida da existência de uma outra dimensão, a objetiva, ligada a critérios de controle da ação estatal, que independem de violações ou intervenções de direitos fundamentais das pessoas e da reclamação por seu titular.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> TORRES, Claudia Vechi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

<sup>142</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116-117.

Dentre esses critérios, está aquele que se refere à interpretação e configuração do direito infraconstitucional, posto que, pela própria noção de força normativa da Constituição, estão todos os operadores do Direito, intérpretes e legislador, vinculados às suas disposições, em especial aos direitos fundamentais. Conteriam, assim, os direitos fundamentais, uma função axiológica do ordenamento jurídico, na medida em que constituem elemento que deve nortear a aplicação e interpretação de qualquer norma.<sup>143</sup>

Nesse contexto, discute-se se os contornos das disposições da CRFB acerca do direito fundamental à família revelariam uma preferência pela forma de vida matrimonial, como uma forma privilegiada de família, em detrimento das demais e, por tal razão, restringiria a atuação do intérprete e do legislador em sua concretização.

A respeito, Martins afirma que a decisão axiológica do constituinte em torno do casamento é clara na Lei Fundamental alemã, porém ausente no Brasil<sup>144</sup>, uma vez que a CRFB adotou, paralelamente ao matrimônio, uma outra forma conjugal de convivência – a união estável entre o homem e a mulher. Nesse sentido, não haveria um dever especial de proteção do casamento além da proibição de sua extinção e desobediência às diretrizes de sua configuração. Seria dado, assim, uma “total liberdade do legislador para acabar com o privilégio da forma de vida do casamento tradicional”<sup>145</sup>.

Com fundamentos distintos, porém, também preconizando a inexistência de uma hierarquia entre as entidades familiares constitucionalmente previstas, Lôbo defende a incidência da igualdade sobre o casamento, a união estável e a família monoparental, o que impediria o tratamento jurídico assimétrico no que tange à “base comum de direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família”<sup>146</sup>.

De fato, concorda-se com os autores não poder ser identificado, a partir da leitura sistemática da Constituição, a existência de uma decisão que privilegie o matrimônio como forma mais adequada ou legítima de constituição de família ou que estabeleça uma ordem hierárquico-valorativa dos institutos concretizadores da garantia institucional da família. São

---

<sup>143</sup> AZEVEDO, Flavio Alexandre Luciano de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua relevância para a efetivação da cidadania em países periféricos. **CONPEDI**, Florianópolis, p.47-68, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/220z0z30/6p453HGFY7d5FLLD.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016. p. 50.

<sup>144</sup> MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>>. Acesso em: 03 mar. 2016. p. 252.

<sup>145</sup> MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>>. Acesso em: 03 mar. 2016. p. 253.

<sup>146</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

eles equiparados na CRFB, ocupando uma posição de igualdade, constatação com repercussões significativas no que diz respeito à liberdade do constituinte derivado ou legislador de criação de outros institutos<sup>147</sup>, para além da família matrimonializada, a exemplo das uniões poliafetivas, o que justifica trazer à baila, nesse momento, essa conclusão intermediária. Mais especificamente quanto à possibilidade de normatização de um instituto próprio para essas uniões, será ela tratada no tópico 4.3.

### 3.1.2 A (não) concorrência entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à família

O estudo do direito fundamental à família como parâmetro de controle de constitucionalidade deve se ater também à relação entre ele estabelecida com outras garantias correlacionadas à questão das uniões poliafetivas. Anteriormente, mencionou-se que a doutrina que se ocupou de investigar a possibilidade de reconhecimento de uniões em simultaneidade o fez, em regra, com fundamento em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. Nesse sentido, identifica-se uma suposta concorrência entre eles, que deve ser analisada.

Com efeito, a concorrência entre direitos fundamentais se faz presente quando determinado ato do poder público atinge dois ou mais direitos fundamentais de um mesmo titular<sup>148</sup>, ou, ainda, quando essa conduta se subsumi à área de proteção de diversos direitos fundamentais<sup>149</sup>. Por ser atingida uma multiplicidade de garantia necessariamente, a justificação utilizada pelo Estado deverá se dar para todos eles, separadamente, levando em conta suas respectivas áreas de proteção e os limites constitucionais à intervenção, somente assim podendo ser constatada a constitucionalidade do ato.

Não raro, porém, essa concorrência poderá ser apenas aparente (não ideal), quando se estiver diante de direitos em uma relação de especialidade – como seriam os direitos geral de liberdade e a liberdade de profissão; ou os direitos à privacidade e o da inviolabilidade de domicílio. Tem-se, então, um direito fundamental mais amplo (geral) e outro mais restrito (específico), seja pelos elementos que *a priori* compõem seu conteúdo, seja pela melhor

<sup>147</sup> MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>>. Acesso em: 03 mar. 2016. p. 255.

<sup>148</sup> Distancia-se da colisão, uma vez que esta diz respeito à limitação de um direito fundamental de alguém em face da proteção do direito de outrem.

<sup>149</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. P. 112.

adequação desses elementos casuisticamente. A concorrência aparente reclama a aplicação da regra *lex specialis derogat legi generali*, de modo que o direito específico afasta a aplicação do geral como parâmetro de controle de constitucionalidade.

São identificadas por Dimoulis e Martins<sup>150</sup> duas categorias de relação de especialidade entre os direitos fundamentais – a) lógica e b) normativa. Lógica é aquela em que a norma específica, muito embora contenha todos os elementos da geral, apresenta algum elemento a mais, que a torna peculiar. Há, portanto, uma especificidade abstrata de um direito fundamental em relação ao outro, aplicando-se somente a determinados fatos da vida. Já na especialidade normativa, os elementos de ambos os direitos têm uma área de intersecção, porém um deles mais bem se amolda ao caso objeto de estudo. Ou seja, pode-se afirmar que, para essa última modalidade, a especificidade da norma se verifica a partir do caso concreto analisado, que se adequará melhor a determinado direito do que ao outro. Na dúvida, aplicam-se os dois direitos fundamentais concorrentes.

Sobre a concorrência entre o direito à família e a dignidade da pessoa humana, afirma-se, desde logo, que ela é apenas aparente. A respeito, duas questões devem ser enfrentadas na demonstração do alegado: primeiramente, a problemática da definição de conteúdo da dignidade humana e, em seguida, a sua caracterização como princípio jurídico, e não como um direito fundamental subjetivo.

A grande amplitude de elementos que podem ser integrados à noção de dignidade humana é uma das razões da dificuldade em traçar contornos específicos *a priori* do seu alcance. Não há, na literatura jurídica especializada, uma posição majoritária a respeito do seu conteúdo. Além da compreensão kantiana do conceito, que veda a instrumentalização dos seres humanos, Martins<sup>151</sup> elenca três principais teorias: (a) axiológico-transcendentes; (b) de autoconstrução da dignidade pelo seu titular; (c) comunicativa. Para a primeira delas (a), com embasamentos que vão do jusnaturalismo à teologia cristã, defende-se a dignidade como sendo uma característica própria do ser humano, se comparado às demais formas de vida existentes. Já sob a perspectiva da teoria da autoconstrução (b), a dignidade da pessoa não é concebida como algo inerente aos indivíduos, mas sim um atributo conquistado pelo desenvolvimento da personalidade, com a formação da identidade de cada um. Por fim,

---

<sup>150</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170-171.

<sup>151</sup> MARTINS, Leonardo. Lei de Biossegurança e controle de sua constitucionalidade pelo STF na ADI 3.510-DF. In: MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica**: Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60-61.

afastando-se das demais teorias, a comunicativa (c) compreende a dignidade a partir do reconhecimento recíproco de sua existência entre os membros da comunidade jurídica.

Diante da imprecisão conteudística, há quem defenda, a exemplo de Barroso, que a dignidade humana possui um conteúdo mínimo, identificado no valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia de cada indivíduo que, por sua vez, pode ser limitada por algumas restrições em benefício de um valor comunitário<sup>152</sup>. A noção de conteúdo mínimo apresentada, no entanto, não resolve o problema da demarcação do que seria esse “mínimo”, ou a que corresponderia o valor inerente aos seres humanos e, menos ainda, a sua limitação por valores comunitários. A retórica em tal posicionamento sobressai frente à baixa densidade normativa da dignidade humana, capaz de levar à equivocada solução de casos com base na dignidade humana *per se*, sem que se busque uma outra norma de maior densidade, capaz de ser aplicada à situação concreta sob análise do intérprete<sup>153</sup>.

Note-se que uma das razões para os equívocos na aplicação da dignidade humana na solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais reside no seu enquadramento como um direito fundamental, de caráter subjetivo, e não de um princípio estruturante do sistema constitucional como um todo.

Trata-se de uma percepção equivocada, que pode ser desfeita (não apenas) pelo estudo topografia do texto constitucional. A dignidade da pessoa humana encontra-se prevista logo no art. 1º da CRFB, que trata dos fundamentos do Estado brasileiro e faz parte do título “Dos princípios fundamentais”. A posição é anterior ao *caput* do art. 5º, da CRFB, no qual foram listados, em título e capítulo próprios (“Dos direitos e garantias fundamentais” e “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, respectivamente) os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Somente no art. 226, da CRFB é previsto o direito fundamental à família, integrante do capítulo “Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso”.

Vê-se, pois, que a dignidade humana foi alçada pelo constituinte a uma posição diferenciada, que não é apenas topográfica. Como fundamento do Estado de direito, a dignidade humana se apresenta, em primeiro lugar, como um valor ético-moral que dá sustentação a todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional. Consoante preceitua

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 72.

<sup>153</sup> A menção à densidade é extraída a partir da definição dada por Dimoulis, segundo o qual, quanto maior a quantidade de interpretações a seres dadas de determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. 2 v. Coleção Professor Gilmar Mendes. p. 248.

Sarlet<sup>154</sup>, tratar-se-ia de um valor-guia, o que justificaria a sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica. A dignidade assume, sob esse viés, uma importante função interpretativa, conferindo liga ao sistema jurídico, uma vez que todas as normas devem, inexoravelmente, observá-la, seja na sua promoção, seja na vedação a violações.

A interpretação da estrutura constitucional mencionada permite concluir ser apropriada sua caracterização como princípio jurídico-estruturante, pois, na qualidade de valor fundante, encontra-se na base de todas as definições e caminhos interpretativos dos direitos fundamentais<sup>155</sup>. Com efeito, qualquer afetação à dignidade humana é injustificável do ponto de vista constitucional, o que não acontece em relação aos demais direitos contidos na Constituição, os quais podem sofrer limitações. O direito à vida, por exemplo, cujo expressivo valor é inegável e, no caso da CRFB, foi previsto sem nenhuma reserva legal, pode ter o seu exercício subjetivo “sacrificado” quando se mostrar proporcional e necessário, em situações graves de exceção – guerra, tiro final de salvamento, estado de defesa ou estado de necessidade.<sup>156</sup> É o caso do policial que mata alguém para proteger a vida de outrem, que se encontrava ameaçada (estado de necessidade).

Dimoulis e Martins<sup>157</sup>, acerca da temática, afirmam não se poder falar em violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, porque, ao contrário dos demais direitos fundamentais – promulgados pelo constituinte com limites explícitos ou implícitos – a dignidade humana, justamente por não ser um direito fundamental, não seria passível de limitação. Não há como se conceber, portanto, um sacrifício justificável da dignidade humana, ainda que abstratamente considerada, não importando o fim perseguido pelo Poder Público para tanto.

A partir daí, torna-se possível concluir que a relação estabelecida entre tal princípio constitucional e os direitos fundamentais positivados não pode ser de colisão, tampouco de concorrência. A dignidade, em verdade, funciona como alicerce na concretização dos direitos fundamentais, na maioria das vezes, de maneira mediata.

---

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 123.

<sup>155</sup> JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **A dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p.89.

<sup>156</sup> MARTINS, Leonardo. Lei de Biossegurança e controle de sua constitucionalidade pelo STF na ADI 3.510-DF. In: MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica: Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 83.

<sup>157</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 76.

A respeito, Sarlet explica que a relação entre dignidade humana e direitos fundamentais é *sui generis*: a compreensão de que a dignidade, em princípio, não pode ser invocada autonomamente para a proteção de certas garantias não implica a subsidiariedade entre elas. A dignidade, em verdade, assume, ao mesmo tempo, a função de elemento e medida dos direitos fundamentais porque, sempre que um direito fundamental for violado, será constatada uma violação à dignidade humana<sup>158</sup>. Exerce, desse modo, uma função limitadora da intervenção nos direitos fundamentais, no sentido de que a intervenção estatal em um direito fundamental não poderá atentar com ela ou, de outro lado, poderá ser justificada se visar a atendê-la.<sup>159</sup>

Poder-se-ia questionar se a posição acima estaria negando à dignidade humana, na qualidade de princípio, seu caráter de normatividade, alçando-a, na crítica de Streck, a uma espécie de meta-regra, que se prestaria apenas a suprir insuficiências ônticas ou solucionar casos difíceis<sup>160</sup>. Não se considera, contudo, que o reconhecimento da posição ocupada pela dignidade, na qualidade de princípio basilar do sistema constitucional, seja negar seu caráter deontológico, porquanto a sua força cogente se faz presente no dever de sua observância pela atuação estatal como um todo; o que a diferencia dos demais direitos fundamentais, em sua dimensão subjetiva é, como dito, na impossibilidade de sofrer limitações e, portanto, não haver sacrifício capaz de justificar uma intervenção estatal na norma constitucional.

Para a dissertação, contudo, importa destacar que a separação – jurídico-dogmática – entre princípio fundante e direito fundamental é justificativa suficiente para que se conclua ser apenas aparente a concorrência da dignidade humana com o direito fundamental à família. A inexistência de regulamentação do instituto das famílias poliafetivas ou mesmo eventual criação desse instituto pelo legislador ordinário são atos estatais que guardam uma relação direta com o direito fundamental à família, e não com o princípio da dignidade humana, não podendo ser ele um parâmetro de análise de constitucionalidade adequado. Quanto a esse último, poder-se-ia apenas, em tese, encontrar nesse princípio justificção para intervenção na mencionada garantia.

---

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 117.

<sup>159</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J.j. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. p. 127.

<sup>160</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 515.

### 3.1.3 A (não) concorrência entre o direito geral à liberdade e o direito fundamental à família

A investigação quanto à constitucionalidade da situação jurídica das uniões poliafetivas poderia, igualmente, apontar o direito fundamental à liberdade como um dos parâmetros de controle possíveis, em concorrência com o direito fundamental à família. Nessa linha de raciocínio, considerar-se-ia que a não previsão do instituto poderia ser uma forma de limitação àqueles que desejassem constituir suas relações familiares sobre tal modelo.

Antes, porém, há de ser reconhecer que, assim como acontece com a dignidade da pessoa humana, é dificultosa a tarefa de se traçar os precisos contornos jurídicos da liberdade individual e o seu conteúdo constitucionalmente protegido. Conceitualmente, observa-se a duplicidade de compreensão da liberdade em sentidos negativo e positivo, ligando-se a ela a dicotomia entre a não imposição de constrangimentos ao agir do sujeito de um lado e, do outro, a reunião das condições necessárias para agir<sup>161</sup>, que não se esgota na simples ausência de impedimentos externos.<sup>162</sup> Não por outra razão, a maioria dos direitos fundamentais contidos na CRFB, direta ou indiretamente, guarda uma relação com a defesa da liberdade dos cidadãos.

Apesar de se reconhecer a importância da ideia de liberdade positiva, dentro da necessidade de foco na liberdade como um direito fundamental de resistência, deixa-se de lado o debate em torno da sua relação com prestações positivas estatais. Foca-se, então, inicialmente, na discussão doutrinária acerca da própria existência desse direito (liberdade negativa) de natureza “geral” em face das liberdades específicas e concretas, por se tratar de um pressuposto lógico do Estado de Direito.

Posicionando-se em sentido contrário ao reconhecimento da liberdade geral, Dworkin afirma que uma concepção forte de direitos individuais somente poderia aceitar a existência de liberdades específicas e concretas.<sup>163</sup> Em consonância com a orientação

---

<sup>161</sup> Na ideia de liberdade positiva se insere a discussão em torno da imposição ao Estado das condições, sobretudo econômicas, para o exercício pleno da autodeterminação dos indivíduos, por meio da garantia de direitos como alimentação, saúde, instrução, rendimentos mínimos, não bastando a simples não intervenção. Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *Liberdades Formais e Liberdades Reais*. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a Democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989. p. 15.

<sup>162</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 148.

<sup>163</sup> DWORKIN, Ronald *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. *Direito Geral de Liberdade*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. p. 218.

“dworkiniana”, nem todas as constituições estrangeiras preveem o direito geral de liberdade, como é o caso da portuguesa, garantindo-se apenas as principais liberdades em espécie<sup>164</sup>.

A CRFB, no entanto, dispôs, em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à liberdade e, logo mais, em seu inciso II, estabeleceu que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nos incisos seguintes do mencionado dispositivo, podem ser encontradas uma série de outras liberdades específicas, como a de pensamento (inciso IV), a de consciência e crença (inciso VI), a profissional (inciso XIII), de locomoção (inciso XV).

Em uma análise jurídico-comparativa, seguiu a mesma lógica a Lei Fundamental da Alemanha (*Grundgesetz*), que, no art. 2, I, garantiu o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, intitulado como “Direitos de liberdade”, mas, em artigos seguintes (art. 4, 5, 8 e 9, por exemplo) previu outras formas de liberdades – de crença e consciência, de opinião, arte e ciência, de reunião, de associação, dentre outras. A comparação é pertinente, pois as teorias em torno dos direitos fundamentais da *Grundgesetz* se aplicam em boa parcela ao direito de liberdade da ordem constitucional pátria.

Esclarecem Pieroth e Schlink<sup>165</sup> que, a respeito das previsões gerais e específicas do direito de liberdade, surgiram diferentes posicionamentos. O Tribunal Constitucional Federal Alemão, porém, no que foi seguido pela maioria da doutrina<sup>166</sup>, interpretou o art. 2 I da Lei Fundamental<sup>167</sup> como contendo, de um lado, a liberdade de atuação em geral e, do outro, um núcleo de desenvolvimento da personalidade, voltando mais à dimensão pessoal do indivíduo.

A liberdade de atuação em geral a que se referem os mencionados autores inclui as ações humanas, que só podem ser limitadas por lei formal e materialmente constitucional. Apresenta, portanto, um caráter nitidamente subsidiário em relação às liberdades específicas, quando não forem aplicáveis ao caso de violação ao direito fundamental. O direito de personalidade, de outro lado, reclama os elementos da autodeterminação, autopreservação e

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. Direito Geral de Liberdade. In: CANOTILHO, J.j. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. p. 218-219.

<sup>165</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 137.

<sup>166</sup> Como representante da parcela minoritária, destaca-se Hesse, que defende a interpretação restritiva do art. 2º, I, da *Grundgesetz*, no sentido que vê o conteúdo do desenvolvimento livre da personalidade dentro das barreiras da ordem constitucional na garantia da esfera da vida pessoal mais estreita. Argumenta a favor dessa posição afirmando que a compreensão mais ampla do direito à liberdade levaria, dentre outras consequências, ao alargamento da via recursal ao Tribunal Constitucional Federal. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Editor, 1998. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. p. 328.

<sup>167</sup> A citação dos dispositivos normativos se deu de acordo com o modelo utilizado na literatura jurídica e jurisprudência especializada alemãs, disponível em: MARTINS, Leonardo. Siglas, abreviações e peculiaridades da citação de dispositivos normativos. In: MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Kas Konrad Adenauer Stiftung, 2016. 1 v.

autoapresentação – respectivamente, os direitos de: (a) determinar a sua própria identidade; (b) retirar-se, proteger-se e ficar por sua conta; (c) defender-se contra apresentações públicas indesejadas sobre a sua pessoa.<sup>168</sup>

Retornado ao que preconiza a CRFB, não obstante o art. 5º, *caput*, preveja o direito à liberdade, e não ao livre desenvolvimento da personalidade, bem se vê ser coerente a posição adotada pela doutrina alemã, com as devidas adaptações. Note-se que o inciso II, referente à necessidade da lei para limitar o agir dos indivíduos, tem ligação com o direito geral de ação.

Reforçam tal constatação as lições de Martins<sup>169</sup>, segundo o qual o direito fundamental à liberdade, pela sua ampla área de proteção e pela forma como posicionado pelo constituinte, dá a entender que todos os demais direitos são dele derivados, em uma relação de subsidiariedade. Fazendo também uma ponte com a teoria geral dos direitos fundamentais alemã, aponta que há um conteúdo autônomo da liberdade geral, que diz respeito ao que fosse relevante ao desenvolvimento da personalidade humana e, secundariamente, à liberdade geral de ação humana.<sup>170</sup>

Tem importância, porém, para o presente estudo, o primeiro desses desdobramentos – o da autodeterminação. A autodeterminação, ainda segundo Martins, consiste na escolha livre do titular em determinar sua identidade, aqui incluídos todos os aspectos que capazes de moldá-la, como a profissão, família, opção sexual, etc.<sup>171</sup> Existe, pois, uma área comum entre esses dois direitos (liberdade e família), sobretudo no que diz respeito à escolha da composição familiar (com quem casar, quando casar, quando e se haverá separação, dentre outras ações) que transmite a ideia de autodeterminação atinente ao direito geral de liberdade, e, ao mesmo tempo, está claramente ligada à constituição da família.

Não se inclui, porém, nos elementos comuns entre a liberdade geral e o direito fundamental à família a questão da autodeterminação sexual (hetero/homo/bissexual e mono/poligâmico). Muito embora se saiba que institutos familiares como o casamento e a união estável sejam comumente associados ao envolvimento sexual e reprodutivo dos indivíduos, não é ele uma condição necessária à sua constituição. Há muito que esse deixou

<sup>168</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 139-141.

<sup>169</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48-49

<sup>170</sup> Complementando a definição do direito geral de liberdade, Alexy, apesar de reconhece-lo, diferencia a liberdade negativa da permissiva, como sendo esta última propriamente a liberdade jurídica, referente não apenas a uma abstenção estatal, mas também de uma possibilidade de ação. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 228-230.

<sup>171</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

de ser um dos deveres conjugais e, além disso, pouco importa a orientação sexual das pessoas para que elas possam contrair núpcias ou mesmo conviver em união estável.

Fazendo alusão novamente à doutrina de Martins<sup>172</sup>, o autor pontua que a proteção à família não pode ser confundida como a proteção aos direitos da sexualidade, pois a primeira visa a cumprir a função de socialização, e não de reprodução. Sendo assim, ao se tratar do direito à família<sup>173</sup> em sua função de resistência, não se está a tutelar a liberdade dos indivíduos de se relacionar sexualmente com quem desejarem e da forma como desejarem, e sim de firmar vínculos de afeto e solidariedade, dentro de uma roupagem jurídico-normativa (daí a já discutida faceta de um direito fundamental de cunho normativo)<sup>174</sup>.

Adentra-se na questão da dimensão de direito de resistência da norma do art. 226 da CRFB. Como já abordado no ponto 3.2.1, há também um viés de proteção dos indivíduos em face de indevidas intervenções estatais na respectiva garantia constitucional. A autodeterminação no sentido de definir certos aspectos da constituição familiar não pode sofrer intervenções sem que elas tenham fins lícitos e sejam proporcionais. É justamente o que diz o parágrafo 7º do art. 226 da CRFB, que determina ser livre o planejamento familiar pelo casal e veda qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Isso faz inferir que o direito em questão é, em verdade, uma especificação da liberdade geral voltada à composição familiar. Assim, no exame da constitucionalidade das uniões poliafetivas, a omissão estatal que poderia, em tese, afetar o âmbito de livre constituição familiar pelas pessoas deve adotar como parâmetro a garantia de liberdade específica contida no art. 226 da CRFB, e não a genérica do art. 5º, *caput*, da mesma Carta Magna.

O que se está a defender, em outros termos, é que a concorrência identificada entre os dois direitos fundamentais é aparente e lógica, pois, a toda evidência, *in casu*, há uma incidência mais precisa do direito fundamental à família para o controle proposto. Se há ou não uma intervenção indevida e quais os limites constitucionais a essa intervenção devem ser analisados a partir da função negativa do referido direito.

---

<sup>172</sup> MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>>. Acesso em: 03 mar. 2016. p. 253.

<sup>173</sup> O autor considera o direito autônomo ao casamento. MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

<sup>174</sup> Nesse mesmo sentido: VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil**: Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015. p. 101.

### 3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE COMO SEGUNDO PARÂMETRO PARA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA POLIAFETIVIDADE

Se verificada, de um lado, a inexistência de concorrência ou apenas a concorrência aparente entre o direito fundamental à família e as garantias acima – dignidade da pessoa humana e liberdade – o mesmo não se pode dizer em relação ao direito fundamental à igualdade. Quando se está a examinar se a omissão do Estado na criação do instituto das uniões poliafetivas é ou não constitucional, poder-se-ia conjecturar se o Estado estaria promovendo um tratamento discriminatório, cuja justificação-constitucional deveria ser apreciada, eis que aqueles que optam por tal forma de relacionamento, diferentemente dos componentes das famílias expressamente previstas na lei, não possuem norma que a reconheça como espécie de entidade familiar e estabeleça direitos e obrigações aos seus integrantes.

Parte-se, portanto, da razoável – apesar de (ainda) hipotética – conclusão de que a referida omissão estatal é potencialmente interventora do direito fundamental à igualdade, o que leva a uma segunda investigação preliminar, no que diz respeito à relação de concorrência entre essa garantia fundamental e o direito à família. Aqui, a existência de uma área de intersecção entre eles é relevante. Se, de um lado, o cunho normativo do direito à família exige a criação dos respectivos institutos, dos direitos e obrigações entre componentes de uma entidade familiar para que possa ser exercido em sua plenitude; de outro, seria por meio da inação estatal na respectiva regulamentação que eventual tratamento discriminatório poderia ser embasado, tendo em vista a existência de institutos familiares na lei civil, a exemplo do casamento e da união estável heterossexual.

Diferentemente dos direitos fundamentais antes abordados, a área de intersecção entre a igualdade e o direito à família permitiria, em último caso, a verificação de uma concorrência *normativa* entre ambos. A dificuldade, porém, em identificar qual dessas duas garantias mais bem se amoldaria à investigação da constitucionalidade das uniões poliafetivas não permite que seja afastado o direito fundamental à igualdade também como um parâmetro, medida que se apresenta como uma forma de resguardo técnico-jurídico.

Mais ainda pelo fato de a garantia da igualdade não ter uma área de proteção definida<sup>175</sup>, seria incorreto tratá-la como um direito de liberdade e, aprioristicamente, retirá-lo da qualidade de parâmetro do presente estudo de compatibilidade com a Constituição. De antemão, por essa conclusão não se trata de um juízo prévio de inconstitucionalidade da omissão identificada, e sim de necessidade de um exame completo de acordo com os instrumentos dogmáticos fornecidos pela teoria liberal dos direitos fundamentais, razão pela qual, passa-se, a seguir, ao delineamento geral do direito fundamental à igualdade na ordem constitucional pátria.

### 3.2.1 Contornos constitucionais do direito fundamental à igualdade

Como é sabido, a garantia da igualdade pode ser compreendida a partir de duas acepções: a exigência *geral* de um tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*) e a, *mais específica*, proibição de um tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*).<sup>176</sup> Em termos mais amplos, o referido direito fundamental tem como efeito essencial o de assegurar ao indivíduo o direito de não ser tratado desigualmente perante a lei, seja por meio da sua aplicação pelos Poderes Executivo e Judiciário, seja pelo seu próprio texto que, injustificadamente, promova um tratamento discriminatório.<sup>177</sup>

Ambas as facetas da igualdade podem ser encontradas no texto constitucional. De um lado, além da igualdade propriamente dita, faz menção a Constituição à proibição do tratamento discriminatório. São elas apresentadas logo no art. 3º, que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: no inciso III, é prevista ao Estado a obrigação de reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, no inciso IV, proíbem-se os preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Mais adiante, o art. 5º, *caput*, da CRFB preleciona a clássica formulação de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. O constituinte literalmente posicionou a

<sup>175</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 28.

<sup>176</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 207.

<sup>177</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

igualdade *perante a lei* como sendo de titularidade de todos<sup>178</sup>, o que demonstra um tratamento diferenciado em relação às outras garantias – também de indubitável relevância –, a exemplo da vida, da liberdade e da própria igualdade, repetida no mesmo dispositivo normativo. O inciso I do artigo 5º assegura a homens e mulheres a igualdade em direitos e obrigações<sup>179</sup>, o que, a despeito de já se encontrar contido na cláusula geral de igualdade, mereceu destaque no texto constitucional.

Doutrinariamente, faz-se a distinção entre a igualdade *perante a lei* e a igualdade *na lei*, correspondendo elas, respectivamente, à igualdade formal e material. Nesse sentido, o tratamento igualitário *perante a lei*, assegura que a aplicação da lei pela autoridade brasileira não deve ser feita sem nenhuma discriminação fundamentada.<sup>180</sup> Noutro bordo, a igualdade *na lei*, conecta-se à concretização dessa garantia pelo legislador infraconstitucional, que deve respeitá-la, dentro dos limites previstos na Constituição.<sup>181</sup>

Daí extrai-se a discussão acerca da inclusão ou não do Poder Legislativo como destinatário da norma da igualdade, porque somente a sua vinculação poderia assegurar que a produção normativa deve respeitá-la. Como afirma Silva<sup>182</sup>, há muito a doutrina e a jurisprudência já pacificaram o entendimento de que o legislador deve, da mesma forma,

---

<sup>178</sup> Discutiu-se, em relação aos demais direitos fundamentais elencados no *caput* do art. 5º da CRFB, se eles, segundo a interpretação literal do seu texto, teriam sido garantidos apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, ou se, por exemplo, pessoas jurídicas e estrangeiros não residentes, também poderiam ter assegurados alguns desses direitos, a exemplo da garantia fundamental à vida. A respeito, Silva expõe sua posição de que, quanto às pessoas jurídicas, o próprio texto constitucional prevê uma série de direitos fundamentais, a exemplo da isonomia e da propriedade, não havendo porque excluí-las (limitando-se àquelas brasileiras e estrangeiras que atuem no país) da titularidade desses direitos. Por outro lado, no que diz respeito aos estrangeiros não residentes no país, o autor entende que a previsão dos sujeitos destinatários desses direitos pela Constituição não pode ser ignorada, devendo ter consequências normativas, o que não implicaria, em seu entender, que os indivíduos nessa posição, tendo regularmente ingressado em território nacional, estariam submetidos ao arbítrio. Para esses casos específicos, as normas de Direito Internacional e outras normas jurídicas poderiam ser acionadas em sua proteção. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 191 - 193.

<sup>179</sup> Atente-se para o fato de que a norma em questão faz a seguinte ressalva “nos termos desta Constituição”. Sob tal fundamento, a igualdade entre homens e mulheres foi limitada pelo próprio texto constitucional em diversas oportunidades, sempre em favor da mulher, como é o caso do menor tempo de contribuição e de idade para a aposentadoria. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 217.

<sup>180</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70.

<sup>181</sup> VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil**: Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015. p. 102.

<sup>182</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 215.

obediência à igualdade, devendo, ao elaborar uma lei, reger igualmente as situações idênticas (a partir dos critérios elencados pela norma<sup>183</sup>) e proporcionalmente as distintas.

Há casos, porém, em que restará justificada a discriminação promovida pela lei – não apenas quando a própria Constituição os previr (limites constitucionais ao direito fundamental à igualdade), mas também quando tal discriminação for proporcional (limite ao poder de limitar o direito fundamental em questão).

A caracterização da igualdade como um direito subjetivo do qual um indivíduo é titular implica a proteção desse direito diante de um tratamento discriminatório promovido pelo Estado, cuja verificação de constitucionalidade passará pela análise da justificação constitucional para tanto. Ao contrário dos direitos de resistência, não possui uma área de proteção a ser protegida contra a intervenção estatal, de modo que a análise de constitucionalidade passará pelo exame do ato de tratamento desigual, averiguando-se se ele, em primeiro lugar, provoca uma discriminação e, segundo, se essa discriminação pode ser justificada. O ônus argumentativo cabe ao Poder estatal, o qual aumenta gradativamente de acordo com o caso específico, seja porque inexistente uma norma expressa na Constituição estabelecendo um limite à garantia da igualdade, seja porque se aproxima o tratamento discriminatório de uma vedação constitucional expressa, a exemplo do disposto no art. 5º, I, da CRFB, que proíbe a distinção entre homens e mulheres.<sup>184</sup>

Explicam Pieroth e Schlink<sup>185</sup> que a justificação constitucional só será (jurídico-constitucionalmente) relevante quando o tratamento desigual é perpetrado pelo mesmo Poder Legislativo contra aquilo que é essencialmente igual, isto é, pessoas, grupos de pessoas ou situações comparáveis a partir de um ponto de referência (*tertium comparationis*).

O ponto de referência é o elemento comum àqueles postos em comparação, o que os citados autores denominam de conceito supraordenado comum. Assim, por exemplo, se determinado ato normativo estabelece privilégios para donos de restaurantes, poderia ser estabelecida uma relação comparativa com donos de bares ou lanchonetes, sendo o ponto de

<sup>183</sup> O tratamento igualitário não faz referência a pessoas inteiramente iguais entre si, mas sim à igualdade em relação aos aspectos considerados relevantes pela norma. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 216.

<sup>184</sup> O Tribunal Constitucional Alemão sistematizou gradualmente a necessidade de justificação constitucional de acordo com a intensidade com que o tratamento discriminatório afeta os atingidos, a saber: (a) quanto mais diga respeito a pessoas ou grupo de pessoas e quanto menos se refira a situações; (b) quanto mais o critério de tratamento desigual se assemelhe a uma das vedações expressas na Constituição Alemã (art. 3º, nº 3); (c) quanto menos o atingido puder influenciar o tratamento desigual; (d) quanto mais o tratamento desigual dificulte o exercício de liberdades protegidas pelas garantias fundamentais da Constituição. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p.164.

<sup>185</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p.161.

referência entre eles a propriedade de estabelecimentos que exploram a prestação de serviço de gênero alimentício. Entre aqueles cujo ponto de referência é identificado, há que ser avaliada também a marca que os distingue (*differentia specifica*) e, a razão para o possível tratamento desigual.<sup>186</sup>

A constatação acima reforça a ideia de que o direito fundamental à igualdade tem como peculiaridade o seu caráter de relatividade.<sup>187</sup> A referida adjetivização não carrega o significado de ser ele menos importante ou com menor força em relação às demais garantias jurídico-constitucionais, mas sim de que depende, para a sua análise, de ser estabelecida uma relação entre duas pessoas, dois grupos ou duas situações que têm algo em comum, apesar de suas diferenças pontuais.

### 3.2.2 As discriminações positivas e a caracterização das minorias

Inegável que, a despeito da previsão constitucional que veda o tratamento discriminatório, há a necessidade de preferências ou secundarizações previstas em lei (ou por ela promovidas) como forma de atingir fins constitucionais. Isso porque o conteúdo do direito à igualdade, em sua acepção específica de proibição à discriminação (art. 5º, *caput* c/c art. 3º, IV), veda apenas o tratamento desigual sem fundamento constitucional.<sup>188</sup> Para isso, além dos próprios limites ao direito fundamental à igualdade, expressamente previstos na Constituição, subsiste (também como um limite à garantia em questão) a possibilidade de desigualdade de tratamento pela lei quando esta estiver em sintonia com os interesses prestigiados pela CRFB. São as chamadas discriminações positivas ou ações afirmativas, que visam a sanar desigualdades reais.

Para tais hipóteses, é compatível a “promoção do bem de todos” preconizada no art. 3º, IV, da CRFB. Implicaria tal previsão a necessidade de uma atuação positiva do legislador na busca de igualdade de oportunidades e condições. Essa atuação positiva, contudo, não leva ao estabelecimento de uma relação direta entre o direito à igualdade e a prestação de determinados direitos sociais. Isso significa dizer, em outros termos, que a fundamentação da cobrança pelo indivíduo da prestação de determinado direito social não deve ser pautada essencialmente no direito à igualdade, e sim na relação entre o detentor do direito (social)

<sup>186</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p.161

<sup>187</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 208.

<sup>188</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 160.

subjetivo em questão e o Estado, que tem o dever de prestá-lo. Por outro lado, a igualdade poderá ser acionada como parâmetro de controle de constitucionalidade quando, por exemplo, o ente estatal promove tratamento igual de indivíduos em condições de desigualdade fática (aqui, trata-se de uma ação propriamente dita), ou, caso incorra em uma discriminação legislativa, tenha que fundamentá-la com base em diretrizes constitucionais.<sup>189</sup> A sutileza da distinção acima está em não reduzir, nos dizeres de Martins<sup>190</sup>, as ações afirmativas decorrentes da garantia à igualdade ao postulado de “tratar desigualmente os desiguais”, comumente identificado na doutrina como princípio da equidade ou igualdade material.

Como visa a reduzir desigualdades fáticas, as discriminações positivas são dirigidas a grupos por elas afetados, as chamadas “minorias”<sup>191</sup> e os grupos vulneráveis. Quanto às minorias, muito tem se discutido em torno do seu conceito – que não é de todo uniforme<sup>192</sup> –, cuja utilização tem se distanciado da ideia apenas quantitativa. Segundo Vasconcelos<sup>193</sup>, duas concepções em torno do tema das minorias se entrelaçam: a sociológica, relacionada ao citado aspecto numérico de um determinado grupo ou segmento de pessoas, e a antropológica, de feição qualitativa, que considera posição ocupada pelo grupo ou segmento de pessoas na sociedade, ao invés de sua representatividade numérica.

Para o campo jurídico-constitucional pátrio, o aspecto antropológico (não-quantitativo) parece ter prevalecido, eis que alguns dos grupos-alvo de medidas afirmativas, a exemplo das mulheres, não apresentam desvantagem numérica. Pode, sob tal perspectiva, ser caracterizado como minoria um conjunto de pessoas que, por possuírem determinada característica em comum, são marginalizadas, discriminadas ou enfrentam maior dificuldade de inserção social. Qual característica em comum poderia enquadrar um segmento de pessoas como uma minoria é uma dificuldade enfrentada – sobretudo em âmbito internacional – por se

---

<sup>189</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 58-59.

<sup>190</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 58.

<sup>191</sup> CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. 2011. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 77

<sup>192</sup> Moreno expõe que a dificuldade de conceituação universal das minorias decorre não apenas da complexidade da questão, que é de natureza interdisciplinar, mas também pela variabilidade dos contextos em que estão inseridos grupos minoritários nos mais diversos Estados do mundo. MORENO, Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. *USCS*, S.l., v. 17, ano X, p.141-156, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <[http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/index](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/index)>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>193</sup> VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil**: Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015. p. 105.

tratar de relativo pressuposto, variável de acordo com os contextos de cada Estado.<sup>194</sup> Não obstante, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado no ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 592/1992, prevê a existência de minorias étnicas, religiosas ou linguísticas. Questões culturais e religiosas ou étnicas são apresentadas, então, como um conceito clássico do que seria apto a configurar uma minoria.

Novamente, o art. 3º, IV, da Constituição traz um norte de ampliação de quais características podem justificar um tratamento discriminatório positivo pelo Estado: origem, sexo, raça, cor e idade foram listados expressamente. Mais ainda, a CRFB prevê o rechaço a “quaisquer outras formas de discriminação”, fórmula aberta que permite a inclusão de uma variedade de outros caracteres que possam provocar a vulnerabilidade de certos grupos sociais, como é o caso da orientação sexual.<sup>195</sup>

A proteção pelo Direito das minorias ou dos grupos de vulneráveis depende da formulação de um conjunto de normas – amparadoras das respectivas políticas públicas – que promova um tratamento benéfico no sentido de sanar eventual desvantagem que as acometa. São vários os exemplos atualmente existentes no ordenamento jurídico nacional: a lei de incentivo à participação feminina na política (Lei nº 13.165/2015); lei de cotas para alunos autodeclarados negros, pardos ou indígenas no ingresso às universidades federais e instituições federais de ensino técnico de nível médio (Lei nº 12.711/2012)<sup>196</sup>; reserva de vagas para pessoas com necessidades especiais em concursos públicos (Lei nº 8.112/1990, art. 5º, parágrafo 2º).

É importante notar que as ações afirmativas, antes de tudo, estão condicionadas a uma opção político-discrecional do legislador em criar certas vantagens para grupos ou segmentos com vistas à promoção da igualdade, o que, como já articulado, tem respaldo na dicção do art. 3º, VI, da Constituição (“promover o bem de todos”)<sup>197</sup>. Isso implica concluir

<sup>194</sup> MORENO, Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. *USCS*, S.l., v. 17, ano X, p.141-156, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <[http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/index](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/index)>. Acesso em: 27 jul. 2016. p. 11.

<sup>195</sup> Acerca da questão atinente à discriminação por orientação sexual, Vasconcelos expõe que, consideradas apenas as minorias tradicionais (éticas, culturais e religiosas), os homossexuais não poderiam ser assim enquadrados (como grupo minoritário); contudo, sua condição de grupo vulnerável é clara, deriva de uma discriminação história sofrida na sociedade. VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil**: Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015. p. 109.

<sup>196</sup> A lei citada prevê cotas não somente para autodeclarados negros e pardos, mas também para alunos oriundos de escola pública e estudantes de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo per capita (art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 12.711/2012).

<sup>197</sup> Importante pontuar que o legislador, ao realizar discriminações positivas, está também restringindo direitos fundamentais de outras pessoas, especialmente a liberdade, razão pela qual a discricionariedade de criar ou não

que a inexistência de uma ação afirmativa não poderia ser considerada uma omissão inconstitucional, por se tratar de uma atuação que depende de uma escolha do legislativo em criá-la ou não.

A conexão entre o tema das ações afirmativas e a poliafetividade (e sua análise constitucional) reside em, sobretudo, averiguar se, tendo em vista sua não normatização, tratar-se-ia ou não de uma ação afirmativa em defesa de uma suposta minoria.

O enquadramento da poliafetividade como uma minoria ou um grupo vulnerável a ser preferido pelo Legislador não poderia ser feito pela via da vedação (implícita na Constituição) à discriminação por orientação sexual. Isso porque a escolha da direção do desejo a esse ou aquele gênero não interfere na caracterização da poliafetividade – é plenamente possível a formação de um núcleo poliafetivo composto por heterossexuais, por homossexuais ou por bissexuais. Como visto, a definição do poliamor está relacionada à pluralidade de afetos, independentemente do gênero. Ademais, essa questão (da orientação sexual) não teria relevância para a regulamentação do instituto, na mesma medida em que não tem, atualmente, para a definição do casamento, da união heterossexual, etc. Não há qualquer impedimento ao casamento ou à formação de uma união estável de um homossexual com alguém do sexo oposto, pois, para a norma, relevo terá somente que a relação jurídica seja formada entre pessoas de sexos diferentes.

De todo modo, a redação aberta do art. 3º, IV, da CRFB – “quaisquer outras formas de discriminação” – permitiria a inclusão da poliafetividade dentre os grupos minoritários ou vulneráveis, não apenas por se tratar de uma prática numericamente inferior dentre a população brasileira, cuja majoritariedade monogâmica é fato notório, mas também por ser alvo de marginalização, a qual pode ser ilustrada pela existência de Projeto de Lei nº 4.302/2016 (v. tópico 2.2.4), que expressamente visa a proibir a constituição de famílias poliafetivas.

Todavia, em que pese a possibilidade de caracterização dos integrantes de relações poliamorosas como uma minoria, a sua normatização (com a criação de um instituto próprio) e suposto tratamento diferenciado afirmativo, assim como as demais políticas dessa natureza, dependem de uma opção do legislador<sup>198</sup>.

---

ações afirmativas e da forma como prevê-las deve ser utilizada com parcimônia. Se, de um lado, pode ser incorrer em alguma insuficiência, de outro, pode agir em excesso – a proporcionalidade que vincula o Poder Legislativo, denominada na doutrina alemã, por Lerche de *Übermassverbot*. LERCHE, Peter *Apud* DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 180-181.

<sup>198</sup> Para maior aprofundamento quanto à discricionariedade do legislador na criação do instituto das uniões poliafetivas v. Capítulo 4.

### 3.2.3 O tratamento discriminatório provocado pela omissão legislativa

Saindo do campo das ações afirmativas, com retorno à análise do direito fundamental à igualdade em suas duas acepções – promoção da igualdade e vedação ao tratamento discriminatório injustificado – muito se discute a respeito das *ações* estatais, seja na feitura (conteúdo) de uma norma, seja na sua aplicação. Mais complexa, porém, é a questão das *omissões* estatais, isto é, da ausência de uma norma que regulamente determinadas situações ser capaz de provocar um tratamento discriminatório injustificado e, portanto, uma violação ao direito fundamental em apreço.

Não há dúvidas de que o Legislativo tem a função de concretizar direitos fundamentais, pois, frequentemente, o texto constitucional não basta, sendo aquele Poder um dos principais agentes de conformação da Constituição à realidade social.<sup>199</sup> Quando, porém, o não agir do legislador puder ser, em tese, caracterizado como inconstitucional, é um primeiro ponto a ser abordado.

Predomina, na literatura especializada, a ideia de que essa incompatibilidade com a Constituição nasce a partir de uma exigência constitucional de ação, uma “ordem de legislar” que é descumprida pelo detentor do poder de fazê-lo.<sup>200</sup> Mendes<sup>201</sup> pontua, a respeito, que a jurisprudência do STF adere a esse entendimento, somente reconhecendo a omissão inconstitucional na hipótese do descumprimento pelo legislador de um dever constitucional de normatizar, não apenas diante de um simples dever geral. Para sanar eventual inconstitucionalidade por omissão, a processualística prevê duas vias de ação: a ADI e o Mandado de Injunção, cada um com suas características e objetos específicos. Porém, o detalhamento dos procedimentos em questão, para a presente análise, não se faz relevante, razão pela qual se opta por apenas mencionar a sua existência.

Tem-se, então, um primeiro aspecto a ser considerado: o de que a omissão legislativa tem relevância constitucional apenas diante da desobediência a uma ordem para regulamentar determinado direito ou situação. Seguidamente, pergunta-se quando poderá se constatar a existência dessa ordem de fazer ao Poder Legislativo.

---

<sup>199</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1180.

<sup>200</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o Direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>201</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1183.

Claramente, quando existe, textualmente, a indicação de que o exercício de um direito será feito “na forma da lei” – o que Dimoulis e Martins<sup>202</sup>, denominam de reserva legal simples, plena, absoluta ou ordinária – a inação do legislador compromete a sua efetividade. Mas não apenas nesse cenário a ideia de “ordem” pode existir. Muitos direitos fundamentais, pela sua própria natureza e previsão abstrata no texto constitucional, dependem da concretização feita pelo legislador ordinário. Novamente<sup>203</sup>, a propriedade pode servir como ilustração ao afirmado: como a Constituição não oferece definição do seu conteúdo, à lei caberá a missão de defini-la e configurá-la, de modo que, sem a sua existência (da lei), muitos serão os problemas práticos decorrentes do exercício real da propriedade. Sendo assim, pode-se dizer, de maneira geral, que a inconstitucionalidade da omissão legislativa reside na constatação de que a respectiva falta da regulação inviabiliza ou prejudica a efetividade de um direito constitucionalmente previsto.<sup>204</sup>

Daí tem-se que, constatado o descumprimento do dever de regulamentar certo direito constitucional, tal inconstitucionalidade deriva de uma relação direta entre a omissão legislativa e a respectiva norma da Constituição. Ela será o parâmetro para o controle de constitucionalidade, averiguando-se se a respectiva omissão estatal é ou não uma intervenção injustificada no direito fundamental. Em outros termos, a omissão estatal que resulta na ineficácia (total ou parcial) de determinado direito fundamental “X” deve ter sua justificação constitucional analisada tomando como parâmetro apenas aquele direito “X”, não envolvendo o direito fundamental à não discriminação.

Outro é o caso, porém, da lei regulamentadora que, por omissão, exclui determinada categoria de pessoas. Essa hipótese é chamada por Mendes<sup>205</sup> de *exclusão de benefício*

---

<sup>202</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154.

<sup>203</sup> Ver item 3.

<sup>204</sup> Não se olvida a relação entre o dever de legislar e o grau de eficácia das normas constitucionais, o que, na doutrina, é objeto de diversas classificações. Uma das mais clássicas, de Silva, divide em três categorias as normas constitucionais, de acordo com o grau de seus efeitos jurídicos: (1) normas constitucionais de eficácia plena; (2) normas constitucionais de eficácia contida; (3) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras (1) produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los) desde a entrada em vigor da Constituição. As segundas (2), da mesma forma, imediatamente produzem ou podem produzir os efeitos queridos, mas contém meios que permitem a sua limitação. Por fim, as terceiras (3), não conseguem produzir desde logo seus efeitos, razão pela qual resta ao legislador ou a outro órgão estatal a tarefa de criar para elas uma normatividade. Em que pese a referida sistematização, assim como as demais existentes, auxiliem na identificação da existência ou não de um dever constitucional de legislar, considera-se serem elas apenas instrumentais, não essenciais na investigação acerca do que caracteriza a inconstitucionalidade de uma omissão do Legislativo. Mais valia tem, assim como pontuado no item em questão, que a necessidade de concretização ou não de um direito constitucionalmente previsto é quem irá determinar o respectivo dever regulamentador. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82.

<sup>205</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 207.

*incompatível com o princípio da igualdade*, que se refere à situação em que a norma concede determinados benefícios ou vantagens a um grupo de pessoas, sem incluir outro ou outros em idênticas condições. Pode se dar de forma concludente, quando a lei apenas prevê determinado grupo dentre o rol de beneficiários; ou explícita, quando a lei benéfica exclui um segmento de sua aplicação. Para a exclusão explícita, não haveria de se falar em ato omissivo do Poder Legislativo, porque este expressamente afasta um grupo da incidência da norma benéfica. Porém, para a concludente, o silêncio da norma é o ponto de relevância, eis que é ele quem provoca o tratamento discriminatório a grupos em situações iguais, violando, portanto, a garantia da igualdade, se não apresentar uma justificção constitucional para tanto.

É possível, então, organizar a ideia acima da seguinte forma: a omissão legislativa pode ser violadora do direito à igualdade quando, diante da existência de uma lei benéfica a um segmento de pessoas, por não expressamente prever a inclusão de outro segmento de pessoas em igual situação (segundo os critérios relevantes para a norma), provoca um tratamento discriminatório injustificado. De um lado, ressalta-se – novamente – a necessidade da existência de uma *relação de comparação* que permita concluir a partir do *tertium comparationis* a identidade entre os segmentos de pessoas analisados. Do outro, está a (nem tão) óbvia atuação legislativa que não atinja um dos segmentos (omissão parcial), em detrimento dos outros.

Nessa esteira, impende refletir que a utilização do direito fundamental à igualdade como parâmetro na análise da constitucionalidade da não-regulamentação das uniões poliafetivas perpassa, necessariamente, a utilização das conclusões até então obtidas. Foram apresentadas as noções gerais acerca da discussão de uma omissão legislativa ser ou não violadora da garantia em questão. Há de se avaliar, todavia, as especificidades da problemática proposta, o que se pretende fazer no capítulo a seguir.

## **4 A CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO E DA CRIAÇÃO DO INSTITUTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS**

O segundo capítulo desta dissertação apresentou as origens do modelo de família institucionalizado no ordenamento jurídico nacional. Trouxe também dados que demonstram a mudança, ainda que paulatina, na realidade fática, na qual desponta a luta por reconhecimento jurídico de outras dinâmicas de relacionamento familiar, como é o caso da poliafetividade.

Dentro da proposta de análise desse fenômeno com importantes repercussões jurídicas, no terceiro capítulo, foram elencados como parâmetros de controle de constitucionalidade os direitos fundamentais à família e à igualdade e estudadas suas principais características, aparato necessário para que se passe à quarta etapa dessa dissertação. Nela, o foco volta-se para a atividade do Poder Legislativo no que diz respeito às uniões poliafetivas. Os dois atos estatais a serem examinados dizem respeito, de um lado, à inexistência de um instituto jurídico próprio para essas uniões que, muito embora não impeça a sua constituição no mundo dos fatos, pode ser analisada como uma omissão estatal potencialmente violadora dos parâmetros constitucionais anteriormente designados; e, do outro, a possibilidade de criação de um corpo normativo próprio que conferisse roupagem jurídica aos enlces plúrimos.

Como etapa necessária à investigação da omissão estatal, contudo, não se olvida que a lógica monogâmica existente nos institutos do casamento e da união estável possa gerar a noção de proibição – e não de omissão no tratamento – das uniões poliafetivas, especialmente no que diz respeito à dicção do art. 1.727 do CC e o art. 235 do CP. Esse é um ponto primário a ser abordado antes mesmo de se passar ao exame da constitucionalidade ou não de uma omissão estatal sobre a temática.

### **4.1 CONCUBINATO E BIGAMIA: AUSÊNCIA DE PROIBIÇÃO INFRACONSTITUCIONAL EXPRESSA DAS UNIÕES POLIAFETIVAS**

Como já abordado no item 3.1.1 desta dissertação, o casamento e a união estável formada entre o homem e a mulher são institutos do direito fundamental à família com previsão expressa no art. 226, da CRFB, tendo sido amplamente regulamentados pelo legislador infraconstitucional no Código Civil. Dentro de sua esfera de discricionariedade de

definição, o Diploma legal em comento configurou ambos os institutos a partir de uma lógica heterossexual e monogâmica/ “monoafetiva”.<sup>206</sup> Mais especificamente acerca da monogamia, isso pode ser verificado a partir da interpretação sistemática do dito corpo de normas: diversos dispositivos do Código Civil utilizam as expressões “casal” (art. 1.516, §2º; 1.523, I e III; 1.565, §2º, etc.), “ambos os cônjuges” (art. 1.566, *caput*; 1.569; 1.580, §2º, etc.), “o homem e a mulher” (art. 1.723, *caput*; 1.727; 1.514, etc.) para tratar desses tipos de enlaces. Tanto nas uniões estáveis, quanto no casamento, a divisão dos bens da comunhão entre os cônjuges ou companheiros é chamada de “meação” (art. 1.572, §3º; 1.676; 1.682, etc.) e, dentre os deveres atribuídos a cônjuges e companheiros se encontram, respectivamente, a fidelidade recíproca (art. 1.566, inciso I) e a lealdade (art. 1.724).

A par de tais evidências normativas, destacam-se dois dispositivos. O primeiro deles é o art. 1.727, do CC, que define como sendo concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. O segundo é o art. 235, do Código Penal, que tipifica como crime a conduta de “contrair alguém, sendo casado, novo casamento”; ou, ainda, o parágrafo primeiro, o qual pune “aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância”.

Os dois artigos acima poderiam levar à conclusão de que, em verdade, no caso da não previsão de um instituto próprio para as uniões poliafetivas não se trataria de uma omissão, mas de uma proibição expressa do legislador infraconstitucional. Muito embora a questão da monogamia e o seu papel limitador (ou não) do direito fundamental à família venha a ser abordada mais à frente, é necessário, nesse momento, enfrentar a questão acima já que as próximas linhas do presente estudo dedicar-se-ão ao exame da constitucionalidade da omissão identificada quanto à inexistência de uma regulamentação própria para as uniões poliafetivas. A verificação da efetiva existência de uma omissão legislativa é, portanto, um ponto pressuposto para que se averigüe sua compatibilidade ou não com o texto constitucional.

O equívoco em confundir as previsões do art. 1.727 do CC e art. 235 do CP como proibições à constituição das uniões poliafetivas pode ser tido quando esses são lidos isoladamente, fora do seu contexto de regulamentação de cada um dos institutos aos quais se referem.

Veja-se, primeiro, o art. 1.727, do Código Civil. O dispositivo em questão se localiza no Título III, que cuida das uniões estáveis e de sua definição. Bem se nota que o legislador

---

<sup>206</sup> Destaca-se a alusão à monogamia em referência à organização da união estável e do casamento, e não da família em si, como será tratado no item 4.3.2.

na redação do art. 1.727, reforçando o disposto no art. 1.723, parágrafo primeiro, afastou do conceito de união estável as relações duradouras (não eventuais) entre aqueles com impedimentos para o casamento.

Dentre tais impedimentos, os quais se encontram listados no art. 1.521, do mesmo Código, o que interessa para a discussão em apreço é o do inciso VI, que proíbe aos já casados a contração de novas núpcias. Combinados ambos os artigos (art. 1.727 e art. 1.521, ambos do CC), conclui-se que a norma do art. 1.727 afastou do conceito de união estável aquela constituída por um dos companheiros já casados (não separados de fato), sem prejuízo de outras hipóteses, como é o caso dos afins em linha reta (inciso II), os ascendentes e descendentes (inciso I), dentre outros.

Chamou tais relações – constituídas entre pessoas com impedimentos para o casamento – de concubinato, conceito esse que, histórica e socialmente, possui forte conotação depreciativa, porém, juridicamente, é desprovido de punição correspondente. Não se ignora a existência de algumas restrições da prática de alguns atos em favor do concubino<sup>207</sup>, contudo, são elas limites legais à liberdade contratual dos indivíduos, de ordem eminentemente patrimonial, cuja relação com a Constituição, inclusive, de duvidosa constitucionalidade, por lhe faltar justificativa para tanto.

Segundo explicam Rosenvald e Farias, a dicção do art. 1.727, do CC, retirou o concubinato do conceito de entidade familiar atinente às uniões estáveis, encartando seus efeitos, quando for o caso, ao campo do direito obrigacional<sup>208</sup>, tudo dentro da lógica monogâmica ao qual foi atribuído o instituto das uniões estáveis heterossexuais. A ressalva que deve ser feita é para o caso de haver separação de fato entre os cônjuges (1.723, parágrafo primeiro, do CC)<sup>209</sup>.

Em outros termos, pode-se concluir que o art. 1.727 do Código Civil, ao afastar da proteção do instituto das uniões estáveis aquelas compostas por pessoas já casadas (não separadas de fato), não trouxe uma proibição da lei civil à constituição de uma união plúrima, nem sequer as tratou dentro da perspectiva da definição do que efetivamente são as uniões

---

<sup>207</sup> São exemplos dessas restrições: a proibição de realizar doação, sob pena de anulabilidade, em favor do concubino no prazo de dois anos após o término da relação conjugal (art. 550, CC) e a vedação de estipular seguro de vida em favor do concubino, sob pena de nulidade (art. 793, CC).

<sup>208</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 509-442.

<sup>209</sup> Dias, em sentido contrário, defende a não incidência dos impedimentos matrimoniais para impedir a caracterização da união estável, a despeito da previsão legal expressa, sob o argumento de que não se deveriam negar direitos como a divisão de patrimônio, a obrigação alimentar e o direito sucessório aos relacionamentos constituídos em desobediência ao art. 1.727, do CC. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 184.

poliafetivas, eis que restringiu a denominação de concubinato às uniões que têm entre seus componentes uma pessoa casada, sem separar-se de fato. Pela literalidade da norma, não haveria óbice à coexistência de duas uniões estáveis, pois a condição de companheiro anterior não é um impedimento matrimonial, capaz de afastar a caracterização da segunda união estável ou o seu enquadramento como concubinato.

Seguidamente, é de se analisar o teor do art. 235, do CP. O crime de bigamia, como se depreende do exame do seu *caput* e parágrafo primeiro, refere-se à conduta de quem contrai novo casamento, já sendo casado; e daquele que casa com alguém já casado, tendo conhecimento dessa condição.

Apesar de ser situado no título VII – dos crimes contra a família – é possível perceber que o bem jurídico protegido pelo legislador penal pela tipificação do crime de bigamia se restringe à ordem matrimonial em si, pois é punida somente a coexistência de dois casamentos, não havendo previsão quanto à possibilidade de união estável anterior, por exemplo.<sup>210</sup> Nesse sentido, prevalece na doutrina, exemplificada, na oportunidade, por Rosenvald e Farias, a compreensão de que, diante da impossibilidade de sanção por analogia (*nulla poena sine lege*), não poderia, para o crime de bigamia, invocar-se a união estável com a finalidade de se estender para ela a sanção penal.<sup>211</sup>

Por se restringir à proteção da ordem jurídica exclusiva do casamento, o crime em questão está situado somente na lógica de um dos institutos do direito fundamental à família. Assim como notado em relação ao art. 1.727 do Código Civil, a tipicidade do art. 235 do Código Penal não abrange a convivência plúrima de afeto, não contendo, portanto, proibição à poliafetividade.

Por serem constituídos infraconstitucionalmente sobre a base monogâmica, quem casa ou constitui união estável pressupõe o cumprimento do “dever” de fidelidade ou de lealdade pelo cônjuge ou companheiro. Por essa razão é que, dentro do regramento atualmente existente de tais institutos, é coerente a proteção da boa-fé, representada por meio da legítima

---

<sup>210</sup> Uma análise histórica da norma permite perceber alguns aspectos: o Código Penal entrou em vigor quase cinquenta anos antes da promulgação da Constituição Federal; é de se entender, então, o anacronismo de um tipo penal que criminaliza condutas como a bigamia em uma sociedade do século XXI, preocupada, em matéria de tutela da família, com questões como o reconhecimento de direitos a outras formas de convivência humana. A idade do art. 235, do Código Penal explica, ainda, o porquê de o legislador da época ter tratado apenas do casamento, ignorando a situação dos companheiros em união estável – não se cogitava, então, sequer da existência de uma segunda forma de entidade familiar, cujo tratamento, vinte anos depois, evoluiu de concubinato para concubinato *puro*.

<sup>211</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 509-510.

expectativa do cumprimento desses deveres, daqueles que convivam em união estável ou em um casamento.

No entanto, não se pode confundir as normas de organização do casamento e da união estável com a regulamentação das uniões poliafetivas, pois, como visto no primeiro capítulo, referem-se elas à união consensual entre mais de dois adultos e capazes. Quanto a essas, a omissão na criação de um instituto próprio que regulamente direitos e obrigações é evidente, devendo ser examinado tal ato omissivo a partir dos parâmetros constitucionais pertinentes, como se fará a seguir.

#### 4.2 OMISSÃO LEGISLATIVA COMO INTERVENÇÃO ESTATAL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À FAMÍLIA E À IGUALDADE

Tomando em consideração os parâmetros elencados anteriormente – direitos fundamentais à família e à igualdade, a inexistência de uma definição legal da poliafetividade neles repercute de maneiras distintas, o que é causado pelas peculiaridades de cada uma dessas garantias e justifica a sua investigação em separado.

Veja-se, primeiro, o caso do direito fundamental à família. Trata-se de um direito, como visto, composto por duas funções. O art. 226, da CRFB, estabelece ao Estado o dever de proteção da família, isto é, da instituição de direito privado. Tal proteção depende, no caso das relações horizontais (entre pessoas maiores e capazes), da regulamentação de um estado civil – seja de casado, de companheiros em união estável, etc. – por meio da atividade legislativa que crie determinado instituto – casamento, união estável, etc. – e estabeleça direitos e obrigações recíprocas entre seus componentes. Sem a atuação legislativa, tornar-se-ia impossibilitada aos indivíduos a constituição do respectivo instituto jurídico do direito em questão.

Daí porque se disse que o direito fundamental à família, por sua própria natureza e função de garantia institucional, *depende* da lei infraconstitucional para sua concretização. *Contrario sensu*, pode-se dizer que a omissão estatal na regulamentação de um estado civil, é potencialmente violadora na garantia em questão, porque impede que o particular a exerça no plano jurídico, exigindo, por exemplo, certos direitos atraídos pelo regime do direito civil pertinente às entidades familiares.

Tendo como parâmetro o direito fundamental à família, a omissão legislativa pertinente à regulamentação das uniões poliafetivas deve ser constitucionalmente analisada a partir do viés de busca pela proteção estatal. De um lado, porque o próprio direito

fundamental à família foi expressamente formulado como tendo “especial proteção do Estado”, nos termos do caput do art. 226, da Constituição. De outro, porque o particular potencialmente atingido pela inação em questão deve buscar do Estado a adoção da conduta de criação do instituto pertinente ou mesmo a aplicação de normas já existentes por analogia.

A proteção que se garante no texto constitucional à família, que não exclui a adoção de políticas públicas direcionadas à assistência de seus integrantes e à proteção de crianças e adolescentes, está eminentemente conectada ao reconhecimento, por lei, de formas de convivência como entidades familiares. Não é por outra razão que o §3º do art. 226 da CRFB dispõe que o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar e a facilitação legal da sua conversão em casamento são feitas *para efeito da proteção do Estado*.

Esse é um aspecto já repisado na presente dissertação, mas que merece novo destaque. A peculiaridade de as formações humanas no mundo dos fatos dependerem de previsão legal para que recebam o tratamento pertinente às entidades familiares juridicamente reconhecidas e, conseqüentemente, proteção Estatal, é o que ressalta o caráter normativo desse direito fundamental.<sup>212</sup> Isso significa dizer que eventual busca pela proteção das uniões poliamorosas perpassaria a sua regulamentação. A questão é saber se há um dever constitucional do Estado em fazê-lo, que possa caracterizar como inconstitucional a inação atualmente verificada.

No capítulo 3, apresentou-se o modelo de controle de constitucionalidade para quando há a pretensão de que o Estado adote determinada conduta. Nele, devem ser respondidas as seguintes perguntas: (1) se uma conduta para qual se pretende proteção cai na área de proteção; (2) se existe uma obrigação do Estado de proteção da conduta e (3) se esta obrigação de proteção não é satisfeita pelo Estado.<sup>213</sup> Tem-se, *in casu*, elegida como conduta a ser protegida a relação de poliafetividade, desde que formada a partir do vínculo subjetivo de constituição de uma família. Resta, então, nesse primeiro momento, refletir se está ela abrangida pela área de proteção do direito fundamental à família.

A norma do art. 226, *caput*, da CRFB inclui sob a proteção do Estado a família. A escolha do substantivo, de conteúdo aberto atrai, a princípio, uma miríade de comunidades de

---

<sup>212</sup> A respeito do âmbito de proteção normativo, Mendes menciona o dever de legislar para definição do conteúdo do direito fundamental, como ocorre com a família. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

<sup>213</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 28.

vida, por se tratar de um conceito poroso às mudanças de sua compreensão, com o passar do tempo.

Entende-se, nesse sentido, que a “família” que se encontra sob a tutela jurídico-constitucional *não* está limitada a sua eventual definição infraconstitucional, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo uma inversão na ordem de força normativa do ordenamento jurídico, em que a Constituição ocupasse posição inferior às normas ordinárias<sup>214</sup>. Isso quer dizer que, hipoteticamente, se determinada lei viesse a trazer uma definição de família, restringindo-a ao casamento, às uniões estáveis heterossexuais e à monoparentalidade, de acordo com os termos do Código Civil, e proibisse a constituição de outras formas de convivência, tal lei (cuja constitucionalidade poderia ser, seriamente, posta em dúvida) não limitaria o conceito de família do art. 226, *caput*.

A ordem de investigação da área de proteção do direito fundamental à família deve, em outros termos, ter como ponto de partida a norma constitucional do art. 226 – sem levar em conta eventuais definições ordinárias –, a partir de uma interpretação sistemática com as funções nela elencadas, especialmente a liberdade específica dos indivíduos. Por essa razão é que se entende que a amplitude do termo “família” contido no *caput* do referido dispositivo inclui sob a área de proteção daquela garantia as formas de convivência lícitas, formadas por laços de afetividade, com auxílio mútuo para as vicissitudes da vida.<sup>215</sup> Estão elas sob a proteção jurídico-constitucional, devendo qualquer limitação ser constitucionalmente justificada.

Essa leitura é muito aceita pela doutrina de vanguarda do Direito das famílias, segundo a qual a Constituição abriu portas para a denominada “pluralidade familiar”, a ser aprimorada pelo legislador infraconstitucional e pelo intérprete.<sup>216</sup> Afirma-se, nesse mote, que a CRFB deixou expressa a igualdade entre homens e mulheres, conferiu equivalente proteção a outras formas de convivência e, por esses e outros fatores, valorizou a comunidade familiar como um espaço de troca de afeto, solidariedade e convivência entre os indivíduos<sup>217</sup>.

Do lado oposto, todavia, há quem defenda que o texto da Constituição, ao elencar nos parágrafos do art. 226 somente o casamento, a união estável heterossexual e monogâmica e a

<sup>214</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 235.

<sup>215</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 235.

<sup>216</sup> FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** São Paulo: Iob Thomson, 2006. p. 223 - 240.

<sup>217</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. In: CANOTILHO, J.j. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. p. 2113-2137.

família monoparental, restringiu somente a eles os institutos concretizadores do direito fundamental em questão, não havendo possibilidade de inclusão de outras dinâmicas familiares no conceito normativo.

Sem dúvidas, a relação entre o *caput* do art. 226 e seus parágrafos seguintes, que tratam do casamento, da união estável formada entre o homem e a mulher e a família monoparental, é um ponto essencial na investigação acerca da área de proteção do direito fundamental à família e quanto à existência de um dever constitucional do legislador ordinário em regulamentar formas de convivência não previstas expressamente no texto da Constituição, como é o caso da poliafetividade.

#### **4.2.1 Ordem de fazer do constituinte: dever de concretização do casamento e da união estável e inexistência de dever de normatização da poliafetividade**

O *caput* do art. 226, da CRFB, não possui reservas legais absolutas, não tendo, tampouco, ordenado a definição do que é família à atuação do legislativo; disse apenas que a família tem especial proteção do Estado. Nos parágrafos que seguem (parágrafos primeiro a quarto), contudo, dispôs a respeito do casamento, da união estável formada entre o homem e a mulher e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Questiona-se, então, se tais parágrafos representariam reservas legais tácitas ao direito fundamental à família.

Há certa dificuldade em distinguir o que pode ser considerada uma autorização de limitação ao direito pelo legislador e o que constitui apenas uma ordem constitucional para uma necessária concretização desse mesmo direito, uma vez que, nesses casos (das reservas legais tácitas), não haverá uma fórmula clara – a exemplo da utilização da expressão “nos termos da lei” – que indique ser necessária a intervenção da regulamentação infraconstitucional na fixação de condições de exercício e prevenção de conflitos com outros direitos colidentes. Como indicado por Martins, a reserva legal tácita possui caráter indeterminado e esse é um dos fatores que dificulta a sua identificação<sup>218</sup>. Também ressaltando a problemática da definição do que é chamado de “limites constitucionais não escritos” ou de “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”, Canotilho entende ser possível o seu reconhecimento a fim de salvaguardar outros direitos ou bens

---

<sup>218</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 155.

constitucionalmente garantidos”<sup>219</sup>, conceito esse que se aproxima da noção de colisão entre direitos fundamentais.

No que tange à garantia da família, todavia, entende-se que as previsões dos parágrafos do art. 226 não constituem autorizações a limites, e sim apenas ordens de concretização ao Poder Legislativo, decorrentes da própria natureza daquele direito fundamental, que depende da normatividade ordinária na definição de contornos gerais. Novamente<sup>220</sup>, devem ser citados Pieroth e Schlink<sup>221</sup>, que, analisando o direito fundamental à família e ao casamento na ordem constitucional alemã – oportuna a título de aproveitamento de suas conclusões – afirmam não se tratarem as regulações definidoras do casamento e da família de intervenções estatais no respectivo direito fundamental, no sentido técnico-jurídico de serem carecedoras de justificação constitucional em face de propósitos externos ao direito fundamental de família.

Nessa linha, não se poderia considerar que os parágrafos primeiro e segundo do art. 226 – que tratam do casamento e estabelecem, de um lado, a gratuidade e a natureza civil de tal vínculo; e, do outro, que o matrimônio religioso tem efeito civil, nos termos da lei – constituem autorizações para que o legislador infraconstitucional limite o direito fundamental à família, e sim uma ordem para que este o regule, segundo as diretrizes ali fixadas. Note-se que, especificamente, o parágrafo segundo do art. 226 contém uma reserva legal absoluta, determinando que o legislador preveja os requisitos, procedimentos e efeitos do casamento religioso e sua conversão em casamento civil. No entanto, no quadro geral, o que se defende é que a normatização dos institutos expressamente tratados não configura uma reserva legal tácita ao direito fundamental à família.

No que tange às uniões estáveis formadas entre o homem e a mulher, o próprio constituinte, fundamentado em um contexto histórico de rompimento com o modelo único e formalizado de família matrimonial (ver itens 2.13 e 2.1.4), reconheceu a necessidade de sua proteção, determinado ao Poder Legislativo o dever de sua normatização, incluindo-se a diretriz de que a sua conversão em casamento deve ser facilitada na lei. Note-se que a norma constitucional – a partir da interpretação do seu texto unívoco – direcionou a ordem de fazer

---

<sup>219</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.277.

<sup>220</sup> Ver item 3.1.1.

<sup>221</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 237.

tão somente às uniões estáveis heterossexuais, o que foi cumprido pelo Código Civil vigente.<sup>222</sup>

Há, igualmente, no parágrafo quarto do art. 226, a previsão da comunidade formada por qualquer um dos pais e seus filhos como entidade familiar, tendo como consequência que o Legislativo fique adstrito a esses termos, sob pena de incorrer em provável inconstitucionalidade.

As três dinâmicas (ou institutos) familiares previstas na Constituição representam um conteúdo mínimo do direito fundamental à família, ao qual fica vinculada a legislação ordinária. A omissão legislativa ao seu respeito, diante do repisado dever de normatização, permitiria concluir pela sua incompatibilidade em relação texto constitucional. Não há tamanha dificuldade nessa conclusão. O ponto problemático é o de existir ou não o dever de concretização de outros institutos além desses encontrados na CRFB, pois assim se encaixam os arranjos poliafetivos. Somente se identificada essa obrigação de tutela é que se pode ser constatada a inconstitucionalidade da conduta omissiva estatal.

Não obstante tenha se reconhecido que o *caput* do art. 226, que trata do direito fundamental à família em sua acepção geral, possa abranger outras formas de relacionamento com características como a relação de mútua assistência e afeto entre seus membros, isso não leva à automática conclusão de que há um *dever* constitucional de reconhecimento e regulação pela legislação infraconstitucional.

Isso porque, em primeiro lugar, a porosidade do direito fundamental à família garante a abertura necessária para que as mudanças socialmente experienciadas no conceito de entidade familiar possam, passando pelo crivo democrático do processo legislativo, ser absorvidas pelo ordenamento jurídico. Essa ampliação do conteúdo mínimo da garantia em questão é uma *discricionariedade* do legislador, não apenas por não existir uma ordem expressa da Constituição nesse sentido, mas também para assegurar a sua força normativa. De fato, por trás da compreensão de que o Poder Legislativo possui a discricionariedade de ampliar ou não certos direitos, está a constatação de estar ele vinculado às determinações expressas das normas constitucionais. Veja-se que, na teoria da força normativa da

---

<sup>222</sup> Oportuna a crítica de Streck a respeito de a interpretação aplicada ao art. 226, parágrafo terceiro, da CRFB, no sentido de reconhecer suposta omissão inconstitucional e ampliar o seu sentido, incluindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo, sem observar a clareza do comando constitucional. STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>>. Acesso em: 24 out. 2016.

Constituição de Hesse, não obstante se aceite a relação dialética entre realidade social e dimensão normativa, essa força não se afasta de seus condicionamentos materiais.<sup>223</sup>

Aprofundando esse último argumento, pode ser feito o seguinte raciocínio: admitir a existência de um dever constitucional de reconhecimento jurídico (legal) de toda e qualquer forma de relacionamento que se autodenomine família implicaria a declaração de inconstitucionalidade por omissão do não agir legislativo na sua regulamentação em todos esses casos, por analogia do raciocínio. Isso porque, sobre tal prisma, a generalidade contida no termo “família” albergaria as formações fáticas sob a configuração de afeto e assistência mútua, não cabendo ao intérprete valorar quais dinâmicas familiares não expressamente previstas pelo constituinte teriam ou não o *status* de família. Uma eventual interpretação nesse sentido estaria incorrendo em subjetivismo que não cabe ao aplicador do direito e se desvinculando dos limites materiais constitucionais.

Poder-se-ia argumentar em favor da existência de uma obrigação legislativa em relação à poliafetividade e outros modos de relacionamento não contemplados pelo texto constitucional que, pela própria natureza normativa do direito fundamental à família, a inexistência de um corpo de normas para definição de conteúdo, direitos e obrigações, impediria ao titular desse direito – em sua dimensão subjetiva – seu pleno exercício. Vislumbra-se, porém, que essa natureza do direito fundamental à família, em verdade, é um ponto que reforça não haver dever do Poder Legislativo em regulamentá-los. Isso decorre da própria lógica do sistema constitucional. Quando um direito de cunho normativo depende da concretização infraconstitucional, confere-se ao legislador margem de discricionariedade, que é limitada pelas próprias disposições da Lei Maior.

*In casu*, a CRFB fixou diretrizes mínimas ao Poder Legislativo – previu os institutos do casamento, das uniões estáveis entre homem e mulher e a família parental, indicando características consideradas importantes pelo constituinte, como é o caso dos efeitos civis do casamento religioso, a igualdade entre homens, mulheres e filhos na qualidade de integrantes das comunidades familiares, dentre outros – diretrizes essas que devem ser seguidas pela norma ordinária, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Para além de tais atributos, resta a margem de escolha do Legislativo, que reforça o princípio democrático do Estado constitucional. Por óbvio que a atuação regulamentadora do direito fundamental à família não é ilimitada (o que será abordado mais detidamente no item 4.2.2), porém, a inexistência de

---

<sup>223</sup> SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. *EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p.272-297, dez. 2003. p. 278

uma obrigação de tutela e regulamentação das uniões poliafetivas é uma conclusão intermediária de extrema importância para a presente análise.

Novamente, reportando-se à fórmula de análise da constitucionalidade de uma obrigação de proteção pelo Estado, viu-se que a segunda etapa da investigação consistia em perquirir acerca de haver ou não o dever de tutela da conduta. As relações poliafetivas, apesar de serem marcadas por laços de amor entre seus componentes, que pretendem constituir uma comunhão de vida, e, por isso, estarem abrangidos pelo termo “família” encontrado no *caput* do art. 226 da CRFB, não podem reclamar a imposição do dever constitucional de reconhecimento e regulamentação jurídica pela via legislativa pela ausência da expressa ordem nesse sentido. É importante esclarecer, no momento, que tal afirmativa não esgota a discussão em torno da possibilidade de criação do instituto pela via legislativa, mediante atuação discricionária do Congresso Nacional. Afasta-se, porém, a inconstitucionalidade da omissão em tela tendo como parâmetro a garantia institucional (de organização) da família.

#### **4.2.2 Inexistência do instituto da poliafetividade e o direito fundamental à família em sua função de direito de resistência**

Quando da busca de parâmetros para a análise constitucional da poliafetividade (capítulo 3), constatou-se a concorrência apenas aparente entre os direitos fundamentais à liberdade e à família. Isso se deu em razão de o próprio art. 226 e seus parágrafos conterem, em si, o viés de direito de resistência. Nessa qualidade, a referida norma atua como uma oposição à atividade limitadora do Estado, que têm o ônus argumentativo de justificá-la, protegendo-se, assim, os indivíduos de uma intervenção em diversos aspectos de sua autodeterminação, em especial no que diz respeito à família.

O direito fundamental à família, em tal função, assegura aos seus titulares diversas faculdades: o de constituir ou não uma família, com quem constitui-la, como se dará a configuração da vida familiar, quantos filhos ter e a forma de criá-los, se e quando haverá dissolução do vínculo civil de casamento ou união estável, dentre outros. Não se confunde o viés de direito de resistência dessa garantia com proteção da vida privada, que protege a esfera de acesso livre do indivíduo para recusar a outrem<sup>224</sup>, isto é, o segredo, a intimidade, as informações a respeito de si mesmo. Não obstante possa se entender que o comportamento humano concernente à vida familiar possa dizer respeito ao direito fundamental à

---

<sup>224</sup> ISRAEL, Jean-jacques. **Direito das Liberdades Fundamentais**. Barueri: Manole, 2005. P. 441.

privacidade<sup>225</sup>, entende-se, aqui, que a autodeterminação contida no direito fundamental à família é também uma modalidade específica do direito fundamental à liberdade.

Dentro da miríade de condutas sob a sua proteção, encontra-se, antes de tudo, o exercício negativo do direito em questão. Ninguém pode ser obrigado, ainda que por lei, a contrair matrimônio, a manter união estável, a ter ou não filhos – a norma que dispusesse em contrário, seria flagrantemente inconstitucional, por se tratar de uma ingerência sem possibilidade de justificativa constitucional.<sup>226</sup>

Outro importante aspecto é o da escolha do sujeito com quem estabelecer o vínculo familiar, discricionariedade que não pode sofrer ingerência da atuação estatal, admitindo-se somente em casos de direitos fundamentais colidentes ou de proporcionalidade e razoabilidade demonstrada. Nesses casos, não seria autorizado, em princípio, que a lei proibisse ou estabelecesse imbróglios para que certas pessoas contraissem matrimônio, mantivessem uniões estáveis, formassem vínculos por meio de adoção. Note-se, porém, que, em certas condições, a legislação civil assim o faz, como é o caso da idade mínima para contrair núpcias (art. 1517, do Código Civil) ou o estabelecimento de regime de bens diferenciado (separação obrigatória de bens) para cônjuges maiores de 70 anos (art. 1.641, inciso II, do CC).

Dentro das liberdades (exemplificativamente) expostas, a poliafetividade pode ser encaixada dentro da escolha da configuração da vida familiar. Não diz ela respeito às qualidades daquele(s) com quem será firmado o vínculo de afeto, mas sim à forma de convivência adotada que, nesse caso, não se direciona a apenas um parceiro, e sim a uma pluralidade deles. A questão é, então, se a inexistência de lei disciplinadora pode ser considerada uma intervenção estatal, provocada por um ato omissivo estatal, na liberdade de escolha dos indivíduos a respeito de como desejam constituir sua comunidade familiar, mais especificamente se ela será formada pelo enlace de mais de dois adultos.

A lógica básica dos direitos de resistência é a proteção contra o agir estatal que tolhe determinada faculdade dos cidadãos.<sup>227</sup> Nesse sentido, entende-se que essa tutela está

---

<sup>225</sup> VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil**: Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015. p. 119.

<sup>226</sup> Pontue-se, a respeito, poder ser feita crítica em relação ao dispositivo caracterizador das uniões estáveis (art. 1.723, do CC), uma vez que sua redação aberta pode incluir sob tal regime jurídico pessoas que, a despeito de conviverem publicamente, de forma contínua e duradoura, com intuito de constituição de família, não desejem a configuração do referido estado civil.

<sup>227</sup> Afirma-se a resistência do ponto de vista individual e, nesse sentido, visa a delimitar o Poder do Estado frente ao indivíduo, trata-se, nos dizeres de Bobbio, de uma defesa natural contra a violação pelo Estado. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 31

direcionada a eventuais proibições legais a determinadas condutas humanas. Isso porque, a proteção do direito geral de liberdade geral e seus derivados específicos, como é o caso do direito fundamental à família, engloba a ideia de que aquilo não é vedado pela lei é dado ao particular fazer, sem qualquer interferência do Estado. Justamente por isso é que, *contrario sensu*, só mediante disciplina normativa pode o ente estatal impedir que o particular aja dessa ou daquela maneira.<sup>228</sup>

Sendo assim, pode-se afirmar que aqueles que desejem conviver ou relacionar-se amorosamente com mais de uma pessoa, formando uma comunidade de afeto, nos moldes do modo de vida poliamorista, a ausência de um corpo normativo que preveja o “como” do estado civil e estabeleça direitos e obrigações recíprocos, não tem o condão de proibi-la e, portanto, violar a liberdade de escolha dos indivíduos, pelo menos em seu aspecto negativo, de vedação de um fazer.

Dentro da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja existência não se nega,<sup>229</sup> alguns afirmam<sup>230</sup> existir um dever do Estado de atuar positivamente no sentido de assegurar as condições necessárias ao exercício desses mesmos direitos e, mais especificamente em relação ao direito geral de liberdade, a atuação estatal se daria para promover o pleno desenvolvimento da personalidade. Isso poderia induzir a conclusão de existir uma obrigação do Estado de garantir o *status* civil às uniões plúrimas, no mister de assegurar o exercício da liberdade específica, raciocínio este feito pelo STF no controle de constitucionalidade abstrato feito em relação às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Convém afastar, desde logo, a ideia de que a constituição dessas formas de convivência deriva do exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Como já abordado, trata-se, *in casu*, de uma liberdade especial, contida no art. 226 da CRFB, e não do aspecto generalista do direito geral de liberdade, menos ainda daquele relativo à formação da identidade pessoal dos indivíduos.

---

<sup>228</sup> Insere-se essa concepção dentro do conceito de autonomia privada. Para Sarmento, trata-se de um direito de caráter constitucional, que está ligado às liberdades existenciais e patrimoniais, cuja proteção seria mais forte nas relações patrimoniais, e mais fraca em caso de envolver bens essenciais para a vida humana, com, nesse último caso, um digirismo estatal mais forte. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 148.

<sup>229</sup> Vide tópico 3.1.1.4 dessa dissertação, em que é abordada uma das dimensões objetivas do direito fundamental à família, qual seja, o fato de poder funcionar também como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional.

<sup>230</sup> VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil**: Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015. p. 123-124.

Depreende-se do direito fundamental à família que sua faceta de direito de resistência não pode ser desconectada do caráter normativo da garantia institucional à qual se refere. Não se olvida, nesse ponto, que a família com roupagem jurídica é dependente de lei infraconstitucional que a discipline, porém, a constatação de um dever estatal quanto a essa regulamentação somente pode se dar nos casos de expressa ordem constitucional, discussão essa travada no tópico anterior, em que restou plenamente demonstrado que o fato de não haver previsão em relação à poliafetividade deixa à discricionariedade do legislador a sua normatização. Especialmente em relação à liberdade relacionada à família, a tutela estatal nela fundada não pode ser transformada em uma “carta branca” para abarcar todo e qualquer comportamento que venha a ter os indivíduos, na medida em que se reconheceria suposta inconstitucionalidade omissiva por não ter o Estado regulamentado determinada forma de convivência e, nesse sentido, não ter cumprido seu dever de tutela da liberdade na constituição das famílias.

O critério a ser observado, nesse sentido, é a obediência às expressas disposições da Constituição que, no caso, não ordenou ao Poder Legislativo a criação de um estado civil próprio para as uniões poliamorosas e, nesse sentido, deixou aberto o campo para a sua atuação, ampliando o direito fundamental à família a partir de uma escolha democraticamente orientada<sup>231</sup>.

#### **4.2.3 Consequência da omissão legislativa para o pleno exercício do direito fundamental à família e tratamento discriminatório**

Tendo sido constatada que a inexistência da regulamentação das uniões poliafetivas pelo Estado não caracteriza intervenção estatal injustificada no o direito fundamental à família e suas duas facetas (garantia institucional e direito de resistência), resta, ainda, investigar se tal inação pode configurar tratamento discriminatório inconstitucional àqueles que desejem assim constituir seu modo de relacionamento afetivo.

A omissão no reconhecimento e regulamentação legal das uniões poliafetivas é comumente tratada, de forma genérica, como violadora do direito fundamental à igualdade.<sup>232</sup> Analisando os argumentos utilizados, nota-se que tal afirmativa firma-se na percepção fática de tratamento discriminatório e não em um exame denso dos caracteres jurídico-

<sup>231</sup> Para maior aprofundamento, ver item. 4.3.

<sup>232</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 278.

constitucionais da garantia à igualdade. Em outros termos, o raciocínio utilizado pelo mencionado entendimento doutrinário é o de que se os indivíduos integrantes de uniões poliafetivas não possuem um corpo de normas que os assegure o regime de direito de família, essa seria condição suficiente para defender ser essa situação inconstitucional por violação à igualdade (princípio da igualdade).

Para fazer um exame de tal afirmativa partindo-se de um estudo mais denso da omissão em tela, são instrumentais alguns aspectos trabalhados no tópico 3.2. O primeiro deles: não é qualquer omissão legislativa caracterizada como inconstitucional. Para tanto, faz-se necessária a verificação de um dever constitucional de legislar, decorrente de expressa disposição da norma, ou pela natureza da garantia, dependente da concretização para sua plena eficácia. Agrega-se a ele o segundo aspecto tratado: nos casos em que sejam verificados o dever constitucional de legislar, a relação de inconstitucionalidade estabelecida tem como parâmetro o direito fundamental atingido, e não a igualdade.

Veja-se que, quando se trata da ausência de previsão legal acerca poliafetividade, a análise da existência de um dever pertencente ao Poder Legislativo, o direito fundamental específico a ser tomado como parâmetro de análise de eventual inconstitucionalidade é o contido na norma do art. 226, da CRFB, que se refere ao direito à família. A respeito dessa relação, constatou-se não haver uma obrigação imposta pela Constituição em criar o instituto das uniões poliamorosas, de modo a configurar como inconstitucional tal omissão.

Somente tomando em consideração a figura da exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade é que a vedação ao tratamento discriminatório poderia ser tomada como parâmetro de controle de constitucionalidade em caso de uma omissão legislativa, como se pretende inferir em relação à não regulamentação das uniões poliafetivas. Nessa hipótese, há a necessidade de identificação de uma lei que conceda determinados benefícios ou vantagens a um grupo de pessoas e deixe de incluir sob sua proteção outro grupo, idêntico em relação ao critério legal escolhido como relevante.<sup>233</sup>

Em se tratando do reconhecimento de uma forma de convivência como uma entidade familiar, a relação de comparação plausível a ser feita seria entre as uniões poliafetivas e institutos já previstos, como é o caso do casamento ou da união estável. O *tertium comparationis* possivelmente identificado seria a presença de afeto, comunhão de vida e auxílio mútuo entre seus integrantes.

---

<sup>233</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 207.

No raciocínio hipotético acima, o argumento em favor de um potencial tratamento discriminatório fincar-se-ia na ideia de que, o legislador, ao definir o casamento e a união estável e seus requisitos, por não ter incluído também a possibilidade de composição por mais de duas pessoas (casal), incorreu na denominada exclusão de benefício incompatível com o direito fundamental à igualdade. Pressupõe essa ideia que o Código Civil e as demais leis extravagantes que tratam da união estável heterossexual e do casamento concedem aos seus integrantes benefícios, dos quais foram excluídas outras formas de convivência.

Algumas das disposições normativas podem ser encaradas como benéficas aos nubentes ou conviventes, sobretudo em âmbito patrimonial, como é o caso da presunção de cooperação na formação do conjunto de bens do casal, no regime da comunhão parcial de bens, este que é regra geral tanto para o matrimônio, quanto para as uniões estáveis (art. 1.640, *caput*, do Código Civil). Contudo, outros dispositivos legais, por preverem alguns deveres, capazes de gerar ônus – sobretudo de natureza patrimonial – aos que se submetem ao referido regime jurídico, poderiam ser considerados como não benéficos. Vários são os exemplos: o dever de prestação de alimentos ao cônjuge que deles necessite para viver de modo compatível com sua condição social (art. 1.694, do Código Civil); a imposição da autorização do cônjuge para alienação de bens imóveis no regime de comunhão parcial de bens (art. 1.647, I, do Código Civil); dentre outros.

A existência concomitante de direitos e deveres, consequências benéficas ou onerosas, demonstra se tratar a normatização do casamento e da união estável da caracterização como um estado normativo por excelência, que define um estado civil, e não da previsão de uma lei benéfica dada a determinado “estado natural” ou *status libertatis*.

Poder-se-ia dizer, contrariamente ao argumento acima, que a *benesse*, na hipótese, não seria de natureza patrimonial ou pontual (referindo-se a um dever ou direito específico do estado civil ao qual se refere a norma), e sim decorrente do quadro geral, isto é, da existência de um corpo de regras que regulamenta uma determinada convivência humana como uma espécie de entidade familiar e, por isso, funcionaria como uma forma de chancela do Poder Público.

Não obstante não se desconsidere a função (ainda que indireta) que possui a regulamentação estatal para fins de reconhecimento social da poliafetividade, do ponto de vista jurídico-dogmático, a caracterização da inconstitucionalidade de um não agir do Poder Legislativo deve ser firmada em questões de natureza jurídico-constitucionais. O referido ponto de vista poderia ser expandido para diversas áreas do direito em que não agisse o legislador, dentro de sua esfera de discricionariedade, tornando-se possível a declaração de

inconstitucionalidade sob tal pretexto – consequência essa geradora de insegurança jurídica e desarmonia entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Nessa linha, soma-se em defesa da não inconstitucionalidade da inação legislativa em face das uniões poliamorosas (tomando em consideração como parâmetro do direito à igualdade), a constatação de não se tratar, no caso de sua normatização, não apenas de concessão de uma benesse, mas também o fato de não haver uma ordem constitucional nesse sentido.

Assim como se deu o raciocínio aplicável à função de resistência do direito fundamental à família, por não haver norma expressa na Constituição que tenha previsto ao legislador o dever de regulamentação dessas uniões, pôs-se o seu agir ou não agir dentro de uma escolha. Tratando-se de uma discricionariedade, a opção por não regulamentar as uniões plúrimas não pode ser declarada incompatível com a Constituição, sequer pelo argumento de promover ela um tratamento discriminatório pela não proteção dessas uniões na qualidade de entidades familiares.

Daí a conclusão de que a omissão da criação das uniões poliafetivas não pode ser declarada como promotora de tratamento discriminatório injustificado. Em tendo sido essa a mesma constatação obtida a partir do parâmetro do direito fundamental à família, permite-se afirmar, nesse momento, *não haver inconstitucionalidade na omissão da regulamentação dessa forma de convivência (a poliafetividade)*. Essa é apenas uma primeira parte da apreciação constitucional, que se limitou ao exame da inexistência de um instituto próprio para as uniões poliafetivas. Convém, contudo, perscrutar a constitucionalidade da hipotética criação desse instituto a partir do exame de compatibilidade com os direitos fundamentais em questão.

#### 4.3 CONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DO INSTITUTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS

Um segundo ato estatal pertinente às uniões poliafetivas a ter sua constitucionalidade examinada é a regulamentação do seu respectivo instituto. A investigação adentra, nesse ponto, o campo da hipótese, que não poderia ser ignorada diante do espírito científico-investigativo desse trabalho. Ressalta-se que, apesar da normatização dessas uniões ainda permear o campo das conjecturas, muitos dos aspectos a serem considerados de sua compatibilidade com a ordem constitucional pátria são operacionalizáveis para o estudo de formas de convivência afetiva não expressas na CRFB, relevantes, portanto, para o direito

constitucional das famílias como um todo. A análise, ora proposta, não se volta à ampliação dos institutos conjugais atualmente vigentes (casamento e união estável) e sim à criação de uma normatização própria para as uniões plúrimas, muito embora alguns dos argumentos doravante abordados possam servir para uma futura apreciação dessa temática.

A questão que, à primeira vista, poderia ser considerada de simples resolução, traz consigo uma série de aspectos problemáticos. O primeiro deles diz respeito à dicção da norma do art. 226, *caput* e parágrafos seguintes, da CRFB, que, como já discutido, não trouxe a previsão expressa de uniões poliafetivas como conteúdo do direito fundamental à família. O silêncio a respeito do poliamorismo poderia, então, ser considerada uma ordem de proibição ao legislador ordinário?

A constituição monogâmica dos institutos previstos do direito fundamental à família é outro ponto a ser enfrentado para discutir se seria ou não ela um limite constitucional à atuação do legislador na concretização da garantia institucional em questão. Haveria, nesse sentido, um limite constitucional implícito que tolhesse a atuação do legislador em criar um instituto familiar não-monogâmico? Mais ainda, o rompimento com a exclusividade da monogamia violaria o núcleo essencial do direito fundamental em questão?

Esse último questionamento já ingressa na discussão a respeito dos limites que possui o Poder Legislativo na concretização da garantia institucional da família. Até onde pode ir o legislador na ampliação desse direito? Poder-se-ia falar em usurpação da competência do Poder Constituinte na criação de um instituto não previsto pela norma constitucional? Todas essas perguntas e outras, de natureza complementar, serão o objeto das linhas seguintes.

#### **4.3.1 Lacuna constitucional, silêncio eloquente e o imperativo deôntico do direito fundamental à família: norma protetora e não proibitiva**

Se não há previsão ou, muito menos, ordem de fazer ao legislador quanto às uniões poliafetivas, esse é um importante caractere do art. 226, da CRFB, com reflexos em relação à possibilidade ou não de criação de um instituto próprio do direito de família para a poliafetividade. No que se refere às normas constitucionais, o não tratamento de determinado tema pode ter diferentes significados e consequências para a sua interpretação e aplicação. A discussão perpassa a existência de lacunas na ordem constitucional e a sua relação com outras hipóteses similares.

Por ser a Constituição uma norma fragmentária – incapaz de prever e tratar de todos os temas possíveis ao Direito, escolhe aqueles para os quais a sua incidência é necessária e pertinente, apesar de nem sempre ser capaz de esgotá-los – é natural e desejável que permaneça ao processo legislativo democrático campo de atuação para quando a norma constitucional não for suficiente. Nesse cenário, poder-se-ia afirmar não existirem lacunas na Constituição, uma vez que a ausência de previsão de certos temas significaria apenas abertura para a concretização ou complementação infraconstitucional.<sup>234</sup>

Há quem defenda, no entanto, que determinados assuntos pertencem à chamada *reserva constitucional*, isto é, somente podem ser tratados na Constituição, de modo que a ausência da sua previsão no texto da Carta Magna representaria a existência de uma lacuna, por absoluta impossibilidade da sua regulamentação ordinariamente.<sup>235</sup> A identificação de quais temas pertencem à reserva em comento, segundo Sarmiento<sup>236</sup>, não poderia ser feita com base na importância da matéria, de ordem política, moral ou metafísica, e a partir de uma análise do sistema constitucional concreto. Diante da constatação de uma “lacuna” por reserva constitucional, a solução se daria pela utilização dos métodos de integração e interpretativos, por ora não pertinentes ao presente tópico<sup>237</sup>.

Noutro bordo, é importante tratar da hipótese em que a não consagração de uma temática pelo constituinte é entendida como uma questão de escolha, não por esquecimento involuntário ou por desconhecimento (à época da elaboração da Constituição) de alguma circunstância, conduta ou grupo de pessoas que poderia ser abrangido pela norma. Nessa esteira, intencionalmente, o constituinte excluiria da tutela constitucional a situação não prevista, o que comumente se denominou de *silêncio eloquente*.<sup>238</sup>

A partir da ideia de silêncio eloquente, soluciona-se a questão da omissão constitucional pelo clássico brocardo, segundo o qual *inclusio unius alterius exclusio*: aquilo que não foi incluído, foi objeto de exclusão. Dentre os seus efeitos, estaria o da implícita proibição ao legislador infraconstitucional de dispor em sentido contrário, incluindo a

---

<sup>234</sup> SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 29-58, dez. 2012. Semestral. p. 31.

<sup>235</sup> SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 29-58, dez. 2012. Semestral. p. 32.

<sup>236</sup> SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 29-58, dez. 2012. Semestral. p. 32.

<sup>237</sup> A aceitação da existência de lacunas no ordenamento jurídico se opõe à tese da completude, segundo a qual o ordenamento jurídico é completo e sempre oferece uma resposta para os casos apresentados, por meio das regras de distribuição de competências e direitos. DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 159.

<sup>238</sup> SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 29-58, dez. 2012. Semestral. p. 34.

hipótese deliberadamente afastada. Haveria, portanto, nessa hipótese, um imperativo deôntico proibitivo, que repercute na legislação infraconstitucional como uma vedação à amplitude de atuação do Poder Legislativo.

É feita, de outro lado, a possibilidade de distinção entre a omissão caracterizadora do silêncio eloquente (omissão deliberada do constituinte) e aquela que apenas delega às normas infraconstitucionais a normatização de determinado tema. A dicotomia residiria, então, no sentido da norma contida na Constituição poder ser aferido a partir de uma motivação historicamente situada à época das pessoas que elaboraram o texto constitucional originário ou suas modificações (*voluntas legislatore*); ou levando-se em consideração a sua vontade objetiva (*voluntas legis*), isto é, aquela que foca no “espírito do povo”, levando em consideração eventuais modificações sociais experienciadas.

A suposta distância entre a vontade do legislador e a vontade da lei ganha especial significado para o exame do art. 226, da CRFB e a não previsão de determinadas formas de convivência, a exemplo da poliafetividade. Só tendo sido incluídos dentro da norma do art. 226, da CRFB – na qualidade de entidades familiares – o casamento, a união estável formada entre o homem e a mulher e a família monoparental, a questão seria a de saber se a não menção às uniões poliafetivas configuraria um silêncio eloquente, isto é, uma escolha do constituinte (sem especificar se o originário ou o legislador-intérprete) que provocaria a exclusão desse tipo de enlace afetivo da área de proteção do direito fundamental à família; ou se, em sentido contrário, a consequência da omissão seria apenas de delegar à deliberação do processo legislativo a possibilidade de concretização dessa garantia constitucional para além dos institutos previamente elencados no texto normativo.

Para a tese do silêncio eloquente, advogaria o teor das discussões travadas na Constituinte e registradas nos Anais da Comissão da Família, da Educação, da Cultura e Esportes, da Ciência, da Tecnologia e da Comunicação<sup>239</sup> (podendo, em tese, ser consideradas fontes seguras da *voluntas legislatore*), as quais deixam claro que o legislador da época não cogitava a possibilidade de inclusão de formas de convivência não monogâmicas na garantia institucional da família por não ser essa uma discussão existente à época. Em verdade, apesar de ter estendido a tutela estatal também às uniões estáveis a homens e mulheres (não

---

<sup>239</sup> ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, 1987, Brasília. **Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte**. S.l.: Congresso Nacional, [1988]. 280 p.

matrimoniais), priorizou o casamento como a “mais adequada” forma de constituição da família.<sup>240</sup>

Do outro lado, como indicadoras da suposta *voluntas legislatore* e de sua dissonância com o sentido objetivado pelos constituintes, estão interpretações (doutrinária ou a jurisprudencial) a respeito da temática, as quais têm como convergência a conclusão de que a norma do art. 226, da CRFB não prevê hierarquia entre os institutos concretizadores do direito fundamental à família. No que tange à possibilidade de inclusão sob a proteção da família outras formas de convivência além do casamento, da união estável heterossexual e da monoparentalidade, porém, persiste divergência doutrinária nesse sentido, havendo parcela que resiste a tal leitura do art. 226, da Constituição, argumentando – dentre outros – que a sua falta de previsão expressa impede a ampliação do rol de institutos do direito fundamental à família.

Não se ignora a celeuma hermenêutico-jurídica relacionada ao embate entre as correntes subjetivistas e objetivistas<sup>241</sup> e o anacronismo da discussão em torno da dicotomia entre silêncio eloquente e omissão permissiva. A crítica, exemplificada pelo entendimento de Streck, com acerto, afirma que ela (essa dicotomia) se limita à separação entre o sujeito e o objeto da interpretação. Para ele, posição mais consonante com a nova hermenêutica, é aquela que discute os limites semânticos da Constituição e afere a constitucionalidade das leis em conformidade com ela<sup>242</sup>. Em sua explanação quanto à dificuldade de se encontrar a vontade do legislador, pontua que a separação entre vontade do legislador e vontade da lei pode ser frágil, pois também aquela primeira pode ser buscada a partir da subjetividade do intérprete.<sup>243</sup>

Mais especificamente quanto ao sistema constitucional, a não previsão de determinadas situações pela Constituição, de regra, preserva espaços de liberdade aos indivíduos e grupos, permitindo que usem seu arbítrio e, ao mesmo tempo, limitando a atuação das autoridades estatais na restrição dessa liberdade.<sup>244</sup> Há, portanto, em regra, um teor protetivo na omissão constitucional dos indivíduos em face do Estado e não o contrário,

---

<sup>240</sup> ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, 1987, Brasília. **Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte**. S.l.: Congresso Nacional, [1988]. 280 p. p. 55.

<sup>241</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 259.

<sup>242</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 153.

<sup>243</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 152.

<sup>244</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 161,

não havendo como se inferir, a partir dela (da omissão), um imperativo deôntico proibitivo<sup>245</sup>, de modo que qualquer norma que restrinja a autodeterminação dos indivíduos – determinando, por exemplo, a ilicitude da constituição de uniões não monogâmicas – deve ser expressa, o que não se observa no caso do art. 226 da CRFB.

Nessa linha, o regramento dado pelo constituinte à família, com a expressa menção aos três “modelos” acima citados, tem evidente teor protetivo, isto é, a fixação de um *conteúdo mínimo* para o direito fundamental em questão. Há uma ordem de fazer ao legislador para que os regulamente, criando direitos e obrigações que garanta aos integrantes dessas entidades familiares o pleno exercício da garantia de organização, segundo as diretrizes ali previstas. Dentre tais diretrizes, está o reconhecimento da união estável heterossexual, a facilitação da sua conversão em casamento, a igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal, a dissolução do casamento pelo divórcio, dentre outras.

A utilização da palavra “família” no *caput* do mencionado dispositivo é corrobora a defesa de que não há restrição prévia ao direito fundamental. A abertura do conceito de entidade familiar é sistematicamente coerente com a ordem constitucional em sua inteireza, pois possibilita que as transformações fáticas vivenciadas possam ser absorvidas pelo direito infraconstitucional sem a necessidade de atuação do poder constituinte reformador. Sob tal lógica, afirma-se ser dado ao Poder Legislativo a possibilidade de regulamentar institutos referentes a outras formas de convivência, mais especificamente as uniões poliafetivas.

Interessante notar que o legislador infraconstitucional assim agiu, no art. 25 do ECA, quando previu a chamada “família ampliada”, definindo-a como a formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, ou seja, indo além da unidade formada por pais e filhos ou o casal e filhos. Apesar de não se tratar de uma família conjugal, o exemplo é citado para ilustrar a atuação do legislador no sentido de expandir o rol de institutos familiares contidos na Constituição, que, além da família nuclear (casal e filhos), somente continha a ideia de monoparentalidade.

O imperativo deôntico emanado do art. 226 em questão é, então, permissivo, dando-se ao Poder Legislativo, em princípio, amplo poder de conformação ao direito fundamental à

---

<sup>245</sup> Sem adentrar nas especificidades da lógica deôntica, é necessário esclarecer que ela se dedica ao estudo da validade de argumentos a partir de frases de proibição e permissão. É, nesse sentido, a lógica das normas. No caso das imperativas (comandos ou ordens a serem cumpridos), não há uma concepção de verdadeiro ou falso, e sim de relação lógica entre elas, de modo que não sejam mutuamente contraditórias. GOMES, Nelson Gonçalves. Um panorama da lógica deôntica. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 49, n. 117, p.9-38, 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100512X2008000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000100002)>. Acesso em: 02 maio 2016.

família. A lógica é a mesma defendida por Martins<sup>246</sup> para a possibilidade de atuação do legislador na ampliação das uniões estáveis para abarcar aquelas constituídas por pessoas do mesmo sexo ou, ainda, para criar um instituto próprio das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, como foi feito na Alemanha, que regulamentou separadamente esses tipos de uniões.

Sob esse viés, a criação de um instituto próprio para as uniões poliafetivas seria possível por meio da deliberação do processo legislativo democrático, ainda que a Constituição não as tenha previsto expressamente dentre o rol de institutos da garantia institucional da família. Note-se que a intervenção do Poder Legislativo nessa ampliação permite que sejam travados os debates em sociedade, de modo que a aprovação e entrada em vigor de uma norma nesse sentido estaria em consonância com a vontade social, ao menos da maioria, como exige o atual sistema constitucional.

Pontua-se que o entendimento acima defendido, apesar de possibilitar a defesa da pluralidade familiar, não é o mesmo adotado por parte da doutrina que afirma a existência de princípios que autorizariam tal ampliação por meio da interpretação judicial do art. 226, da CRFB, movimento este crescente dentre os juristas em geral. Concorde-se que a Constituição que deixou expressa a igualdade entre homens e mulheres, conferiu equivalente proteção a outras formas de convivência como a união estável informalizada e a família monoparental e, por esses e outros fatores, valorizou a comunidade familiar como espaço de troca de afeto, solidariedade e convivência entre os indivíduos, de modo que o rol de institutos expressamente previstos seria meramente exemplificativo, albergando outras espécies de formações sociais como entidades familiares.<sup>247</sup>

Não há, todavia, convergência com o defendido nesse estudo, no que diz respeito à automática inclusão das mais diversas modalidades de comunidades por meio da simples interpretação da CRFB, isto é, independente da criação dos respectivos institutos jurídicos regulamentadores. O art. 226 da CRFB não pode ser elevado ao patamar de cláusula geral de inclusão, de modo a incluir toda e qualquer forma de convivência humana marcada pela afetividade, estabilidade, ostentabilidade<sup>248</sup>, sem o substrato dogmático e normativo que o

---

<sup>246</sup> MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>>. Acesso em: 03 mar. 2016. p. 14.

<sup>247</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. In: CANOTILHO, J.j. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. p. 2114.

<sup>248</sup> VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil**: Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta

sustente, sob pena de ser gerada uma série de problemas de ordem prática, sobretudo no que tange à segurança jurídica, discussão que será aprofundada no capítulo seguinte. Não obstante, parece ser essa a tendência da vanguarda de muitos estudiosos do tema, a exemplo de Lôbo, que advoga a tese de que a inexistência a não referência, no *caput* do art. 226, da CRFB, a qualquer tipo de família, pôs sob a tutela qualquer constituição familiar, não podendo a interpretação suprimir seus efeitos, restringindo direitos subjetivos.<sup>249</sup>

#### 4.3.2 A não caracterização da monogamia como um limite ao Poder Legislativo na concretização do direito fundamental à família

A monogamia, antes mesmo de seus aspectos jurídicos, teve sua definição construída a partir da interpretação de diversas ciências – sociologia, antropologia, história e outras. É comumente associada à exclusividade sexual e amorosa, porque está embasada em uma mudança humana de relacionamento, já abordada no capítulo 2 dessa dissertação. Não obstante, parece se distanciar dessa noção exclusivista, ligando-se – provavelmente pela influência da criação e sacralização do matrimônio e sua constituição – à ideia da existência de apenas um vínculo conjugal<sup>250</sup> entre dois indivíduos.<sup>251</sup>

No âmbito jurídico-dogmático, a monogamia é comumente tratada como um princípio estruturante do direito das famílias. Tornou-se praticamente um dogma assim abordá-la,<sup>252</sup> na medida em que essa percepção é tratada como uma verdade descritiva e pouco aprofundada, o que se reflete no escasso debate a respeito da temática. Pereira<sup>253</sup> é um dos defensores da monogamia como um sistema organizador das formas de constituição das famílias. Para tanto, afirma existir um pacto social monogâmico que condena a manutenção de relações extraconjugais que se deem além do vínculo formado entre o casal. A monogamia consistiria em um interdito proibitório que barra um excesso e, nesse sentido, implicaria em uma renúncia pulsional para tornar possível a existência da civilização. É feita, então, pelo

---

inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015. p. 162.

<sup>249</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=264](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264)>. Acesso em: 30 out. 2012. p. 5.

<sup>250</sup> Fala-se em conjugalidade, porém, essa não se refere apenas ao casamento, mas também às uniões estáveis, na medida em que está ligada à ideia de família conjugal, em contraposição à família parental.

<sup>251</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129.

<sup>252</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 141.

<sup>253</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

autor, a comparação entre tal regra proibitiva de organização e o interdito proibitório do incesto, ambas que possibilitariam a “passagem do estado de natureza para o de cultura”<sup>254</sup>.

Em sentido contrário, há vozes que apontam para uma superação do “princípio” da monogamia, a exemplo de Silva<sup>255</sup>, para quem, não obstante possa o modelo monogâmico ser adotado como uma forma organização por aqueles que mantenham enlace conjugal, não seria dado ao Estado a sua imposição *a priori*, sob pena de violação de diversos outros princípios constitucionais, como a igualdade, a liberdade e a democracia, em razão da exclusão de certos relacionamentos afetivos com características familiares, especialmente os simultâneos.

Transportando-se os pontos expostos para a análise da monogamia e sua relação com o direito fundamental à família a partir da teoria liberal (ora aplicada), a adoção da primeira posição tratada, em que a configuração monogâmica é colocada como um elemento que define – e, portanto, limita – a organização da família, implicaria a compreensão da monogamia como um limite constitucional implícito à atividade do legislador na concretização da referida garantia institucional. A consequência disso é que o Poder Legislativo não poderia criar institutos familiares não monogâmicos, como é o caso das uniões poliafetivas, em que o número de componentes da relação de conjugalidade não está limitada a duas pessoas.

Convém, então, examinar a correção da tese acima. Segundo a teoria dos limites de limites, o legislador infraconstitucional está sujeito a determinadas restrições na sua atividade que estabeleça fronteiras ao exercício dos direitos fundamentais.<sup>256</sup> Claramente, podem ser encontrados tais limites de limites no próprio texto expresso da Constituição que, por exemplo, prevê reservas legais qualificadas, isto é, aquelas que, embora autorizem a lei a limitar determinado direito fundamental, fixam diretrizes para tanto.

Contudo, existem também os limites de limites indiretamente positivados no texto constitucional. Rol extenso deles é apresentado por Pieroth e Schlink<sup>257</sup>, baseado na ordem constitucional alemã. O primeiro deles está contido no próprio direito fundamental, especificamente em relação às garantias institucionais (sendo a família uma delas), em que a sua previsão na Constituição proíbe que haja a sua disposição ou extinção pela lei. São listados, igualmente, o critério da proporcionalidade (que avalia o atendimento da norma

---

<sup>254</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 130.

<sup>255</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>256</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 104.

<sup>257</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 104-116.

concretizadora de alguns subcritérios, a saber, a licitude do propósito perseguido e do meio utilizado, a adequação do meio utilizado e, por fim, a necessidade desse mesmo meio<sup>258</sup>); a proteção do núcleo essencial das garantias fundamentais e a reserva de parlamento.

A garantia institucional da família, segundo a ordem constitucional vigente, tem expressamente previstos vários limites à atuação legislativa, a maioria deles já abordada nessa dissertação. O primeiro, como colocado acima, reside no direito fundamental por si mesmo, que proíbe ao Estado dispor da instituição família, nos termos do art. 226, *caput*, o qual lhe conferiu especial proteção. O mesmo dispositivo constitucional apresenta o conteúdo mínimo do direito fundamental à família: casamento, união estável formada entre homem e a mulher, comunidade familiar composta pelos filhos e um de seus pais (família monoparental) – quanto a estes institutos, o constituinte limitou a atuação do Poder Legislativo, pois deu uma ordem de criação e caracterização deles como entidades familiares.

Há, ainda, diretrizes ao legislador da forma como concretizar a garantia institucional em questão: determinou-se no parágrafo terceiro, do art. 226, que a lei que regulamentasse as uniões estáveis deveria integrar em seu conceito jurídico ao menos os enlaces formados entre homem e mulher (heterossexual) e facilitar a sua conversão em casamento; no parágrafo quinto, dispôs-se que a lei que regulamentasse as sociedades conjugais deveria prever direitos e deveres a serem exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; nos parágrafos primeiro e segundo ordenou-se que fosse civil o casamento, com sua celebração gratuita e extensão dos efeitos do casamento religioso para o civil.

Não há entre os limites de limites expressos nenhuma menção à monogamia. No *caput*, do art. 226, que trata do direito fundamental propriamente dito, e não de seus institutos concretizadores, o termo “família” é desacompanhado de qualquer restrição ao legislador, não contendo sequer reservas legais absolutas. A expressão mais próxima à organização monogâmica mencionada na CRFB diz respeito às uniões estáveis, quando, no parágrafo terceiro do art. 226, diz-se reconhecida como entidade familiar a união estável entre *o homem e a mulher*, expressão utilizada no singular, o que, em uma interpretação literal do texto, permitiria concluir ter o constituinte se referido ao casal, e não a uma pluralidade de indivíduos.

Não obstante se entenda que a diretriz acima citada se refira a um conteúdo protetivo mínimo do instituto em questão, veja-se que, ainda que tal expressão seja considerada como um limite à atuação do legislador, ele se dirige à caracterização de um dos institutos

---

<sup>258</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

concretizadores do direito fundamental à família, qual seja, o das uniões estáveis. As uniões estáveis, assim como o casamento, segundo a normalização infraconstitucional atualmente existente, seguem o critério de organização monogâmico, aspecto este já abordado no item 4.1 dessa dissertação. Vários são os dispositivos legais que assim o demonstram, como é o caso da existência dos deveres de fidelidade e lealdade, a estruturação da divisão de bens do casal em duas partes, a tipificação do crime de bigamia, dentre outros.

Tendo em vista o entendimento perfilhado acerca da relação de pertença dos institutos concretizadores em relação ao direito fundamental à família seus institutos e da própria ordem de normatividade constitucional, tem-se que o fato de o casamento e a união estável serem entidades familiares cuja organização na lei civil se deu segundo o modelo de organização monogâmico, não implica ser essa automaticamente transformada em uma limitação imposta ao direito fundamental à família.

Considerar, nesse sentido, a monogamia como um princípio estruturante das famílias é equivocadamente restringir a respectiva garantia institucional à forma adotada pelas relações conjugais do casamento e da união estável. Não haveria óbice, então, sob tal ponto, ao legislador infraconstitucional para ele ampliar o rol de institutos da garantia em questão e criar um instituto próprio para as uniões poliafetivas. A defesa dessa tese também não é idêntica à mencionada parcela da doutrina que defende a superação do – assim considerado – “princípio da monogamia” com base em uma interpretação de suposta colisão com outros – assim considerados – princípios constitucionais.

Considera-se, ademais, ser discutível a caracterização da estruturação monogâmica das entidades familiares como um princípio jurídico em si. Na doutrina, vários são os autores que apresentam definições para essas duas espécies normativas – princípios e regras.<sup>259</sup> Duas delas apresentam, sem dúvida, maior importância pela influência que têm na teoria do Direito em geral. Em primeiro lugar, na visão de Dworkin do que seriam princípios, assemelham-se eles a “padrões” que devem ser observados, na qualidade de uma exigência de justiça ou de equidade.<sup>260</sup> Por estarem condicionados, em sua aplicação, a uma decisão particular, teriam eles uma dimensão de peso ou importância, de modo que o seu cruzamento em determinado caso concreto não resulta na validade de um em detrimento do outro. Já as regras, para o mesmo autor, são funcionalmente importantes ou desimportantes; funcionam no sistema do

---

<sup>259</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 55.

<sup>260</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

“tudo ou nada” – diante do conflito de duas delas, somente uma poderá ser válida, seja porque é mais recente, mais específica ou de grau superior.<sup>261</sup>

A segunda definição a qual se faz referência é aquela feita por Alexy que, como é sabido, caracteriza os princípios como mandamentos de otimização, caracterizados por serem “satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”<sup>262</sup>. Do outro lado, as regras exigem o cumprimento do seu exato teor, contendo “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”<sup>263</sup>. Em uma linha de pensamento semelhante à de Dworkin, a ponderação de princípios em conflito defendida por Alexy, resulta da criação de uma regra de prevalência, de modo a serem aplicados em diferentes graus de acordo com a situação fática em deslinde.<sup>264</sup>

De certo que um aspecto consolidado acerca dos princípios é o da sua natureza normativa, não podendo eles serem transformados apenas em valores condicionados em sua realização ao subjetivismo ou às preferências pessoais.<sup>265</sup> Não podem ser, igualmente, confundidos com postulados interpretativos, eis que se caracterizam como normas com um sentido deontológico.<sup>266</sup> Nesse contexto, caracterizar a monogamia como um princípio estruturante do direito fundamental à família aparenta ser o resultado da confusão entre um aspecto social-cultural predominante na sociedade e as regras que estabelecem um comando para as relações conjugais (casamento e união estável) no sentido da sua caracterização a partir da convivência (além de demais requisitos legais) entre duas pessoas.

No âmbito fático, poder-se-ia afirmar ser a monogamia um valor predominante, porém, como se está a tratar do campo jurídico-dogmático, somente a partir de normas jurídicas é que se pode exigir determinados comportamentos pertinentes à conduta monogâmica para a caracterização de um estado civil. Especificamente quando se está a tratar da disposição da legislação civilista vigente, existem enunciados de aplicação no modelo de regras – restritos ao casamento e à união estável –, e não padrões ou mandamentos de otimização, a serem ponderados ou sopesados em casos concretos. Desse modo, rejeita-se, em

---

<sup>261</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42-43.

<sup>262</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 90.

<sup>263</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 91.

<sup>264</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 58.

<sup>265</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 104.

<sup>266</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 168-169.

primeiro plano, a ideia de um princípio da monogamia referente à organização das famílias em geral.

#### **4.3.3 Atividade criadora do Poder Legislativo: proteção do núcleo essencial do direito fundamental à família e (não) usurpação da competência do Poder Constituinte**

Viu-se, até o presente momento, que dois dos obstáculos aparentemente existentes à normatização das uniões poliafetivas, a saber, a existência de um suposto “silêncio eloquente” na Constituição que proibisse a previsão dessas formas de convivência e a caracterização da monogamia como um limite à atuação do Legislador na ampliação da garantia institucional da família para uniões não monogâmicas, não têm respaldo em uma análise dogmática-constitucional.

Resta, ainda, discutir dois aspectos relevantes do exame de constitucionalidade ora proposto, reunidos em um único tópico em razão de sua conexão lógica. O primeiro diz respeito à existência de um suposto conteúdo essencial do direito fundamental à família, pautado na construção histórico-social dessa instituição, que, nesse sentido, não se coadunaria com a criação de um instituto como o das uniões poliafetivas.

Acerca do que seria tal núcleo essencial dos direitos fundamentais, convém esclarecer que ele é tratado por parte da doutrina ocupada da teoria liberal como um dos limites de limites constitucionais. Tem como alicerce, na Alemanha, previsão expressa da GG (*Grundgesetz* ou Constituição da República Federal da Alemanha), segundo a qual “em caso algum pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial” (Art. 19, II).<sup>267</sup> A partir dessa disposição, surgiram algumas teorias que visam a definir em que se consistiria o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

A teoria do conteúdo essencial relativo aponta para a identificação desse núcleo protegido caso a caso, a partir do pesar e ponderar dos bens e interesses públicos e privados envolvidos. Nesse sentido, não haveria afetação do conteúdo essencial quando, casuisticamente, puder ser atribuído o menor peso possível para a questão a decidir ou, paralelamente, se ao direito fundamental for conferido maior peso, também diante da questão a ser decidida. Consistir-se-ia, portanto, em aplicação do princípio da proporcionalidade,

---

<sup>267</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168.

notadamente no critério da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>268</sup> Do outro lado, a teoria do conteúdo essencial absoluto defende ser ele uma grandeza fixa, não definida caso a caso, de onde deriva a dificuldade em traçar seus contornos precisos. Há, ainda, posicionamento no sentido de que o conteúdo essencial do direito fundamental ajustar-se-ia com seu conteúdo de dignidade humana, tese essa de imprecisão ainda maior, diante da abstração que acompanha a definição do que compõe a dignidade da pessoa humana.<sup>269</sup>

Na ordem constitucional brasileira não existe, contrariamente à alemã, nenhuma norma expressa que proteja o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Pautados em tal constatação, somada à apontada dificuldade de todas as teorias existentes em estabelecer contornos seguros do que seria o conteúdo essencial, Dimoulis e Martins advogam o entendimento de não consistir ele (o conteúdo essencial) em um limite de limite constitucional, devendo as intervenções do Poder Legislativo, em substituição, satisfazer o critério da proporcionalidade.<sup>270</sup>

No sentido oposto, Mendes defende a aplicação da ideia de proteção de um núcleo essencial dos direitos fundamentais como um limite de limite, embasado na previsão do art. 60, parágrafo quarto, inciso IV, da Constituição Federal, que veda qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.<sup>271</sup> Parece ser impreciso, todavia, entender que tal vedação constitucional constitui uma forma de proteção do núcleo essencial dessas garantias. Não apenas porque o sentido é de vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais em si, com a sua extinção, e não propriamente a proteção de um conteúdo nuclear dos mesmos. Noutra borda, porque é patente a problemática em precisar, para cada direito fundamental, qual seria esse conteúdo mínimo, seja caso a caso, seja de maneira abstrata, absoluta. O direito fundamental à família não é uma exceção, especialmente em razão do perene estado evolutivo das dinâmicas familiares.

Pieroth e Schlink afirmam que o conteúdo de salvaguarda da garantia do casamento e da família<sup>272</sup> está relacionado com a forma social e jurídica que ambas alcançaram historicamente como instituições, devendo permanecer intactas na sua essência. Nesse

---

<sup>268</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 111.

<sup>269</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 113.

<sup>270</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168.

<sup>271</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

<sup>272</sup> Sobre a existência de dois direitos fundamentais autônomos na ordem constitucional alemã – um ao casamento e outro relativo à família – ver o item 3.1.1 dessa dissertação.

sentido, somente se, de certa maneira, a modificação derivar de uma evolução social e se não for imposta pelo Estado como um corpo estranho, é que ela não ferirá a proteção do conteúdo essencial dessa garantia. Apresentam os autores, como exemplo, a reforma do divórcio alemã que permitiu a ruptura das relações conjugais, sem, contudo, ir de encontro à tradição do casamento monogâmico, fundado no comum acordo e em princípio para a toda a vida.<sup>273</sup> A mencionada reforma, no entender dos autores, não violaria o conteúdo essencial da garantia fundamental, não havendo incompatibilidade com a Constituição, nesse aspecto.

Levada às últimas instâncias, no entanto, a defesa de um núcleo essencial do direito fundamental à família pautado em construções históricas é capaz de inviabilizar o processo de evolução das entidades familiares, uma vez que esse se pauta, não raro, na ruptura com muitas das tradições dominantes que lhe digam respeito.

O casamento pode ser utilizado como ilustração do afirmado: é uma forma de convivência pautada essencialmente em paradigmas conservadores, ligados historicamente aos dogmas religiosos cristãos. Todavia, essa forma de constituição familiar não deve ser capaz de impedir a ampliação do direito fundamental à família seja por meio da atuação do poder constituinte reformador, seja por meio da conformação infraconstitucional, nesse último caso, se o texto constitucional em questão der margem para tanto.

Entende-se, nesse sentido, que o que Pieroth e Schlink afirmam ao apontarem a necessidade de tutela das configurações tradicionais da família<sup>274</sup> corresponde, em verdade, ao limite de limite decorrente da própria garantia institucional da família, eis que essa última impede reformas legislativas que desaguem no seu esvaziamento ou mesmo na extinção da instituição tutelada.

Em outros termos, a lei ordinária deve contemplar, ao menos, as instituições mínimas, tradicionalmente contempladas, da garantia de organização, porém apenas para tutelá-las, e não para restringir a sua ampliação. Tendo em análise o casamento, por exemplo, feriria os limites da conformação uma legislação que não previsse no seu conteúdo *ao menos* a heterossexualidade, a inexistência de condição ou termo e a monogamia, visto que estaria esvaziando o próprio instituto, por serem essas características basilares segundo a sua construção histórica.

Somado a isso, está a existência dos limites de limites derivados da previsão textual da Constituição. O art. 226, da CRFB, como já abordado, traz uma série dessas diretrizes, as

---

<sup>273</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 94.

<sup>274</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 94.

quais, igualmente, contemplam a ideia de tradição protegida, defendida por Pieroth e Schlink, como se deu na hipótese da união estável heterossexual, cuja regulamentação, nos termos do parágrafo terceiro do mencionado dispositivo, deve abranger as uniões heterossexuais e monogâmicas.

Resta, ainda, como limites dos limites, a questão do critério da proporcionalidade pela norma infraconstitucional limitadora. Como colocado por Dimoulis e Martins, consiste ele em um modo de interpretação e aplicação das leis diante da possível violação de um direito fundamental, e não em um dever genérico a ser respeitado pelo Estado.<sup>275</sup> Os subcritérios da proporcionalidade podem ser resumidos em averiguar: a licitude do propósito perseguido; a idoneidade do meio utilizado; a adequação do meio utilizado e, por fim, a necessidade desse mesmo meio.

Ilustrando-se o afirmando acima a partir das especificidades do direito fundamental à família, basta pensar em um dispositivo legal que impedisse a livre escolha do parceiro, a quantidade de filhos, a coabitação ou não, a exclusividade sexual, dentre outras decisões atinentes à autodeterminação, por não haver, em princípio, um fim lícito que justificasse tais medidas intervenientes no direito geral de liberdade.

Nesse ponto, é interessante notar ser percebível também a influência da evolução social sobre a proporcionalidade ou não da ingerência estatal em aspectos da vida conjugal. Veja-se o caso da coabitação: o art. 1.566, do CC, prevê como um dos deveres de ambos os cônjuges a vida em comum no domicílio conjugal (inciso II), regra essa que era interpretada como o dever de coabitação entre os conviventes. Ocorre que, com a mudança do estilo de vida das pessoas em geral – que, não raro, desempenham ofício em outras cidades –, ou mesmo a quebra da percepção tradicional acerca da obrigatoriedade de um domicílio comum ao casal, a obrigatoriedade dessa regra foi afastada de sua interpretação para se evitar esse tipo de intervenção do Poder Público nas decisões dos cônjuges.

Vê-se, portanto, que é coerente a posição adotada por Dimoulis e Martins em relação à inexistência de um limite de limite atinente ao núcleo essencial do direito fundamental da família – ora tratado – pois, em verdade, a proteção que ele visa a atingir pode ser alcançada por meio dos demais limites de limites *supra* demonstrados, sem, contudo, ter como consequência o engessamento da garantia institucional em questão. Nesse sentido, entende-se que a criação de um instituto próprio para as uniões poliafetivas não feriria suposto conteúdo de salvaguarda da família, ou mesmo os outros limites de limites encontrados no direito

---

<sup>275</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 189.

fundamental à família, por estar o Poder Legislativo, ao fazê-lo, ampliando a garantia e, simultaneamente, respeitando seu conteúdo mínimo e diretrizes expressas constitucionais.

Ora, considerando-se, diante de tantos obstáculos perpassados e superados nos tópicos anteriores, possível a atuação do Legislativo na normatização das chamadas uniões poliafetivas, convém questionar qual a forma adequada para fazê-lo – pela via do Poder Constituinte reformador ou por meio da sua atuação ordinária, isto é, na criação de uma lei própria para trata-lo?

Streck *et al*<sup>276</sup>, tratando do julgamento pelo STF das ADPF nº 132 e da ADI nº 4277 e da interpretação “conforme à constituição”, feita pela mencionada Corte, do art. 1.723, do CC, para afastar qualquer interpretação excludente das uniões estáveis compostas por pessoas do mesmo sexo, questiona se, até mesmo pela via legislativa ordinária, seria possível alargar o espaço já fixado pelo Poder Constituinte sem que isso representasse a usurpação da competência deste último. Explica-se melhor o afirmado: o referido autor pontua que o texto do parágrafo terceiro do art. 226, da Constituição Federal, é claro ao dispor que as uniões estáveis ali mencionadas se referiam àquelas formadas entre o homem e a mulher. Por essa razão, uma lei infraconstitucional que ampliasse o conteúdo desse instituto, incluindo também os enlaces entre pessoas do mesmo sexo, estaria modificando o próprio sentido da norma constitucional, algo que só poderia ser feito mediante emenda à Constituição.

Deixando de lado a discussão específica acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o raciocínio é pertinente também para a criação pela via infraconstitucional de um instituto próprio para as uniões poliafetivas. Como não há previsão dele no art. 226, da CRFB, criá-lo pela via ordinária representaria, igualmente, usurpação da competência do constituinte derivado, por alargar o sentido da norma constitucional?

Rememora-se, quanto a esse aspecto, a defesa da existência de tutela do conteúdo mínimo da garantia institucional da família, e não de um imperativo deontológico proibitivo. A ordem emanada pela norma é de criação dos institutos jurídicos respectivos nos termos ali delineados, porém, não contendo um mandamento contrário à sua – possível – ampliação por meio do processo legislativo ordinário.

A criação de um instituto civil próprio para as uniões poliafetivas pode ser inserida dentro da abertura proporcionada pelo texto do *caput* do art. 226, CRFB. A indeterminação do conceito do termo utilizado – “família” – permite que as novas dinâmicas dos enlaces

---

<sup>276</sup> STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>>. Acesso em: 24 out. 2016.

familiares, enquanto fato social, em sendo absorvidas em lei, não desaguem em uma ampliação de sentido da norma constitucional, cuja abertura já deixa ao legislador infraconstitucional ampla margem de conformação. Coaduna-se, portanto, com a própria dinâmica das garantias institucionais, de modo que sua concretização pela lei não se considera como uma limitação a sua área de proteção.

Tudo isso impende concluir que a criação pela via infraconstitucional do instituto jurídico referente às uniões poliafetivas não implicaria uma usurpação da competência do constituinte derivado. Isso não impediria, porém, que tal reforma se desse pela via da emenda constitucional, como forma de, primeiro, expressamente legitimar, político-legislativamente falando, a mudança promovida pela lei e, mais importante, gerar então um dever legislativo de configuração infraconstitucional que poderia resultar, conseqüentemente, no reconhecimento judicial da inconstitucionalidade por omissão legislativa.

Até o presente estágio do estudo ora desenvolvido, viu-se que, embora não se possa afirmar haver uma omissão inconstitucional no que tange ao atual estágio de não regulamentação das uniões poliafetivas, tampouco haveria óbice constitucional à ampliação conteúdo concretizador do direito fundamental à família, prevendo a lei ordinária o instituto jurídico próprio para essas uniões, com o seu enquadramento na qualidade de entidades familiares e a previsão de direitos e obrigações para os seus integrantes. Todo o estudado, contudo, limita-se à esfera de competência do Poder Legislativo, Poder esse que debate questões pungentes pela sociedade, porém não enfrenta os conflitos práticos surgidos nas relações humanas.

A partir dessa perspectiva, o capítulo seguinte se volta a analisar o enfrentamento das lides surgidas a partir da existência fática do poliamor pelo Poder Judiciário, apontando criticamente a forma como o tema tem sido tratado e traçando proposições para uma abordagem dogmaticamente correta, que garanta coerência do sistema e segurança jurídica, sem descuidar da justiça social.

## 5 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS

As questões sociais pungentes, embora possam ser discutidas no Poder Legislativo, por meio da propositura de projetos de lei e nas respectivas comissões parlamentares, podem ter seu enfrentamento postergado ou deixado de lado por motivos de natureza política. Ao Poder Judiciário, contudo, essas questões, quando dão origem a conflitos entre indivíduos, transformam-se em demandas, cuja resposta deve ser dada na norma decisória, independentemente de haver ou não omissão legislativa na sua normatização específica.

Conforme entende a maioria doutrinária, a Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – dá guarida ao axioma jurídico conhecido como *non liquet*, que proíbe os juízes de se absterem no julgamento das causas submetidas a sua apreciação<sup>277</sup>. Integra tal previsão a dimensão mais ampla do direito de ação, que abarca a vedação de o Judiciário negar apreciar o pedido de resolução de um litígio, mas a ela não se restringe, porquanto a compreensão da prestação jurisdicional transborda a simples prolação da sentença e, na toada na teoria processualística contemporânea, direciona-se à satisfação do direito buscado pela via da ação judicial<sup>278</sup>, isto é, à efetiva obtenção do bem jurídico pleiteado, quando do julgamento pela sua procedência.

Seguindo a lógica do *non liquet*, a LINDB, em seu art. 4º, previu que nos casos de omissão legislativa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; e, ainda, o NCPC, em seu art. 140, dispôs que o julgador não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Ambas as normas infraconstitucionais tratam da omissão legal e da impossibilidade de o Poder Judiciário deixar de julgar as ações perante ele propostas com esse fundamento, devendo aplicar outros critérios de aplicação do direito para tanto.

Esclarece-se, por oportuno, que a menção à proibição à escusa de apreciação pelo Judiciário de certas demandas, sob o fundamento de que a lei é omissa ou obscura ao seu respeito, não se confunde com a existência de uma obrigação de julgamento pela procedência, pela apreciação do mérito pelo juiz. A obtenção de uma resposta judicial, se associada à obtenção de uma decisão meritória, dependerá do atendimento, pela parte, de certos

---

<sup>277</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo-fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 270, p.171-205, 18 jan. 2016. p. 3-4.

<sup>278</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental de Ação. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 357-368. p. 359.

pressupostos processuais (art. 485, VI, NCPC). Caso não sejam preenchidos, a ação será extinta sem julgamento do mérito, podendo a parte ter nova chance de apreciação da questão material caso a ajuíze novamente, desta vez com a regularidade processual (art. 486, NCPC). Porém, não se enquadrando o processo em nenhum dos casos previstos pela lei processual para a extinção da ação, sem resolução do mérito (art. 485, NCPC), deverá o juiz analisar a pretensão movida pela parte – o que inclui, nos termos do NCPC, a averiguação acerca da possibilidade jurídica do pedido formulado na inicial<sup>279</sup> – e, de acordo com os instrumentos normativos existentes no ordenamento, julgá-la, seja pela procedência ou pela improcedência.

Merece todo o destaque esse aspecto do *non liquet*, porque a poliafetividade é um fenômeno social não especificamente regulamentado como um instituto próprio do direito das famílias. Mesmo assim, as demandas judiciais envolvendo conflitos decorrentes do poliamorismo, como um fato social, não podem deixar de ser apreciadas pelo Poder Judiciário. O julgador é colocado na posição de ter de decidir a questão central em torno dessas uniões: são elas formas de família ou não? E, como consequência, qual o regramento aplicável a aspectos práticos como divisão de bens, dever alimentício, guarda de filhos, dentre outros? A complexidade dessa abordagem é expressiva, porque envolve temas conexos como os limites ao alcance interpretação de uma norma constitucional pelo magistrado, ativismo judicial, equilíbrio entre os Poderes, segurança jurídica, liberdade contratual, etc.

## 5.1 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DADO ÀS UNIÕES NÃO MONOGÂMICAS

A apresentação da forma como o Poder Judiciário tem julgado demandas envolvendo uniões plúrimas deve partir de alguns esclarecimentos preliminares.

Em termos metodológicos, a pesquisa de julgados se limitou aos acórdãos ou decisões monocráticas proferidos *ao menos* em segunda instância, não apenas por não conterem os Tribunais um banco de sentenças proferidas em primeiro grau de jurisdição, como também em razão de os processos que envolvem demandas familiares correrem, não raro, em segredo de justiça, no mister de preservar o direito à privacidade dos envolvidos, nos termos do art. 5º, inciso LX, da CRFB, que flexibiliza a publicidade dos atos processuais

---

<sup>279</sup> A menção expressa à inclusão da possibilidade jurídica do pedido dentre as questões a serem apreciadas no mérito da ação se dá em razão de o CPC/73 ter adotado a separação entre as condições da ação e os pressupostos processuais, estando incluso dentre as primeiras a chamada “possibilidade jurídica do pedido”, segundo a primeira versão da teoria de Liebman. No entanto, críticas surgiram defendendo que a viabilidade jurídica de uma pretensão é uma questão meritória, de modo que, em sendo impossível juridicamente o pedido formulado pelo autor, deve ele ser julgado improcedente, e não extinto, sem resolução de mérito. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense Método, 2015. p. 59.

quando a defesa da intimidade e o interesse social o exigirem. Em termos de marco temporal mínimo, foram selecionados por amostragem julgados a partir do ano de 2008, sendo descartados aqueles com data anterior àquele ano.

Tomando em consideração esse universo de acórdãos/decisões monocráticas, foram utilizadas como instrumento de busca as plataformas de jurisprudência unificadas<sup>280</sup>, disponíveis na internet, bem como os respectivos domínios em meio eletrônico (*sites*) de cada um dos Tribunais Superiores – STF<sup>281</sup> e STJ<sup>282</sup> – e os seus mecanismos de busca de jurisprudência.

Um dos primeiros resultados a serem considerados diz respeito à existência (ou inexistência) de decisões que contivessem as expressões “poliafetividade” ou “poliamor” e seus correlatos. Somente um julgado do TJMA<sup>283</sup> faz uso do termo “poliafetividade”, muito embora, ao se analisar o conteúdo da decisão do relator para tal processo, note-se que a situação fática apreciada foi tratada na qualidade das chamadas uniões simultâneas ou paralelas. Esse é um segundo resultado a ser considerado: a esmagadora maioria dos julgados que envolvem a apreciação pelo Poder Judiciário de uniões plúrimas diz respeito às chamadas uniões simultâneas, paralelas, concomitantes, concubinárias, etc.

No tópico 2.2.3 dessa dissertação, foi feita a delimitação das áreas abrangidas pelos conceitos de poliafetividade e simultaneidade familiar. Na oportunidade, ficou demonstrado que a existência de uniões concomitantes pode se dar com ou sem o consentimento de todos os envolvidos. Sua área de convergência com a poliafetividade reside, portanto, nos arranjos plúrimos com consentimento dos conviventes, por ser esse um pressuposto para sua configuração. Isso porque o poliamorismo é entendido uma comunidade de vida, uma forma de convivência que pressupõe a opção daqueles que assim se relacionam.

Pela análise de amostra dos julgados encontrados nos Tribunais, nota-se que as pretensões das partes envolvidas diziam respeito ao reconhecimento de efeitos do regramento às uniões estáveis aos relacionamentos em paralelismo, seja em termos de divisão de bens, direitos sucessórios ou rateio de pensão *post mortem*, razão pela qual a discussão travada nos casos analisados girava em torno do enquadramento das uniões paralelas como entidades

---

<sup>280</sup> JURISPRUDÊNCIA: Decisões de todos os Tribunais, com busca unificada e gratuita. Decisões de todos os Tribunais, com busca unificada e gratuita. 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

<sup>281</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência**. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 out. 2016.

<sup>282</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência do STJ**. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 28 out. 2016.

<sup>283</sup> MARANHÃO. TJMA. Apelação Cível nº 0015505-24.2013.8.10.0001 39381/2014. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto. **DJe**, São Luiz, MA, 12 de março de 2015.

familiares (na qualidade das uniões estáveis do art. 226, §3º, da CRFB e concretizadas pelo Código Civil – art. 1.723 ss.). A existência ou não de conhecimento dos envolvidos nas uniões em simultaneidade a respeito dessa circunstância, em regra, não aparece nos julgados como uma questão de destaque, seja pela dificuldade probatória desse aspecto subjetivo das partes, seja porque não se entendeu relevante esse aspecto da sua configuração.<sup>284</sup>

Por essa razão é que, tomando-se em conta a possibilidade de a simultaneidade familiar e as uniões poliafetivas, tendo em vista a existência da área de intersecção entre ambas, os acórdãos ou decisões monocráticas que apreciaram a possibilidade de reconhecimento ou não das uniões paralelas serão considerados para fins de investigação do tratamento dado pelo Poder Judiciário da poliafetividade, na qualidade de união não monogâmica.

No STJ, todos os julgados analisados concluíram pela *impossibilidade* do enquadramento das uniões paralelas, sejam elas a um casamento ou a outra união estável anterior, como entidades familiares. A ressalva se dá para as hipóteses de separação de fato ou judicial anterior, já previstas no art. 1.723, §1º, do Código Civil. Esse é o atual posicionamento do STJ, tendo sido fixado o precedente para casos similares. Podem ser apresentados como paradigmáticos dois julgados, um do ano de 2010<sup>285</sup> e o outro de 2011<sup>286</sup>.

No primeiro deles<sup>287</sup>, a conclusão a que chegou o STJ baseou-se no argumento de que a monogamia consistiria em um elemento estrutural da família. Especialmente em relação às uniões estáveis, a relatora do voto vencedor afirmou que o dever de lealdade exigido dos

---

<sup>284</sup> Excepcionalmente, encontrou-se em julgados como a Apelação nº 3359997, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, a menção ao conhecimento dos conviventes em paralelismo a respeito da existência dessa circunstância, fato esse considerado para fins de apreciação da lide proposta, tendo em vista o consentimento tácito daqueles que conviviam com o mesmo companheiro. PERNAMBUCO. TJPE. Apelação Cível nº 3359997. Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes. **DJe**. Recife, 22 set. 2014.

<sup>285</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1157273. Relator: Ministra Nancy Andriighi, **DJe**. Brasília, 07 jun. 2010.

<sup>286</sup> A ementa do acórdão referido é: “DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, fine, o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável. 2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. 3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa. 4. Recurso especial provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 912.926. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **DJe**. Brasília, 07 jun. 2011.

<sup>287</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1157273. Relator: Ministra Nancy Andriighi, **DJe**. Brasília, 07 jun. 2010.

companheiros é incompatível com a manutenção de uma relação paralela; assim, ao julgar casos de paralelismo familiar, o juiz, apesar de não poder desconsiderar a dignidade humana, a solidariedade, a afetividade, a busca pela felicidade, a liberdade e a igualdade, deve ter “redobrada atenção” ao “primado da monogamia” e ao princípio da eticidade.<sup>288</sup> A segunda união seria, então, caracterizada como concubinato, gerando efeitos de sociedade apenas se comprovado o esforço comum na geração do patrimônio entre os conviventes.

O segundo recurso especial citado<sup>289</sup>, apesar de ter como resultado prático o mesmo do anteriormente citado, fundou-se em argumentos distintos. A monogamia não é citada no voto do relator como um princípio a embasar sua conclusão. Destacou-se, na oportunidade, que o fato social família não se confunde com o *direito* de família e, nessa linha, a tutela de alguns valores sociais dependeria de uma vontade política, não judiciária, de modo que a proteção de uniões plúrimas como entidades familiares somente poderia se dar mediante reforma legislativa, não pela via interpretativa do direito posto. Pontuou-se que, não obstante o rol de entidades familiares contidos na CRFB seja de natureza qualitativa, e não quantitativa, o sistema criado pelo legislador ordinário para as uniões estáveis pressupõe a exclusividade de relacionamento sólido como um de seus pressupostos jurídicos, não fáticos. Para corroborar esse raciocínio, destaca que o fato de o Código Civil permitir que pessoas casadas, porém separadas de fato, constituam união estável, é indicador de que a preocupação maior do legislador foi, independentemente do vínculo burocrático, de não persistir o vínculo de convivência anterior do casamento para a configuração da nova união<sup>290</sup>.

Os recursos mais recentes apreciados pelo STJ acerca da matéria<sup>291</sup>, a despeito de repetirem os precedentes citados *supra*, deixaram de apreciar a questão fática, aplicando o verbete sumular nº 7, do mesmo Tribunal, que barra a interposição de recurso especial com pretensão de simples reexame de prova.

Diferentemente do STJ, em que a apreciação das lides se dá com base, primordialmente, na legislação infraconstitucional, no STF o julgamento dos recursos que tratam das uniões paralelas tem foco na questão constitucional, portanto, com maior destaque

---

<sup>288</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1157273, Voto da Relatora. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **DJe**. Brasília, 07 jun. 2010. p. 13.

<sup>289</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 912.926. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **DJe**. Brasília, 07 jun. 2011.

<sup>290</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 912.926. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **DJe**. Brasília, 07 jun. 2011. p. 4-10.

<sup>291</sup> Exemplificamente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 455777. Relator: Ministro Raúl Araújo. **DJe**. Brasília, 08 set. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1363270. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. **DJe**. Brasília, 23 nov. 2015.

para o presente estudo. O julgamento de um recurso extraordinário pelo STF, em 2008,<sup>292</sup> merece o primeiro realce, tratando de pretensão de rateio de pensão *post mortem* entre conviventes de dois núcleos conjugais distintos, um casamento e uma união estável. O relator do acórdão concluiu que, apesar de a união estável prevista pelo art. 226, parágrafo terceiro, da Constituição, não ter a monogamia como exigência, ela pressuporia a convivência harmônica com o restante do ordenamento jurídico em vigor, eis que impossibilitada estaria a conversão da segunda união em casamento, e face do impedimento matrimonial (já estar um dos conviventes casado). Seguindo tal raciocínio, entendeu o relator que a união paralela consistiria em concubinato, previsto no art. 1.727, do Código Civil e, por isso, não se igualaria à união estável constitucionalmente tutelada<sup>293</sup>.

O interessante do julgamento apontado é que um dos votos proferidos foi em dissonância à tese do relator<sup>294</sup>. No voto-vista, é enfatizada a natureza protetiva do tratamento constitucional à família, tendo ela dupla configuração: a de entidade e de espaço de convivência humana, local de proteção da intimidade e da privacidade. O referido Ministro defendeu – ainda que implicitamente – a inconstitucionalidade do concubinato, afirmando não haver concubinos perante a Constituição. Para ele, todas as formas de convivência não abarcadas pelo casamento e sua natureza formal estão incluídas na tutela às uniões estáveis, inclusive as uniões não monogâmicas. O voto-vista também ressalta a importância da proteção da família simultânea com fundamento na necessidade de amparo aos filhos dela decorrentes, na interpretação de acordo com a dignidade humana e com o novo quadro histórico do país<sup>295</sup>.

Situação semelhante – uma união estável duradoura paralela a um casamento – foi objeto de apreciação da Corte Constitucional, em 2009<sup>296</sup>, tendo, na oportunidade, chegando-se ao mesmo resultado, inclusive com a objeção constante no voto-vista.

Em 2012<sup>297</sup>, contudo, o STF fixou a repercussão geral de tema pertinente ao rateio de pensão por morte entre cônjuge e convivente de longa duração, o que, em outros termos,

---

<sup>292</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397762, Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 11 set. 2008.

<sup>293</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397762, Primeira Turma, Voto do Relator. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 11 set. 2008. p. 06-08.

<sup>294</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397762, Primeira Turma, Voto-vista. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 11 set. 2008.

<sup>295</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397762, Primeira Turma, Voto-vista. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 11 set. 2008. p. 11-22.

<sup>296</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.779-1, Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 26 mar. 2009.

<sup>297</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 669.465. Relator: Ministro Luiz Fux. **DJe**. Brasília, 16 out. 2012.

aponta no sentido da revisitação da tese firmada nos acórdãos anteriormente descritos, especialmente no que tange à extensão do art. 226, §3º, da CRFB, se este abrangeria ou não situações de concomitância de uniões conjugais. Na mesma linha, também em 2012<sup>298</sup>, foi reconhecida repercussão geral quanto à “possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes”. Note-se que, na segunda amostra examinada, o paralelismo se deu entre dois núcleos não matrimoniais, sendo um deles composto por pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva). Ambos os recursos ainda se encontram pendentes de apreciação pelo STF, de modo que ainda não é possível se afirmar o posicionamento definitivo da Corte acerca da interpretação constitucional do art. 226 e sua relação com a monogamia.

Nos demais Tribunais do país, ainda pode se afirmar ser prevalente o entendimento no sentido da *não* proteção das uniões simultâneas como entidades familiares, e sim como concubinato. A miríade de argumentos utilizados para corroborá-lo está ligada, em geral, à interpretação das uniões estáveis a partir da exclusividade de relacionamento. Além do precedente firmado pelo STJ, a monogamia é citada como estrutural em relação à família<sup>299</sup>, consagrada pelo Código Civil ao estabelecer os deveres de fidelidade e a necessidade da separação de fato do cônjuge anterior para a formação da nova união estável. Igualmente relacionada à ideia de monogamia, menciona-se a exclusividade de relacionamento como condição de existência da união estável<sup>300</sup>, cujo *affectio maritalis* e propósito de constituir família seria descaracterizado pela concomitância de relações conjugais.<sup>301</sup> Outro argumento é o de que, ao se possibilitar o reconhecimento de uma união estável simultânea a outra, se estaria conferido mais direitos a essas formas de família, em detrimento do casamento, tendo em vista que, quanto a esse último, há vedação legal expressa para a contração do matrimônio e para a constituição a união estável quando da existência de núpcias anteriores, sem separação de fato ou judicial.<sup>302</sup>

Noutro bordo, acórdãos pontuais de Tribunais de segunda instância adotaram posição pelo enquadramento de relações afetivas em paralelismo como uniões estáveis. Citam-se os fundamentos encontrados nos votos dos relatores. O princípio da pluralidade familiar é

---

<sup>298</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 656.298, Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. **DJe**. Brasília, 02 mai. 2012.

<sup>299</sup> BAHIA. TJBA. Apelação nº 0000098-23.2010.8.05.0162. Relator: Desembargadora Rosita Falcão de Almeida Maia. **DJe**. Salvador, 13 jul. 2015.

<sup>300</sup> DISTRITO FEDERAL. TJDF. Apelação Cível nº 20130810070636. Relator: Carlos Rodrigues. **DJe**. Brasília, 22 abr. 2015.

<sup>301</sup> RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível nº 70060167137. Relator: Sandra Brisolará Medeiros. **DJe**. Porto Alegre, 02 dez. 2014.

<sup>302</sup> PARAÍBA. TJPB. Apelação Cível nº 0085452-78.2012.815.2001. Relator: Desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. **DJe**. João Pessoa, 13 out. 2015.

apontado como uma das normas inauguradas pela Constituição ao prever também as uniões estáveis como entidades familiares, de modo que o rol de famílias expressamente contido no art. 226 da CRFB seria apenas exemplificativo, não excluindo outras formas de configuração das relações afetivas<sup>303</sup>. O *locus* da família é apresentado como destinado à realização dos indivíduos, com maior importância do que os aspectos patrimoniais e institucionais a ela pertinentes. Nesse sentido, haveria um sentido material de família conjugal, albergado pelo texto da Constituição, pertinente às uniões pautadas pela afetividade, ostentabilidade, publicidade e estabilidade<sup>304</sup> e, ao Estado, não seria dado restringir a forma como os particulares decidem constituir tais uniões, sob pena de violação à autonomia característica das relações privadas e, conseqüentemente, à dignidade humana.<sup>305</sup> Outro ponto recorrentemente abordado nos julgados é o da observância das mudanças sociais, que exigiria do julgador uma nova interpretação das normas vigentes, que seja consentânea com uma análise aprofundada do contexto em que está envolvido o caso sujeito a apreciação.<sup>306</sup>

A título de efeitos patrimoniais atribuídos às uniões em simultaneidade, alguns acórdãos apontam<sup>307</sup> a possibilidade de divisão do patrimônio onerosamente adquirido durante o período de paralelismo entre os dois núcleos conjugais em três partes, a chamada “triação”. A despeito da ausência de previsão legal, guarda relação com a meação, modo de divisão de bens previsto pelo Código Civil, com variações a depender do regime de bens adotado pelo casal. A solução se fundamenta na duplicidade dos vínculos familiares<sup>308</sup>, sem maiores divagações acerca do seu embasamento jurídico-dogmático, ou mesmo de pormenores, como a circunstância da simultaneidade entre vínculos conjugais simultâneos com regimes de bens distintos.

Em relação ao rateio da pensão por morte entre conviventes paralelos, as amostras de julgados com conclusão pela possibilidade de rateio do benefício previdenciário entre os conviventes em paralelismo, muito embora não representem a vertente majoritária da

---

<sup>303</sup> MARANHÃO. TJMA. Apelação Cível nº 0015505-24.2013.8.10.0001 39381/2014, Voto do Relator. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto. **DJe**, São Luiz, MA, 12 de março de 2015.

<sup>304</sup> 5ª REGIÃO. TRF-5. Apelação Cível nº 446497. Relator: Desembargador José Maria Lucena. **DJe**. Recife, 02 dez. 2008. .

<sup>305</sup> MARANHÃO. TJMA. Apelação Cível nº 0015505-24.2013.8.10.0001 39381/2014, Voto do Relator. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto. **DJe**, São Luiz, MA, 12 de março de 2015.

<sup>306</sup> PERNAMBUCO. TJPE. Apelação Cível nº 3359997. Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes. **DJe**. Recife, 22 set. 2014.

<sup>307</sup> RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível nº 70039284542. Relator: Desembargador Rui Portanova. **DJe**. Porto Alegre, 11 jan. 2011.

<sup>308</sup> PERNAMBUCO. TJPE. Apelação Cível nº 2968625. Relator: Desembargador José Fernandes de Lemos. **DJe**. Recife, 28 nov. 2013.

jurisprudência<sup>309</sup>, assim o fazem no mister de não deixar um deles desamparado<sup>310</sup>, novamente, desde que presentes em ambas as uniões os requisitos da publicidade, continuidade e durabilidade. É citado, nesse sentido, o fato de a lei previdenciária não trazer restrição ao número de cônjuges ou companheiros na qualidade de dependentes do *de cujus* e, ainda, argumenta-se que a lei operaria com o conceito de necessidade e não o de moralidade na satisfação do requisito da dependência econômica advinda de uma convivência duradoura.<sup>311</sup>

A fixação do dever de prestar alimentos a companheiro em paralelismo também é, no entendimento jurisprudencial, majoritariamente negado pelos Tribunais<sup>312</sup>, com fundamento de que a concomitância entre os relacionamentos afastaria a aplicação do regramento atinente às uniões estáveis.<sup>313</sup> As escassas decisões judiciais em sentido contrário<sup>314</sup> têm como consequência, no extremo oposto, a própria constatação desse arranjo afetivo como caracterizador da união estável<sup>315</sup> e, nesse sentido, aplicam o regramento do art. 1.694, do CC, que autoriza aos companheiros a requisição da prestação alimentícia ao outro, desde que comprovada a necessidade para viver de modo compatível com sua condição social.

## 5.2. PANORAMA CRÍTICO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE AS UNIÕES NÃO MONOGÂMICAS E A POLIAFETIVIDADE

O exame por amostragem dos acórdãos revelou estar dividida a compreensão do Poder Judiciário acerca do tratamento jurídico a ser conferido às uniões paralelas. Conforme

<sup>309</sup> Nesse sentido é o julgado proferido pela Turma Nacional de Uniformização, o Pedido de Uniformização Nacional nº 05274176920104058300, que, apesar de não adentrar na discussão da caracterização das uniões simultâneas como entidades familiares, aplica interpretação restritiva à lei previdenciária do Regime Geral de Previdência Social, que traz rol de dependentes, não incluindo a concubina. Além disso, esclarece não pertencer o benefício da pensão por morte ao segurado, no sentido de este poder dele dispor a quem entender. Afirma que, pertencendo, em verdade, à Previdência, somente a disciplina legal pode dizer quem faz jus ao recebimento da dita pensão. BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização Nacional nº 05274176920104058300. Relator: Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga. **DJe**. Brasília, 05 fev. 2016.

<sup>310</sup> 5ª REGIÃO. TRF-5. Apelação nº 00109896920104058300, Segunda Turma. Relator: Desembargador Ivan Lira. **DJe**. Recife, 19 jun. 2015. .

<sup>311</sup> PARÁ. TJP. Agravo de Instrumento nº 2012.3.024522-2, 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargadora Maria do Ceo Maciel Coutinho. **DJe**. Belém, 29 ago. 2013.

<sup>312</sup> RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível nº 70070482146. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. **DJe**. Porto Alegre, 28 set. 2016.

<sup>313</sup> SANTA CATARINA. TJSC. Agravo de Instrumento nº 466638. Relator: Sérgio Izidoro Heil. **DJe**. Florianópolis, 17 fev. 2010.

<sup>314</sup> RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70023968720. Relator: Desembargador Rui Portanova. **DJe**. Porto Alegre, 07 ago. 2008.

<sup>315</sup> Do mesmo Tribunal que, atualmente, decide em sentido contrário, é o julgado que afirmou a possibilidade de fixação de alimentos em paralelismo de vínculos conjugais: RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível nº 70039284542. Relator: Desembargador Rui Portanova. **DJe**. Porto Alegre, 11 jan. 2011.

explicado no tópico anterior, não obstante tenham sido encontradas unicamente demandas relativas à simultaneidade familiar, muitos dos pontos analisados nesses julgamentos revelam a leitura judicial acerca da poliafetividade, especialmente por se tratarem aquelas de uniões não monogâmicas, cuja existência de consenso entre seus componentes é caracterizadora, igualmente, do poliamorismo.

Fazendo uma síntese dos julgados acima, é possível afirmar que o embate jurisprudencial do tema está centralizado, do ponto de vista constitucional, na interpretação do art. 226, §3º, da CRFB, isto é, na possibilidade de se extrair da referida norma a tutela, na qualidade de uniões estáveis, das uniões afetivas, duradouras e públicas (ostensivas), ainda que concomitantes a um casamento ou a outra união anterior. Sob a ótica do direito infraconstitucional, a problemática gira em torno das disposições do CC para as uniões estáveis, sobretudo a fixação da lealdade como um dos deveres do companheiro (art. 1.724), a previsão do concubinato (art. 1.727) e a possibilidade de caracterização dessas uniões quando da separação de fato de casamento anterior (art. 1.723, §1º).

Um apanhado das decisões contrárias à equiparação dos relacionamentos em paralelismo às uniões estáveis demonstra serem elas baseadas em alguns argumentos centrais: (1) a previsão do art. 226, §3º, da CRFB, de facilitação da conversão das uniões estáveis em casamento, o que revelaria a necessidade de inexistência de impedimentos à contração do matrimônio pelos companheiros; (2) a caracterização da monogamia como um princípio estruturante da família, que excluiria do seu conceito quaisquer relações não monogâmicas; (3) a exigência legal de exclusividade de relacionamento às uniões estáveis, extraída da interpretação do art. 1.723, §1º, do CC, que permite às pessoas casadas, mas separadas de fato, a convivência em união estável com outrem e, ainda, (4) a conceituação, pelo art. 1.727, do CC, do concubinato, como decorrente de relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar.

Por outro lado, os julgamentos favoráveis ao reconhecimento das relações em simultaneidade como uniões estáveis estão arvorados, de maneira sistematizada, nos seguintes pontos: (1) na pluralidade familiar – comumente apresentada como um princípio jurídico – inaugurado pela CRFB, que levaria à interpretação do rol de entidades familiares como sendo exemplificativo, não taxativo; (2) na interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais a partir da dignidade humana, igualdade e liberdade; (3) na existência, caso a caso, dos requisitos da ostentabilidade, durabilidade e afetividade exigidos para a configuração das uniões estáveis; (4) na realização da justiça social, especialmente em

decorrência da evolução percebida nas dinâmicas familiares da atualidade e, por fim, (5) na proteção dos filhos gerados a partir desses relacionamentos afetivos.

Podem ser percebidos pontos problemáticos em ambas as direções apontadas pelo Poder Judiciário no tratamento das uniões não monogâmicas. De pronto, nota-se que, não obstante se faça presente o discurso em torno da pluralidade familiar – isto é, de não restringir a caracterização das entidades familiares aos institutos contidos no texto constitucional<sup>316</sup> – a discussão em torno do enquadramento das uniões não monogâmicas se limita ao instituto das uniões estáveis. Daí decorrem as duas soluções diametralmente opostas – poderem ou não poderem elas ser enquadradas na definição constitucional e legal de uniões estáveis. Não se cogita, mesmo se reconhecendo a não taxatividade do rol de famílias protegidas pelo texto constitucional, da possibilidade de um novo instituto, próprio às características das relações entre mais de dois conviventes em conjugalidade. A dificuldade parte, entende-se, de uma má compreensão do direito fundamental à família e a relação com seus institutos concretizadores<sup>317</sup>.

Diante da polissemia do termo família, faz-se necessária a sua conformação por meio de instituições que lhe são derivadas, algumas delas com previsão constitucional. Igualmente com conceitos abertos (à exceção de contornos também contidos no art. 226, da CRFB), casamento, união estável e comunidade formada por um dos pais e seus filhos são conformados pelo legislador infraconstitucional. Em harmonia com a ideia de força normativa da Constituição que fundamenta toda a sua interpretação, impõe-se ao intérprete o dever de partir das disposições normativas da Constituição para, com base nelas – e não o contrário – fazer a apreciação da legislação ordinária, não sendo esse um conceito inaplicável ao Direito (constitucional) das Famílias.<sup>318</sup>

No entanto, o que se observa em muitos dos julgados analisados é a inversão da ordem de interpretação dos conceitos desses institutos, na medida em que são transferidas para a leitura jurídico-normativa da CRFB acerca das citadas instituições as regras da legislação infraconstitucional, sobretudo as disposições do Código Civil sobre as uniões estáveis. Em outros termos, restringe-se a interpretação da Constituição a partir de conceitos criados pelo legislador ordinário dentro de sua esfera de discricionariedade e conformação.

---

<sup>316</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, A nova principiologia do Direito de Família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 5.

<sup>317</sup> Para um maior aprofundamento, o assunto foi abordado no tópico 3.1.1.3 dessa dissertação, ao qual se faz remissão para o leitor.

<sup>318</sup> TORRES, Cláudia Vechi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. p. 28.

Um exemplo claro está em considerar a monogamia como um princípio constitucional implícito à configuração familiar com base nas disposições do CC acerca dos impedimentos matrimoniais e da conceituação do concubinato, como feito no julgamento de Recurso Extraordinário, em 2008, pelo STF<sup>319</sup>, já citado anteriormente.

Consequência discutível da referida inversão interpretativa é a deturpação da própria hierarquia material das normas que compõem o ordenamento jurídico,<sup>320</sup> de modo que as normas infraconstitucionais estariam condicionando a compreensão de institutos constitucionalmente previstos, e não apenas os conformando. A complexidade dessa relação deriva na já discutida natureza normativa do direito fundamental à família, que confere ao legislador a tarefa de densificar os conceitos trazidos na Constituição.<sup>321</sup> Não obstante, isso não pode significar subordinar o direito constitucional ao ordinário e, nos dizeres de Pieroth e Schlink, fazer com que, por exemplo, o “conceito jurídico-constitucional de casamento reproduzisse apenas o conceito de casamento do direito ordinário”<sup>322</sup>.

Ainda que, na solução de casos concretos, não se possa desconsiderar o teor das regras do CC pertinentes ao casamento e às uniões estáveis, a definição dos deveres conjugais de fidelidade e lealdade e, ainda, a caracterização de uniões simultâneas a um casamento (com convivência de fato) como concubinato; ao transportar a monogamia como um princípio da norma constitucional das famílias – e não uma regra estruturante de escolha do legislador ordinário, o que se faz é justamente a inversão da ordem de interpretação constitucional, relativizando-se completamente a própria supremacia da Constituição.

Repisa-se com maior ênfase o tema da monogamia, porque, nas decisões contrárias ao enquadramento das relações conjugais não monogâmicas como entidades familiares, é ela – comumente apresentada como princípio jurídico – que tem bastante destaque na *ratio decidendi* dos acórdãos analisados. Assim como discutido no tópico 4.3.2 dessa dissertação, discorda-se, em primeiro lugar, da sua caracterização como princípio, por se entender não possuir ela caracteres de um padrão de comportamento ou mesmo de mandamento de otimização, cuja aplicação estaria condicionada ao caso concreto, podendo ter um “peso”

---

<sup>319</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397762, Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 11 set. 2008.

<sup>320</sup> Fala-se em hierarquia material a partir da sua distinção em relação à hierarquia estrutural, que diz respeito à relação entre normas editadas por poderes diferentes, e a hierarquia lógica, que trata da relação atinente à estrutura da linguagem, classificação essa apresentada por Ávila. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 168.

<sup>321</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196.

<sup>322</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 235.

diferente de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Em verdade, a caracterização como princípio da monogamia, nesses julgados, é utilizada no objetivo de afastar, em todo e qualquer caso, a configuração de uniões monogâmicas, sem levar em consideração os aspectos da situação fática em análise, o que, como é de se notar, muito mais se assemelha ao modelo das regras jurídicas. Além disso, a utilização da monogamia como atinente ao conceito constitucional de família se mostra equivocada por não se verificar a existência de um limite de limite constitucional desse jaez no direito fundamental em questão.<sup>323</sup>

Pontos sensíveis com necessidade de maior aprofundamento, todavia, podem ser identificados no embasamento utilizado pelas decisões em sentido positivo à aceitação das uniões não monogâmicas como entidades familiares. Em primeiro lugar, em nenhuma delas se observa o tratamento do art. 226, da Constituição Federal, como um direito fundamental (direito fundamental à família), o que repercute, inevitavelmente, na escolha dos parâmetros de análise de constitucionalidade dos atos estatais. A família é tratada como apenas uma instituição, com função associada de espaço de desenvolvimento dos indivíduos, porém seu aspecto jurídico-normativo é negligenciado, dando-se muito mais ênfase aos seus contornos fáticos. Por isso, não obstante se reconheça nessas decisões a proteção do Estado a todas as formas de constituição familiar<sup>324</sup>, pouco se discute sobre as repercussões dessa tutela sem a correspondente normatização das dinâmicas familiares não expressas no texto constitucional ou previstas na legislação cível, isto é, da omissão legislativa a elas pertinente<sup>325</sup>.

A dignidade humana, liberdade e igualdade são elencadas como princípios a serem ponderados e, nos contornos fáticos da demanda, entendidos como prevalentes, seja porque as relações conjugais se mostravam duradouras, seja pela existência de filhos em comum ou pela constituição de um patrimônio, juntamente com a observância dos aspectos da ostensividade da condição de existência e do afeto desenvolvido entre seus integrantes. De todo modo, a incidência desses denominados princípios constitucionais prevaleceria, autorizando, assim, a proteção constitucional dessas entidades familiares e, além disso, a interpretação do art. 226, §3º, da Constituição Federal e dos art. 1.723 ss. Do CC, de modo a incluir também uniões em simultaneidade.

---

<sup>323</sup> De fora mais detalhada, a monogamia como um limite ao direito fundamental à família foi abordada no item 4.3.2.

<sup>324</sup> Trata-se de uma afirmativa importada de parte da doutrina especializada na área, que discorre a respeito da constitucionalização das famílias e das mudanças promovidas pela CRFB, como a consagração da família como instrumento e o afastamento da família como instituição. Nesse sentido: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 34-36.

<sup>325</sup> No item 4.2 dessa dissertação concluiu-se não haver inconstitucionalidade dessa omissão no que pertine às uniões poliafetivas.

Por trás da construção da linha de raciocínio acima se encontram dois aspectos a serem destacados: revela a predominante utilização da teoria principiológica e da argumentação de Alexy na resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais e, como consequência, a exacerbação de um ativismo judicial.

Acerca do primeiro deles, sabe-se que a teoria criada por Alexy está inserida em um movimento denominado de *jurisprudência de valores*, surgido com maior destaque na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn e uma mudança da postura adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão<sup>326</sup>. Baseia-se o dito movimento na ideia de que a Lei Fundamental é composta por uma ordem de valores garantidos pelos princípios constitucionais. Diante da eventual colisão entre aqueles (os valores), amparados por princípios, há necessidade de um procedimento para apurar qual deles terá mais força para ser aplicado à situação *in concreto*, o qual foi destrinchado por Alexy como sendo a ponderação, a partir dos critérios de proporcionalidade.<sup>327</sup> Juntamente com as teorias da força normativa da Constituição e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o foco do direito se voltou por completo para a interpretação da norma pelo julgador, favorecendo o protagonismo do Judiciário na concretização constitucional.

No Brasil, a jurisprudência de valores, juntamente com a teoria principiológica e da argumentação, afirma Streck, teve recepção equivocada, tomando emprestado a tese central de que a Constituição é composta por uma ordem concreta de valores, cuja descoberta ou revelação deve ser feita pelo seu intérprete.<sup>328</sup> Mais especificamente acerca da teoria principiológica e da ponderação como método de resolução de conflitos envolvendo princípios, o autor esclarece que, ao contrário do que é comumente aplicado na práxis nacional, a ponderação não consiste em uma escolha do julgador de quais normas principiológicas devem prevalecer na situação examinada. Em outros termos, o sopesamento de princípios colidentes, não raro, transmutou-se em escolha de valores conforme a conveniência ou senso particular de justiça do julgador<sup>329</sup>. Soma-se a essa crítica, a

<sup>326</sup> TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito - Ufpr**, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/30764/19872>>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 145.

<sup>327</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e História**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 161 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <[http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael Tomaz de Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael_Tomaz_de_Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 nov. 2016. p. 186

<sup>328</sup> STRECK, Lenio Luiz. A interpretação constitucional no Brasil: breve balanço crítico. **Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 1, n. 21, p.2-35, dez. 2012. p. 6.

<sup>329</sup> Um exemplo significativo de deficiência na fundamentação foi dado pelo STF no julgamento das ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, no qual, aplicando a “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do CC,

observação feita por Dimoulis e Martins, tratando sobre a escolha de valores pelo intérprete, segundo os quais, do ponto de vista jurídico, não pode existir uma ordem em relação a eles, sobretudo porque as Constituições não estabelecem uma prevalência de certos direitos fundamentais sobre outros, não havendo que se falar em uma hierarquia entre garantias constitucionais.<sup>330</sup>

No entanto, essa parece ser a tendência seguida nos julgados em que se verifica a utilização, na qualidade de princípios, da dignidade humana, liberdade e igualdade como substrato para a inclusão das uniões não monogâmicas na previsão constitucional do instituto das uniões estáveis – a solução baseada na escolha desses princípios como valores constitucionais que, na opinião do julgador, deveriam prevalecer em face da interpretação das diretrizes do texto constitucional para essas uniões ou mesmo diante da colisão com o suposto “princípio da monogamia”.

Soma-se a isso que a inexistência de um tratamento legal específico para relações conjugais plúrimas e a que lógica adotada para as normas acerca do casamento e (com maior pertinência) da união estável preveem praticamente todos os direitos e obrigações apenas para o “casal”, muitas das soluções encontrada para as lides em que se deu a equiparação *supra* mencionada ligaram-se a um acentuado ativismo judicial, tema este que será mais bem tratado nos tópicos a seguir.

### **5.2.1 Separação dos poderes, ativismo judicial e a criação normativa pelo Poder Judiciário**

A expressão “separação de poderes” pode conduzir a ideia de cisão estrita entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Desde sua origem mais afamada, desenvolvida por Montesquieu, no entanto, já era conhecida a necessidade de equilíbrio entre tais componentes estatais, mediante o controle recíproco entre eles.<sup>331</sup> Trata-se a referida separação, nos dizeres

---

equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais. Avaliando tal acórdão, Dimoulis e Lunardi apontam uma série de problemas no *decisum*, dentre eles: (a) a visão do texto constitucional ao mesmo tempo como sagrado e obstáculo à realização dos objetivos da CRFB; (b) carência de tecnicismo jurídico e utilização de um discurso retórico para justificar o posicionamento do Tribunal perante a sociedade; (c) o sincretismo metodológico, mediante utilização de diversos métodos jurídicos sem seguir um padrão; (d) a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição de um artigo de lei (art. 1.723 do CC) que reproduz a literalidade do texto constitucional (art. 226, parágrafo 3º da CRFB). DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **STF e direitos fundamentais**. João Pessoa: GIW, 2013. p. 95-107.

<sup>330</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 220.

<sup>331</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.201.

de Lowenstein, do reconhecimento de que determinadas partes do Estado devem cumprir certas funções, como decorrência de uma necessidade de distribuir e controlar o poder político.<sup>332</sup> O poder estatal, no âmbito do Estado Constitucional de Direito, é exercido a partir da norma constitucional, na forma de organização nela descrita.<sup>333</sup>

O ativismo judicial é conexo à teoria da separação dos poderes por se referir aquele ao crescimento das funções exercidas pelo Poder Judiciário, extrapolando sua parcela típica de atribuições. Consoante afirma Ramos, se está a falar em ativismo judicial quando o exercício da função jurisdicional ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento, em detrimento dos demais Poderes, razão pela qual a ele (o ativismo) está associada uma sinalização negativa.<sup>334</sup> Também Leite, apresentando uma concepção “neutra, institucional e pluridimensional do ativismo judicial”, diz ser ele um comportamento tendente a expandir os poderes judiciais em relação a outras autoridades estatais. Seria uma espécie de outro lado da moeda da autorrestrrição estrutural, em que a Corte recua para abrir espaços decisórios em benefício de outras instituições.<sup>335</sup>

Em termos de interpretação constitucional e solução de contendas envolvendo a aplicação de direitos fundamentais (ou princípios constitucionais, sob a ótica da teoria principiológica), o ativismo judicial tem uma de suas mais sensíveis questões a de substituição do constituinte ou do Poder Legislativo em sua atividade ordinária pelas instâncias de julgamento e controle de constitucionalidade. Alguns falam a respeito da chamada *judicialização da política* e das relações sociais, consistente na “disseminação dos métodos judiciais para arenas políticas”, de modo que questões sociais passam a ser “solucionadas” por procedimentos judiciais, na busca de se concretizar a Constituição por meio de sua interpretação pelo julgador.<sup>336</sup>

Para os defensores do ativismo judicial, a exemplo de Barroso, esse é um movimento de participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, no qual, muitas das vezes, não há interferência no espaço de atuação dos demais Poderes, e sim

---

<sup>332</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979. p. 55.

<sup>333</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113.

<sup>334</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

<sup>335</sup> LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 45, p.10-31, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/428/351>>. Acesso em: 12 out. 2016. p. 14.

<sup>336</sup> ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. **Supremacia ou Diálogos Judiciais?: O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional**. Revista da Agu, Brasília, v. 12, n. 38, p. 269-302, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;1001020763>>“Supremacia ou diálogos judiciais”</a>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 281.

preenchimento de espaços vazios.<sup>337</sup> A existência desses espaços vazios é atribuída à ineficiência dos Poderes representativos na concretização das normas constitucionais e a tarefa de controle que cabe ao Poder Judiciário dos atos estatais.<sup>338</sup> Há quem defenda, nesse contexto, existir um déficit na representação política tradicional, especialmente na adoção de políticas contramajoritárias<sup>339</sup>, de modo que as demandas sociais teriam no Judiciário uma forma de tutela que escapasse ao processo Legislativo, fincado em premissas de maioria representativa. Com maior relevância para o presente estudo, a passividade do Legislativo em debater certas matérias cruciais para a sociedade e a omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais de regulamentação, de fato, é ponto problemático, pois a apreciação de demandas envolvendo questões sobre as quais inexistente uma normatização específica pode exigir mais da atividade interpretativa e integrativa do julgador.

Como visto, a poliafetividade e o tratamento jurídico das uniões não monogâmicas é um dos exemplos em que a inação do processo de produção legislativa não acompanha a evolução fática vivenciada nas sociedades.<sup>340</sup> A situação muito se assemelha, nesse aspecto, a discussão do reconhecimento de relacionamentos afetivo-conjugais entre pessoas do mesmo sexo na qualidade de entidades familiares, cuja tramitação de projeto de lei para regulamentar seus direitos tramita há muito no Congresso Nacional<sup>341</sup>, esbarrando não apenas na demora inerente aos procedimentos regimentais, mas também em influências de cunho ético e religioso, pertinentes ao espaço político, democrático e plural dessa Casa legislativa. No caso específico da poliafetividade, a resistência se mostra ainda maior, havendo a propositura de projeto de lei<sup>342</sup> tendente a proibir expressamente o reconhecimento das uniões poliafetivas na qualidade de uniões estáveis.

Sob a perspectiva acima, a postura ativista adotada pelas decisões favoráveis a esse reconhecimento, ora analisadas, é preocupante não pela vertente moral ou ideológica adotada, mas pela exacerbação dos poderes da atividade de interpretação judicial. Veja-se que, sob o

---

<sup>337</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p.1-50, jun. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12957/10.12957/rfd.2012.1794>>. Acesso em: 12 out. 2016. p. 10.

<sup>338</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 304.

<sup>339</sup> LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 45, p.10-31, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/428/351>>. Acesso em: 12 out. 2016. p. 12.

<sup>340</sup> A respeito de dados da poliafetividade no Brasil, ver item 2.2.4 dessa dissertação.

<sup>341</sup> SANTOS, Mírian dos; SILVESTRE, Ana Carolina Faria. A necessidade de se (re)pensar a realização do direito em tempos de protagonismo judicial – um percurso possível em busca de uma reflexão refundadora de um novo sentido. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [s.l.], v. 32, n. 63, p.1-22, 24 dez. 2011. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). p. 6.

<sup>342</sup> O projeto de lei ao qual se faz referência é o de nº 4.302/2016, já abordado no ponto 2.2.4 dessa dissertação.

pretexto de serem assegurados direitos próprios dos institutos familiares aos conviventes, os julgados analisados promovem a inclusão das uniões poliafetivas (simultâneas ou paralelas) na norma constitucional que disciplina as uniões estáveis, art. 226, §3º, da Constituição Federal. Como consequência dessa interpretação, aplicam tal sentido da norma constitucional, juntamente com a alegação da incidência da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, para estender a disciplina infraconstitucional das uniões estáveis também às relações não monogâmicas, criando certas regras não previstas no Código Civil, como é o caso da divisão do patrimônio amealhado durante a convivência em paralelismo em três partes (triação).

Entende-se, nesse contexto, que, da mesma forma como a condenação irrestrita da adoção de uma postura ativista dos Tribunais e magistrados não se coaduna com os desafios da interpretação e aplicação do direito em face do parâmetro jurídico-constitucional positivo brasileiro, a sua apologia não pode ser feita de modo irresponsável. A crítica se faz aos limites da interpretação constitucional pelo Judiciário, de modo a evitar decisionismos e arbitrariedade, para não tornar o direito (os direitos fundamentais e os princípios constitucionais) aquilo que o julgador quer que seja, de seu senso particular de justiça no caso apresentado sobre a sua apreciação<sup>343</sup> e, ainda, não permitir o desvirtuamento da separação de funções de cada um dos Poderes estatais, com a incorporação de atividades de criação de normas pelo Poder Judiciário

Tomando-se como exemplo a experiência do Tribunal Constitucional Alemão, não obstante seja conhecida a sua tradição de “abertura” valorativa no passado, Pieroth e Schlink<sup>344</sup> explicam que, quando constatada determinada violação ao direito à igualdade por não equiparar determinada pessoa ou grupo de pessoas a um benefício ou tratamento beneficiário previsto em lei, a referida Corte age com parcimônia, considerando a impossibilidade de criar regras de competência do legislador. Isso acontece até mesmo nas situações em que a inconstitucionalidade poderia ser sanada por meio da cassação do ato violador. É o que se chama de reserva: somente se alarga um benefício ao outro grupo desfavorecido – por meio de uma interpretação integrativa da lacuna da lei – se verificados dois pressupostos: (1) se uma norma constitucional exigir determinado tratamento favorável ao cidadão e o Legislativo tiver privado desse tratamento um grupo de cidadãos, em desconformidade à igualdade e ao *mandamento direto* da Constituição; (2) se o legislador,

---

<sup>343</sup> Para Streck, esse é um problema de matriz eminentemente hermenêutica, mais especificamente da adoção de teorias com paradigmas filosóficos solipsistas, que se fundam na consciência do julgador. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 25.

<sup>344</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 180.

tiver criado um sistema complexo de normas e a harmonia e consistência desse sistema depende do alargamento do benefício ao grupo ignorado.

Esse agir com parcimônia mencionado *supra*, coaduna-se com a ideia de autolimitação judicial (*judicial self-restraint*). Acerca dela, esclarece Canotilho, sua utilidade pode ser encontrada, na medida em que age na contenção da atividade jurisdicional, impondo ao julgador conhecer os vícios de constitucionalidade dos atos normativos, e não os vícios de mérito, isto é, de oportunidade política dos atos e uso da discricionariedade cabível ao Poder Legislativo. Por isso, o Judiciário deve, ainda que esteja apreciando a constitucionalidade de questões políticas, ater-se aos parâmetros materiais da Constituição<sup>345</sup>, dando-se relevo, aqui, aos direitos fundamentais e suas características jurídico-dogmáticas pertinentes. Do contrário, cai-se no que Campos e Albuquerque explicam consistir em uma nova hermenêutica constitucional resultante de uma ressignificação do papel republicano do Poder Judiciário e suas relações com o Legislativo, com forte conotação política. A “supervalorização” dos princípios e dos valores constitucionais, da forma como aplicada, acaba por esvaziar a legalidade infraconstitucional, em desrespeito às possibilidades de escolha do Congresso Nacional em não regulamentar certa matéria<sup>346</sup>, ou fazê-lo de determinada maneira, quando não se tratar de um dever constitucional ou de uma imposição (limite de limite) da Constituição.

A reflexão, aplicável à problemática do enfrentamento da poliafetividade e o seu reconhecimento como uniões estáveis pela via interpretativa, coaduna-se com a discussão travada no item 4.2.1 – ao qual se faz remissão para maior aprofundamento – em que ficou demonstrado que, no que tange à regulamentação dos institutos jurídicos da família não expressos na CRFB, isto é, sem uma ordem de fazer, não pode ser afirmada uma omissão inconstitucional e, nessa linha, encontra-se na esfera de discricionariedade legislativa a sua concretização, o que não se observa, *in casu*. Mostram-se, então, invasivas do campo de escolha legislativa, com a extrapolação dos limites materiais constitucionais impostos, as decisões que expandem o sentido da legislação infraconstitucional vigente –, em sentido contrário à opção feita pelo Legislador, *sem um mandamento direto em sentido contrário*. Doravante, tais soluções serão analisadas também sob o ponto de vista do comprometimento da segurança jurídica.

---

<sup>345</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.309.

<sup>346</sup> CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição / New constitutional hermeneutics and legal security. **Rev. Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.774-792, 2 jul. 2015. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2015.16914>. p. 787.

### 5.2.2 Equiparação das uniões poliafetivas (não monogâmicas) às uniões estáveis: justiça e segurança jurídica

Consoante visto no item 5.1, por causa da inexistência de uma disciplina legal própria às uniões não monogâmicas, a sua tutela na forma de entidades familiares se deu, nas decisões judiciais a ela favoráveis, a partir da aplicação das disposições infraconstitucionais para as uniões estáveis, equiparação justificada pela informalidade característica de sua constituição, em comparativo à ritualística própria do casamento. Para isso, algumas das regras da legislação civil foram relativizadas de modo a serem compatibilizadas com a forma que assumem as relações poliafetivas, compostas por mais de dois conviventes.

A disciplina constitucional das uniões estáveis (art. 226, §3º), da CRFB, no que foi fielmente seguida pelo art. 1.723, do CC, incluiu na conceituação desse instituto do direito fundamental à família dois caracteres básicos (conteúdo mínimo de proteção), que são a heterossexualidade e a constituição a partir da convivência entre homem e mulher, ou seja, de um casal. A disposição do legislador ordinário é plenamente compatível com o texto da norma constitucional, aquele que, embora pudesse fazê-lo pela ampla área de proteção do direito fundamental à família, não expandiu o conceito das uniões estáveis para as relações monogâmicas. Por essa razão, entende-se, desde logo, não ser possível pelo Judiciário a tentativa tutelar as uniões poliafetivas a partir de uma interpretação conforme a constituição do art. 1.723, do CC, eis que este reproduz de maneira estrita a ordem de fazer contida no art. 226, §3º, da Constituição. Isso porque esse método hermenêutico pretende dar um significado à lei, que seja compatível com a norma constitucional<sup>347</sup> e pressupõe, logicamente, uma relação de objeto e parâmetro entre a lei e a CRFB, de modo que, quando ambos estão em consonância de texto, não haveria que se pensar, sequer, em diferentes significados.<sup>348</sup>

Seguindo a organização monogâmica escolhida pelo legislador para as uniões estáveis, a previsão do concubinato no art. 1.727, do CC, que abarca as relações não eventuais

---

<sup>347</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, S. L., v. 2, n. 1, p. 191-210, jun. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35221/34021>>. Acesso em: 13 out. 2016. p. 195.

<sup>348</sup> Acerca da interpretação conforme à Constituição, é importante acrescenta-se a visão de Pieroth e Schlink, para quem essa interpretação não pode definir de modo fundamentalmente novo o conteúdo normativo da disposição. Assim, se os requisitos jurídico-fundamentais exigirem uma determinação fundamentalmente nova da norma, essa terá de ser recusada como sendo inconstitucional e terá de “ficar reservada ao legislador a questão de saber se ele quer substituir a norma inconstitucional por uma norma constitucional”. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. p. 180. p. 58.

entre pessoas casadas, sem separação de fato ou judicial, fixou regra de exclusão da caracterização daquelas uniões, cuja flexibilização se daria na hipótese da expansão do seu conceito também às uniões simultâneas a um matrimônio ainda em estágio de convivência. Questiona-se, então, a possibilidade de relativização das regras que, segundo a própria teoria principiológica – majoritariamente aplicada nesses julgados – explica serem elas espécies de normas que não são sopesadas de acordo com o caso concreto, submetendo-se, ao revés, ao modelo de aplicação da subsunção<sup>349</sup>, do tudo-ou-nada<sup>350</sup>.

Similarmente, para reger as relações patrimoniais decorrentes do estado civil de companheirismo, os termos do art. 1.725 do CC estabeleceram o regime de comunhão parcial de bens (se não houver contrato escrito em sentido diverso), que, assim como os demais regimes de bens atualmente previstos no referido diploma legal, funcionam a partir do critério da divisão em duas partes (meação) do patrimônio comunicável amealhado durante o período de convivência<sup>351</sup>. Confirma-o Rosenthal e Farias, segundo os quais, assim como no casamento, a presunção de esforço comum dá direito aos companheiros à *meação* dos bens adquiridos durante a união estável, quando da partilha dos bens decorrente do fim do enlace conjugal.<sup>352</sup> Sendo assim, pode-se afirmar que a aplicação de uma diferente forma de partilha de bens na dissolução do vínculo de conjugalidade poliafetivo, seja ela a *triação* ou a cisão em mais de três partes do patrimônio, carece da previsão legal que sustenta uma segurança jurídica mínima da aplicação do direito.

Sabe-se que simplesmente falar em segurança jurídica, utilizando-a como argumento para *conter* determinada aplicação das normas e evitar a arbitrariedade e o decisionismo do Judiciário, carece de esclarecimento antecedente do que, de fato, essa finalidade significa. A esse respeito, Dimoulis expõe a dificuldade de, na doutrina, encontrar um sentido unívoco para a segurança jurídica, o que a tornaria alvo de críticas tanto por autores de inspiração positivista, pela imprecisão e problemas da sua aplicação enquanto princípio; quanto por

---

<sup>349</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 92.

<sup>350</sup> Critica-se a ideia de flexibilização das regras também como uma forma de recepção equivocada da teoria principiológica no Brasil, que transformou a ponderação em um método não apenas de aplicação das normas principiológicas, mas também do direito como um todo.

<sup>351</sup> Nesse sentido indicam os art. 1.572, parágrafo terceiro, do CC, que menciona a reversão da meação ao cônjuge enfermo em caso de pedido de separação fundado na superveniência de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após a duração de dois anos, tenha sido reconhecida a cura improvável da enfermidade; e, ainda, o art. 1.647, inciso IV, também do CC, que veda ao cônjuge, sem a autorização do outro (exceto regime de separação absoluta), fazer a doação, não remuneratória, de bens que possam integrar futura meação.

<sup>352</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 476.

moralistas, que a tratam como sinônimo de positivismo jurídico.<sup>353</sup> O mesmo autor, contudo, faz um esforço para defini-la como o resultado de uma configuração jurídica cujo objetivo primordial é a previsibilidade das consequências jurídicas.<sup>354</sup>

Essa previsibilidade, como é de se notar, não pode ser absoluta, porque seria inconcebível pensar em um conjunto de normas denso o suficiente para abarcar todas as situações possíveis no mundo dos fatos com relevância jurídica, de modo que, pode-se afirmar que nem sempre se terá uma plena previsibilidade das suas consequências. Todavia, a legalidade e a constitucionalidade desempenham papel primordial no asseguramento da segurança jurídica, na medida em que é a partir de suas diretrizes que se pode controlar a atividade de interpretação e aplicação das normas, sobretudo pelo Judiciário.

É a partir desse pressuposto, do reconhecimento da imprescindibilidade da atuação legislativa no tratamento de algumas matérias é que se defende, para o tratamento da poliafetividade na qualidade de entidades familiares, a necessidade de criação, por lei, de seu respectivo instituto jurídico, com regras próprias compatíveis com sua organização peculiar, sobretudo a formação de um núcleo conjugal com mais de dois integrantes, diferentemente do atual regramento existente para as uniões estáveis e o casamento.

Sabe-se que a noção do Poder Judiciário como um protagonista na efetivação dos direitos constitucionais e da promoção da justiça e pacificação social é um crescente, sobretudo porque fundamentada na ideia de que uma de suas funções seria a de promover a concretização de valores contidos na constituição, o que embasaria a legitimidade democrática de suas decisões de caráter “ativista”. Não se discorda, no que tange ao tratamento das uniões poliafetivas, que é plenamente válido o debate moral e político em torno das razões pelas quais ainda não foi promovida a sua proteção na qualidade de entidades familiares, em especial quando se considera a origem histórica, social e antropológica da institucionalização dos modelos de entidades familiares atualmente vigentes. Contudo, não há como se esquivar da necessidade de que esse diálogo seja promovido pela sociedade como um todo, pela via do processo legislativo democrático, e não pela interpretação de um Colegiado de juízes, ainda que esses detenham a prerrogativa de aplicar e interpretar a Constituição. Mais uma vez: trata-se de efetivar sua força normativa e os limites materiais decorrentes dos direitos fundamentais à família e a igualdade, incidentes sobre a temática.

---

<sup>353</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 2 v. Coleção Professor Gilmar Mendes. p. 197.

<sup>354</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 2 v. Coleção Professor Gilmar Mendes. p. 198.

### 5.3 PROPOSIÇÕES PARA O ENFRENTAMENTO DA POLIAFETIVIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

Muito se debateu, até o presente momento, sobre equívocos cometidos na resolução de contendas envolvendo o tratamento jurídico-constitucional da poliafetividade. Cumpre, então, na qualidade de um trabalho científico que pretende contribuir de forma positiva para o debate acerca de tema tão polêmico e pouco explorado, propor um norte para o enfrentamento dos casos concretos porventura submetidos à análise do Judiciário. A não normatização dessas uniões, como visto, não pode, por força da inafastabilidade da prestação jurisdicional, ser motivação para a não apreciação judicial das demandas porventura originadas dessas formas de relacionamento (ainda que seja para concluir pela sua improcedência), que, a despeito do tratamento jurídico problemático, já existem no plano fático-social.

A partir das discussões travadas no transcurso do presente trabalho em torno da aplicação dos parâmetros de constitucionalidade para análise do enfrentamento, tanto pelo Legislativo, quanto pelo Judiciário, da poliafetividade, tem-se: (1) a impossibilidade de declaração de uma omissão inconstitucional quanto à inexistência de lei específica para regulamentar essas formas de relacionamento; (2) a possibilidade de, por meio da discricionariedade legislativa, criar-se um instituto familiar próprio correspondente às uniões poliamorosas; (3) a inadequação do reconhecimento, por meio da via interpretativa judicial, das uniões poliafetivas como entidades familiares por meio da sua equiparação ao instituto das uniões estáveis, na forma como é disciplinado pela lei civil vigente.

Resta, ainda assim, debater saídas para aplicação do ordenamento vigente aos aspectos patrimoniais e não patrimoniais dessas uniões, tais como a partilha de bens em caso de sua dissolução, direito a alimentos, a pactuação de convivência e, ainda, as repercussões da não tutela familiar da poliafetividade para os direitos ligados à filiação. As proposições a seguir, em decorrência das fronteiras da abordagem proposta, não esgotam a ampla miríade de conflitos advindos das uniões poliafetivas, no entanto, são de valia para a apreciação de casos práticos e para uma verificação da aplicabilidade das conclusões até o momento obtidas.

#### **5.3.1 Direitos entre os conviventes: liberdade contratual e regramento civil existente**

A formação de uniões poliafetivas, na qualidade de fato social, é geradora de efeitos jurídicos, sobretudo quando da sua dissolução. Deu-se conta da sua relevância nacional pelo

crescimento de registros de pactos de convivência registrados extrajudicialmente<sup>355</sup>, na tentativa de buscar alguma forma de proteção dos direitos e obrigações decorrentes dessas formas de relacionamento afetivo. Tal crescimento repercutiu no Conselho Nacional de Justiça, que, objetivando estudar com maior profundidade a possibilidade de registro da poliafetividade, recomendou às delegações cartorárias a sua suspensão temporária, até posterior orientação.

A temática é cotejada pelos limites à liberdade de contratar no campo das relações afetivas, familiares ou não, fixando os integrantes de determinado relacionamento, pactos a respeito de diversos aspectos de sua convivência, da criação e cuidado dos filhos, da guarda e da divisão de bens em eventual dissolução.

De maneira ampla, a liberdade contratual, enquanto derivada do direito fundamental à liberdade, conecta-se, no âmbito civil, à ideia de autonomia privada<sup>356</sup>, que permite aos particulares o poder de criar normas que regulamentem determinado comportamento ou atividade, por meio da eficácia negocial protegida pelo Estado<sup>357</sup>. É ressaltada para essa autonomia a necessidade de observância de normas de ordem pública, na forma de uma limitação à liberdade de manifestação da vontade dos contratantes<sup>358</sup>, além da obediência aos preceitos da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

Classicamente, a própria definição de contratar se reporta à estipulação, por meio de um negócio jurídico bilateral, de disciplina para os efeitos patrimoniais que as partes pretendem atingir<sup>359</sup>, descartando-se a possibilidade de ter ela objeto de natureza não-patrimonial, como é o caso das relações existenciais ou direitos da personalidade, a exemplo do direito à imagem. Por serem uma espécie de negócio jurídico, no entanto, há quem defenda

---

<sup>355</sup> A respeito, ver tópico 2.2.4.

<sup>356</sup> Oportuno mencionar a distinção encontrada na doutrina entre autonomia da vontade e autonomia privada, nos seguintes termos: a autonomia da vontade diz respeito a direitos negativos frente ao Estado, possibilitando aos indivíduos a realização de seus interesses sem a intervenção estatal; a autonomia privada, por sua vez, exige, além da declaração de vontade do indivíduo, a sua conformidade com o ordenamento jurídico, de modo a preencher os seus requisitos de validade impostos pela norma. BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2011, S.L. **Anais...** . S.L.: Unoesc, 2011. p. 131 - 146. p. 133.

<sup>357</sup> XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento**: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p. 105

<sup>358</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Contratos**: Teoria Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo I. p. 81.

<sup>359</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Contratos**: Teoria Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo I. p. 51.

a relativa disposição dos direitos da personalidade, ainda que sem interesses econômicos envolvidos, pela via negocial, mais ampla.<sup>360</sup>

Seguindo a linha do requisito da patrimonialidade para os contratos, para o casamento, a liberdade de pactuar aspectos patrimoniais do matrimônio já é conhecida por meio da figura do pacto antenupcial. Nesse sentido, o art. 1.639, do CC, declara ser lícito aos nubentes a estipulação, quanto aos seus bens, do que lhes aprouver. A referida norma, cominada ao art. 1.640, § único, do mesmo diploma legal, que deixa a faculdade aos cônjuges de optar por qualquer um dos regimes de bens previstos no Código, permite concluir que não apenas pode se dar a escolha de uma dessas disciplinas patrimoniais, como também seria possível a adoção de uma forma mista ou personalíssima para reger os efeitos do casamento ao seu patrimônio.<sup>361</sup> A restrição se faz presente para as hipóteses de regime de separação de bens obrigatório, contidas no art. 1.641, do CC.

No caso das uniões estáveis, o art. 1.725, CC, estabeleceu a possibilidade de contrato escrito entre os companheiros, igualmente para reger as suas relações patrimoniais, que se convencionou denominar de contrato de convivência. O mencionado pacto, além de consistir em um importante instrumento de comprovação da formação da união estável e sua duração (marco temporal), tem como principal finalidade criar, extinguir ou modificar direitos patrimoniais para os seus integrantes.<sup>362</sup> Assim como no pacto antenupcial, o contrato firmado entre os conviventes admite a escolha dos regimes de bens previstos no CC, assim como a criação de um regime próprio.

Vê-se, a respeito do conteúdo possível para ambos os contratos que regem questões pertinentes aos institutos conjugais vigentes do direito fundamental à família, não ser admissível a estipulação de cláusulas referentes a direitos não patrimoniais – da personalidade – em especial questões de ordem pública, como os direitos decorrentes da filiação, como a guarda em caso de futura dissolução.<sup>363</sup> Essa é, de certa forma, uma consequência lógica, porque não poderiam os pais dispor de um direito que pertence aos filhos, e não está ligado à pactuação de sua relação de conjugalidade.

---

<sup>360</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; Tepedino, Gustavo (Coord.). **O direito e o tempo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 414.

<sup>361</sup> CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **A mutabilidade do regime de bens no casamento**. 2006. 101 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006. Disponível em: <[https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15708/1/ERICA\\_VERÍCIA\\_DE\\_OLIVEIRA\\_CANUTO.pdf](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15708/1/ERICA_VERÍCIA_DE_OLIVEIRA_CANUTO.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2016. p. 35.

<sup>362</sup> CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 206.

<sup>363</sup> Assim o entende Cahali para os contratos de convivência das uniões estáveis. CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 222.

No que tange aos contratos de convivência relativos às uniões poliafetivas, o não enquadramento desses relacionamentos como uniões estáveis, apesar de não submeter ao regramento do CC para o casamento ou para a união estável, acima reportado, em muito se assemelha em termos de limitações quanto ao seu conteúdo. Entende-se que a esfera de liberdade de dispor a respeito dos efeitos patrimoniais – comunicação e divisão de bens, patrimônio em comum, indenização em caso de dissolução, etc. – é ampla, por se tratar, em primeiro lugar, de o exercício de um direito de resistência face ao Estado (liberdade de contratar) que, portanto, tem efeito de proibição imediata de interferência estatal e ampla área de proteção, salvo limite expresso da lei.<sup>364</sup> Em segundo lugar, justifica-se essa conclusão ao argumento de que as estipulações quanto aos efeitos econômicos dessas uniões se restringiriam aos direitos disponíveis dos envolvidos.

Pela própria natureza contratual, todavia, não poderiam os conviventes em poliafetividade disporem, em regra, a respeito de direitos da personalidade e, menos ainda, sobre questões de ordem pública, como é o caso dos direitos dos filhos havidos em decorrência da união.

A par das considerações acima, deparando-se o julgador com demanda visando à execução de um contrato firmado a partir de uma união poliafetiva, não haveria óbice à aplicação de suas disposições ao caso concreto, cabendo apenas uma análise quanto à presença dos requisitos de existência e validade exigidos pela lei civil para os contratos em geral: a manifestação da vontade livre e de boa-fé, a presença de um agente capaz para manifestá-la, um objeto idôneo, lícito, possível, determinado ou determinável e uma forma adequada. A pactuação dos conviventes em simultaneidade quanto aos efeitos patrimoniais desse enlace é salutar, nesse sentido, para promover o atendimento às expectativas e à previsibilidade dessas relações para os seus próprios integrantes e para terceiros, diante do cenário de inexistência de uma regulamentação própria que estabeleça quais seriam esses efeitos em caso de inexistência de um contrato de convivência firmado.

É justamente essa a problemática mais evidente do enfretamento pelo Judiciário dos conflitos gerados a partir das relações de poliamor. A falta de um regramento específico que preveja direitos e obrigações das pessoas que assim se relacionam, deixa à mercê das técnicas de integração do ordenamento jurídico uma resposta para os resultados patrimoniais dessas formas de convivência. Como visto, a jurisprudência, não raro, tem indicado a aplicação da disciplina civil das sociedades de fato (sociedades em comum) para a divisão do patrimônio

---

<sup>364</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

amealhado. Assim o dispõe o verbete sumular do STF, nº 380, segundo o qual: “comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

O tratamento da sociedade de fato pelo CC, dá-se no capítulo da sociedade em comum (capítulo I), que é um tipo de sociedade não personificada, pela falta da inscrição de seus atos constitutivos. Como toda sociedade, forma-se no mister do exercício de uma atividade econômica e a partilha de seus resultados, conforme dispõe o art. 981 daquele diploma legal. Quando da sua dissolução, é feita a liquidação nos termos do art. 1.102 e seguintes que, centralmente, visa à apuração do passivo e partilha do remanescente entre os sócios, na medida de sua participação.

Como é de se notar, há uma absoluta incompatibilidade em se enquadrar juridicamente as relações poliafetivas como sociedades de fato por lhes faltar o elemento acima mencionado, qual seja, o objetivo de se exercer uma atividade econômica. Poder-se-ia cogitar, no entanto, da aplicação analógica de seu regramento pertinente à dissolução, liquidação e partilha de bens amealhados durante a convivência como forma de assegurar que aqueles que participaram da aquisição de determinado patrimônio recebessem dele a parte proporcional ao esforço despendido.

Por não serem regulamentadas na forma de entidades familiares, as uniões poliafetivas não gozam da presunção de participação na construção do patrimônio da entidade conjugal, como acontece para o regime de bens comum (comunhão parcial) previsto para o casamento e a união estável. Tem-se, como consequência, que, no processo de eventual dissolução da convivência, o sucesso de eventual demanda acerca da divisão dos bens dependerá da comprovação de participação na sua aquisição. Sob tal perspectiva, a apresentação de provas nesse sentido, no curso da ação, tornaria desnecessária a aplicação do regramento pertinente às sociedades em comum, porquanto o pagamento da indenização correspondente ao convivente se fundamentaria no campo obrigacional, de modo a evitar o enriquecimento sem causa daquele na posse ou propriedade do bem reclamado.

Como cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, os art. 884 e seguintes, do CC, preveem que aquele que se se enriquecer às custas de outrem sem justa causa (ou se ela deixou de existir) fica obrigado a restituir o indevidamente auferido, com a respectiva atualização monetária. Segundo Gomes, essa é uma figura que constitui uma fonte autônoma de obrigações. Não deriva da lei ou da vontade do enriquecido a consequente

obrigação de restituir, e sim do locupletamento injusto.<sup>365</sup> Diz-se injusto porque não se perfilha em nenhuma causa reconhecida pelo ordenamento jurídico como apta a sustentar a retenção do obtido, o que, porém, não pode ser confundido como provocado por uma conduta ilícita. Não há necessidade de verificação de culpa do enriquecido, de conduta da pessoa que vem a exigir a restituição ou de terceiro, podendo derivar até mesmo de um acontecimento natural.<sup>366</sup> Tem plena aplicabilidade, portanto, à hipótese de um dos conviventes em poliafetividade ter contribuído para aquisição de determinado bem ou patrimônio e, quando da dissolução da respectiva união, exigir a parte que lhe corresponde, por não haver causa juridicamente aceita que sustente o acréscimo patrimonial experienciado pelo enriquecido.

Questão mais complexa diz respeito aos direitos sucessórios dos integrantes das uniões poliafetivas. Isso porque se trata de discussão em torno de uma regulamentação que tem como parâmetro de controle de constitucionalidade principal os direitos fundamentais à propriedade e à herança em sua relação de conformação pelo legislador ordinário, escapando, portanto, às fronteiras delimitadas na dissertação. Convém, no entanto, tecer breves considerações ao seu respeito. Assemelha-se a garantia constitucional da propriedade ao direito fundamental à família, na medida em que se caracteriza como um direito de marca normativa, dependente da atuação do legislador, seja para definir o seu conteúdo, seja para limitá-lo. No que diz respeito ao direito de transmissão do patrimônio após a morte e, correlatamente, o direito de herdar tal patrimônio, a lógica é a mesma, tendo o Poder Legislativo ampla discricionariedade para conformação das regras dessa forma de transferência de propriedade.<sup>367</sup>

O CC, regulamentando a sucessão em geral, previu duas formas principais de transmissão da propriedade *post mortem* (art. 1.784): pela herança legítima, conferida a um rol de pessoas específico, e por meio de ato de vontade (testamento ou legado), a qualquer pessoa, ressalvadas aquelas, por lei, excluídas da sucessão (art. 1.815). Dentre os herdeiros necessários, o Código Civil incluiu cônjuges, descendentes, ascendentes e o companheiro<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 297

<sup>366</sup> KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. 207 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 73.

<sup>367</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 327.

<sup>368</sup> Atualmente, o STF aprecia, por meio do RE nº 878694, a constitucionalidade do art. 1.790, do CC, que estabelece tratamento diferenciado ao companheiro, para fins sucessórios, em relação ao cônjuge. Pendente de encerramento o julgamento após pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, já são contabilizados sete votos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em questão pela violação ao “princípio” da igualdade, dentre outros fundamentos. BRASIL. STF. **Suspensão julgamento sobre tratamento diferenciado a**

Tanto a figura do cônjuge, quanto a do companheiro se referem, como é de se notar, aos estados civis referentes ao casamento e à união estável, não havendo, portanto, a possibilidade de equiparação às outras formas de convivência sem que haja o reconhecimento estatal de sua qualidade de entidade familiar. Sob tal perspectiva, em uma análise preliminar do tema, não seria possível que o convivente em poliafetividade exigir o direito à herança por meio da sucessão legítima em relação ao outro convivente falecido.

Não haveria óbice, por outro lado, à garantia da transmissão da propriedade em caso de disposição testamentária que deixasse aos integrantes sobreviventes da relação de poliamor os bens não afetados pela legítima, nos termos do art. 1.857, §1º, do CC. Entende-se que, apesar de o art. 1.801, III, do CC, – cuja constitucionalidade pode ser questionada tendo como parâmetro o direito fundamental à liberdade – vedar ao concubino a qualidade de herdeiro ou legatário, essa não é uma proibição que afeta, necessariamente, os conviventes das uniões poliafetivas, pois, não há uma correlação pré-estabelecida entre o concubinato e o poliamorismo. Partindo-se, portanto, da presunção que gozam as normas jurídicas vigentes, tendo em conta que o art. 1.801, III, do CC, ainda não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, a sua aplicação não teria o condão de afastar direitos testamentários dos integrantes das uniões poliafetivas que não se enquadrassem dentro do conceito legal de concubino previsto no art. 1.727, do CC.

Outra questão periférica, também de grau elevado de dificuldade, envolvendo a poliafetividade é a do recebimento, no Regime Geral de Previdência Social, de pensão por morte pelos conviventes. Trata-se de fonte geradora, inclusive, de grande parte das demandas judiciais sobre simultaneidade familiar. Novamente, a problemática gira em torno da não existência de um instituto próprio para as uniões poliafetivas. Isso porque a Lei nº 8.213/91, que normatiza os planos de benefícios do RGPS, classifica como beneficiários desse sistema, na condição de dependentes, além do cônjuge, os companheiros (art. 16, I), juntamente com outros graus de parentesco do segurado. Combinado com o art. 74, da mesma lei, tem-se que o benefício da pensão por morte apenas pode ser conferido àquelas pessoas classificadas legalmente como dependentes.

Consiste tal disposição infraconstitucional o cumprimento de uma ordem de fazer emanada pela Constituição, no art. 201, V, o qual prevê a instituição da pensão por morte, no RGPS, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, tudo nos termos da lei. Na qualidade de

um direito de previsão constitucional autônomo<sup>369</sup>, novamente, impende destacar a necessidade de um maior aprofundamento da análise desse parâmetro e a sua compatibilidade o ato estatal que o regulamenta, o que extrapola os limites dessa dissertação.

A título geral, porém, assim como foi feita a leitura para as disposições do CC no tocante aos direitos sucessórios, compreende-se a que dicção do art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, quando se refere aos “companheiros”, restringe-se apenas às pessoas integrantes de uniões estáveis, na forma disciplinada constitucionalmente e conformada pela legislação ordinária. Assim o diz a literalidade do parágrafo segundo do dispositivo em comento ao definir como companheiro, para fins previdenciários, a pessoa que “sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou a segurada, de acordo com o §3º do art. 226 da Constituição Federal”. A referida previsão da lei ordinária, resta claro pelo simples comparativo entre as duas normas, apenas repete a ordem do constituinte, não havendo sequer limitação ao direito fundamental em tela a ser examinado.

A ampliação do rol de beneficiários, ao que tudo indica, para eventual estado civil pertinente à poliafetividade seria possível, até por uma forma de se evitar tratamento discriminatório. Porém, enquanto não enquadradas, legalmente, como família tais uniões, não haveria como se inserir, pela via interpretativa, dentro do conceito de companheiro os conviventes de uniões incapazes de caracterizar as uniões estáveis, da forma como disciplinada no CC. Permanece aberta, no entanto, para esses conviventes, a possibilidade de se resguardar a proteção dos demais integrantes das uniões de poliamor *post mortem* por meio da Previdência Privada, não havendo, nesse ponto, limites à liberdade de contratar, até porque, nessa circunstância, tratar-se-ia da disposição do próprio patrimônio do *de cuius*, o que, por óbvio, não se aplica ao RGPS, em que os benefícios previdenciários não configuram patrimônio do beneficiário, não estando, portanto à sua disposição.

O último ponto adjacente à tutela estatal das uniões poliafetivas, a ser tratado nessa dissertação, refere-se à existência ou não de obrigação alimentícia entre os seus conviventes, quando da sua dissolução. Para a doutrina civil-constitucional, a compreensão da prestação de alimentos de uma entidade familiar deve se funda no chamado princípio da solidariedade familiar, derivado da própria solidariedade social.<sup>370</sup> Encontra-se, ainda, a distinção entre a obrigação alimentar e o dever alimentar, sendo aquele fundado no poder familiar, imposto de

---

<sup>369</sup> HUPSEL, Edite Mesquita. Pensão por morte na Constituição Federal - Finalidade do benefício - da presunção de dependência. **Rede - Revista Eletrônica de Direito de Estado**, Salvador, v. 1, n. 33, p.1-16, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-EDITE-HUPSEL.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016. p. 3.

<sup>370</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 672.

maneira irrestrita aos pais e este uma obrigação recíproca entre cônjuges ou companheiros e demais parentes que exprime a solidariedade entre eles.<sup>371</sup>

De fato, a separação entre a relação do dever de sustento estabelecido entre pais e filhos e a obrigação alimentar imposta pela lei aos integrantes de relações conjugais é oportuna, eis que somente em relação à primeira, a Constituição expressamente garantiu o direito dos filhos menores de serem assistidos, criados e educados pelos seus pais (art. 229). Trata-se de um dever de cuidado, constitucionalmente imposto que, naturalmente, engloba o fornecimento de condições materiais mínimas pelos seus genitores às crianças e adolescentes. Diferentemente, a criação de um dever de prestação alimentícia entre cônjuges e companheiros se deu por lei, baseada na ideia da solidariedade familiar, corretamente. A norma em comento (art. 1.694 ss., do CC) fixou o dever – e paralelamente – um direito àqueles cujo estado civil correspondesse, respectivamente, ao casamento ou à união estável. Diante da não previsão normativa ordinária em torno da poliafetividade, deixou de fazê-lo, de modo que, sem que haja o respaldo para a imposição de uma obrigação aos indivíduos em sua liberdade, entende-se não haver como criar tal regra em relação aos conviventes em poliafetividade sem a intermediação do Poder Legislativo, instância competente para tanto.

Todas as dificuldades acima, enfrentadas pela falta de previsão legal dessas formas de convivência, relevam a necessidade de se debater a temática no Congresso Nacional, no mister de dar um tratamento adequado às uniões poliafetivas. Enquanto isso não acontece, porém, não há como ultrapassar as limitações materiais do ordenamento vigente, ainda que, sob o pálio de uma ideia de justiça social, o ímpeto do aplicador do direito seja o de buscar, no caso concreto, a flexibilização de algumas regras ou até mesmo a criação delas.

### 5.3.2 Direitos entre pais e filhos nas relações poliafetivas

Um dos argumentos utilizados pelo Ministro Ayres Britto, no julgamento do RE nº 397762<sup>372</sup>, para a tutela das uniões poliafetivas na qualidade de uniões estáveis, consistiu na necessidade de proteção dos filhos advindos dessas relações. O capítulo da CRFB (VII), que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso<sup>373</sup>, é lido pelo mencionado

---

<sup>371</sup> GOMES, Orlando *Apud* ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 694.

<sup>372</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397762, Primeira Turma, Voto-vista. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 11 set. 2008. p. 11-22.

<sup>373</sup> A nomenclatura atual, citada no texto, é resultado da Emenda Constitucional nº 65/2010, portanto, posterior ao julgamento do recurso extraordinário em questão, razão pela qual é mencionado, no voto-vista, a redação

juiz como representando um conjunto integrado de proteção estatal, em que uma das tutelas estaria intrinsecamente ligada à outra. Extrai-se do voto que a visão da família enquanto espaço de convivência humana estaria, nessa linha, conectada à proteção dos filhos, de modo que negar para certos tipos de enlaces – *in casu*, as uniões simultâneas – o enquadramento de entidades familiares comprometeria a tutela dos direitos de filiação.

A respeito das relações estabelecidas entre pais e filhos, a CRFB, além de prever o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar diversos direitos às crianças, aos jovens e aos adolescentes, inclusive o da convivência familiar, inovou em relação às Constituições anteriores por conter norma expressa (art. 227, §6º) de vedação ao tratamento discriminatório relativo à filiação pela origem (frutos do casamento ou não, ou mesmo da adoção). Trata-se, como é de se notar, de uma garantia fundamental específica, derivada do direito geral de vedação à não-discriminação, que diz respeito aos direitos entre filhos.

Lobo explica que, historicamente, a diferença de tratamento se dava pela classificação entre filhos legítimos e ilegítimos, sendo a legitimidade associada à relação biológica da prole advinda do matrimônio; porém, o *discrimen* sucumbiu à normatividade da CRFB que, abrigou “generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre o outro”<sup>374</sup>.

Na qualidade de um direito fundamental concedido aos filhos, outra importante repercussão da norma constitucional acima citada é o de se reconhecer que o estado de filiação e os direitos dele advindos independem do vínculo conjugal estabelecido entre os pais ou do reconhecimento entre eles de algum estado civil, operando-se o que Rosvald e Farias denominam de “ruptura entre a proteção dos filhos e o tipo de relacionamento vivenciado pelos pais”<sup>375</sup>. Assim o corrobora o conceito desenvolvido pela doutrina específica (civilista) acerca da filiação, que a define como a relação de parentesco firmada entre pais e filhos, que, sob a perspectiva dos pais consiste na maternidade ou na paternidade<sup>376</sup> ou, simplesmente, de parentalidade.

Conformando o direito à filiação, o CC previu formas de constituição desse vínculo – um sistema de presunção para os filhos concebidos na constância da convivência conjugal (art. 1.597 ss., do CC), além do vínculo biológico em si. O ECA disciplinou a adoção como

---

anterior do capítulo VII da Constituição: “da família, da criança, do adolescente e do idoso”. Para a presente análise, no entanto, a mudança tem pouca relevância.

<sup>374</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **CEJ**, Brasília, v. 1, n. 27, p.47-56, dez. 2004. p. 48.

<sup>375</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 542.

<sup>376</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 445.

forma de atribuir a condição de filho ao adotado, nos termos do art. 39 e ss. Há, ainda, forte movimento doutrinário que defende a socioafetividade como outro caractere hábil a gerar o vínculo entre pais e filhos<sup>377</sup>, cujo fundamento legal é extraído do art. 1.593, do CC, que estabelece a formação vínculo de parentesco não apenas advindo da consanguinidade, mas também de “outra origem”, abertura que permite ao intérprete a investigação do sentido das origens mencionadas na norma, a partir da leitura sistemática do Código. A socioafetividade à qual se faz referência diz respeito à titularidade de estado de filho, o que corresponderia à coexistência de três caracteres: o fato de a pessoa usar o sobrenome do pai (*nominatio*); o tratamento na qualidade de filho (*tractatus*) e a constância no reconhecimento dessa condição pelas pessoas ao seu redor (*reputatio*)<sup>378</sup>. A jurisprudência atual do STF, vale-se salientar, reconhece a formação da filiação a partir da socioafetividade<sup>379</sup>

Sem pormenorizar quais requisitos são necessários à configuração da paternidade jurídica, certo é que o direito de filiação é, em primeiro lugar, pertencente aos filhos, no estabelecimento de uma relação com seus pais, independentemente do relacionamento desses últimos ser hábil a ganhar contornos de instituição jurídica do direito fundamental à família. O mandamento constitucional de reconhecimento dos direitos e qualificações inerentes à filiação, sem estar ela condicionada a existência de um matrimônio anterior entre os pais é, pois, um direito de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem.<sup>380</sup> Nesse mesmo sentido é a interpretação da Lei Fundamental Alemã por Pieroth e Schlink que, em termos similares, afirmam que o relacionamento entre pais e filhos não está atrelado a serem ou não os pais casados entre si, à geração da prole ser homóloga ou heteróloga, ao fato de serem menores ou maiores de idade, a terem sido originados de uma relação monogâmica ou poligâmica, ou mesmo à formação do vínculo ter se dado por meio da adoção ou da tutela.<sup>381</sup>

Daí porque se entende ser inadequada a utilização da defesa de direitos da criança e do adolescente à convivência familiar como um argumento jurídico-dogmático a embasar a proteção das uniões simultâneas na qualidade de uniões estáveis, como feito no voto-vista do

---

<sup>377</sup> BELTRÃO, Taciana Cahu. (Re) pensando a filiação: uma contribuição do pragmatismo ao direito civil. **Revista Gênero e Direito**, S.L., n. 1, p.111-126, dez. 2013. p. 9.

<sup>378</sup> TORRES, Claudia Vechi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. p. 136.

<sup>379</sup> O *leading case* acerca da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica foi o RE nº 692186, de Relatoria do Ministro Luiz Fux. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 692186. Relator: Luiz Fux. **DJe**. Brasília, 21 fev. 2013.

<sup>380</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. **CEJ**, Brasília, v. 1, n. 27, p.47-56, dez. 2004. p. 51.

<sup>381</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 237.

Ministro Ayres Britto, inicialmente citado. Os direitos ligados à filiação, sejam eles patrimoniais, de cuidado e assistência pertinentes à situação de filhos gerados dessa união não são afetados pela inexistência da tutela jurídica de conjugalidade experienciada pelos seus pais, eis que, como constatado, decorrem eles de uma relação estabelecida entre pais e filhos, independentemente da existência de um enlace conjugal entre seus genitores.

Para filhos oriundos das relações de poliafetividade, os vínculos de filiação gerados entre eles e seus pais podem ser reconhecidos a partir da filiação biológica, da adoção ou mesmo pelos laços de convivência socioafetiva, a depender da situação *in concreto*, devendo ser assegurados judicialmente todos os direitos dessa relação: registrais, alimentícios, de convivência, guarda assistência, além dos sucessórios. O exame pelo julgador deverá se dar de forma individualizada para cada um dos vínculos genitor-filho, levando-se sempre em consideração que as questões acima devem ter como referencial a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme determina o art. 227, *caput*, da CRFB, firmando-o como absoluta prioridade de proteção estatal.

Em todos os casos, independentemente da origem, a filiação dependerá de um ato estatal – seja de registro, pelo reconhecimento do pai/mãe, seja pela confirmação judicial de que presente a ligação firmada pelo vínculo biológico, adotivo ou socioafetivo<sup>382</sup>.

Talvez o aspecto mais polêmico decorrente dos direitos de filiação com ligação aos filhos oriundos das relações de poliamor diga respeito à multiparentalidade, isto é, da possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai ou mais de uma mãe, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles a um só tempo.<sup>383</sup> Isso porque, na dinâmica da poliafetividade, seria possível cogitar da formação, além do vínculo biológico da filiação, de laços afetivos entre filhos e os conviventes de seus genitores.

Os defensores da multiparentalidade assentam a sua tese na guarida constitucional do afeto nas relações familiares (princípio da afetividade), na medida em que a admitir juridicamente possível seria evitar o desfazimento dos elos de afeto em prol da imposição da filiação com base no critério biológico, permitindo, assim, a sua cumulação; e, ainda, na busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente.<sup>384</sup> Há, ainda, quem advogue posição contrária à admissão da multiparentalidade, enunciando a complexidade de suas

---

<sup>382</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco. p. 237.

<sup>383</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 598.

<sup>384</sup> CAVALCANTI, André Cleofas Uchôa. **Família, dignidade e afeto: possibilidades e limites jurídicos para o estabelecimento de múltiplos laços parentais**. 2007. 225 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/7574/1/Marcos.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016. p. 193.

consequências, mais especificamente quanto à multi-hereditariedade, isto é, a possibilidade de se reclamar as heranças de todos os pais e mães assim reconhecidos<sup>385</sup> – judicial ou extrajudicialmente e de, por conseguinte, se estimular a busca por vínculos de filiação apenas com vistas a futuro direito sucessório dele advindo.

Constando-se a fragilidade dos pontos favoráveis e contrários levantados<sup>386</sup>, entende-se que a questão central que permeia a multiparentalidade está, primeiramente, na investigação quanto à existência ou não de normas no ordenamento que autorizem o reconhecimento da formação de vínculo de filiação/parentalidade entre pessoas (pais e filhos) a partir dos laços somente de afetividade. O teor do supramencionado art. 1.593, do CC, embora diga respeito a uma condição mais ampla – a do parentesco – por sua baixa densidade normativa, confere maior margem interpretativa na investigação acerca de quais origens podem ser consideradas como hábeis a formação dos vínculos de parentesco, dentre os quais se inclui o de filiação entre ascendente/descendente (art. 1.591, CC). Quando comparado tal dispositivo ao sistema maior de proteção à criação e ao adolescente em que se insere, abrangendo não apenas o CC, mas também o ECA, nota-se a convergência de outras normas, a exemplo do art. 19, do ECA, que prevê o direito do menor à convivência familiar e do art. 25, § único, do ECA, que valoriza os laços de afetividade formados dentro da convivência da criança ou do adolescente na caracterização da família extensa.

Mostra-se possível, então, que se extraia da interpretação em conjunto desses dispositivos, a possibilidade de reconhecimento de outras origens, além da consanguinidade, na formação da filiação/parentalidade, fundamentada, especificamente no caso da socioafetividade, nos laços de afeto e de convivência constituídos entre pai e filho.

Não apenas isso, a multiparentalidade esbarra em uma análise mais complexa, que diz respeito à negativa do reconhecimento pelo Estado de eventual direito de filiação/parentalidade a um indivíduo com fundamento na impossibilidade de coexistência entre uma filiação biológica e outra socioafetiva. O referido ato estatal deveria ter a sua compatibilidade constitucional investigada, tomando-se como parâmetro constitucional o direito fundamental à igualdade, tendo em vista suposto tratamento discriminatório

---

<sup>385</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v. p. 599.

<sup>386</sup> O ponto levantado quanto à existência de uma multi-hereditariedade parece frágil sob o ponto de vista de já ser plenamente possível, pela lei civil que regulamenta os direitos sucessórios, não apenas o recebimento da legítima de ambos os genitores, mas também de herança testamentária de pessoas não ligadas por relações de filiação. No caso de heranças advindas do reconhecimento de múltiplos vínculos de filiação, é importante refletir que essa somente se daria por meio de um ato de vontade do pai em relação ao filho ou pela intermediação de um procedimento judicial, no qual a presença da socioafetividade deve ser averiguada.

promovido aos pais e filhos em situação de concomitância de vínculos de filiação àqueles apenas com um deles.

Contudo, os julgados nacionais que reconhecerem admitiram a concomitância de múltiplos vínculos de parentalidade<sup>387</sup> fundamentam-se em outros argumentos, notadamente na impossibilidade de fazer prevalecer uma ou outra origem da paternidade<sup>388</sup>, na necessidade de que os registros públicos assentem os fatos como realmente são no mundo real<sup>389</sup> e na proteção do melhor interesse da criança<sup>390</sup>, não abordado de maneira mais específica a relação entre a proibição da multiparentalidade e o direito fundamental à igualdade, em seus contornos normativos específicos.

No direito comparado, pode-se encontrar maior pertinência em caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão<sup>391</sup>, em que a Corte concluiu que o § 9 VII LParG (Lei de Uniões Vitais Registradas), que vedava a adoção sucessiva (adoção de um filho adotado do parceiro em união registrada pelo outro parceiro), promovia tratamento discriminatório de filho adotivo de um parceiro em uma união registrada em face de filhos adotivos de casados e de filhos biológicos de um parceiro em união registrada<sup>392</sup>. O raciocínio aplicado no *decisum*, trazido à baila para a problemática da multiparentalidade, revela também não ser possível, em tese, a sua vedação por ato estatal, por não se encontrarem, em uma análise perfunctória, justificativas para o *discrimen* entre os filhos com laços apenas biológicos ou apenas socioafetivos firmados entre eles e seus pais e aqueles que possuem os dois, em relação a pais diferentes. Em verdade, não apenas o art. 227, §6º, da CRFB, proíbe quaisquer designações discriminatórias em relação à filiação, como também institui como dever de o Estado assegurar, dentre outros, a convivência familiar à criança, ao adolescente e ao jovem. Em razão das limitações do próprio objeto da pesquisa ora proposta, não se mostra razoável maior aprofundamento quanto à questão da constitucionalidade da admissão da multiparentalidade.

---

<sup>387</sup> Já se encontram decisões judiciais favoráveis à multiparentalidade. Nesse sentido: DISTRITO FEDERAL. TJDF. Apelação Cível nº 20130610055492. Relator: Desembargador Flavio Rostirola. **DJe**. Brasília, 16 fev. 2016.

<sup>388</sup> DISTRITO FEDERAL. TJDF. Apelação Cível nº 20130610055492. Relator: Desembargador Flavio Rostirola. **DJe**. Brasília, 16 fev. 2016.

<sup>389</sup> SANTA CATARINA. TJSC. Apelação Cível nº 2016.015701-6. Relator: Desembargadora Denise Volpato. **DJe**. Florianópolis, 19 abr. 2016.

<sup>390</sup> RORAIMA. TJRR. Apelação Cível nº 0010119011251. Relator: Desembargadora Elaine Cristina Bianchi. **DJe**. Boa Vista, 29 maio 2014.

<sup>391</sup> BVerfGE 133, 59 (*Sukzessivadoption*).

<sup>392</sup> MARTINS, Leonardo. Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Kas Konrad Adenauer Stiftung, 2016. 1 v. P. 267-268.

Para a questão da situação jurídica das uniões poliafetivas e sua repercussão para os direitos relativos aos filhos decorrentes desses arranjos, no entanto, permanece clara a conclusão mais importante, a de que a não previsão normativa de um estado civil para seus pais não afeta os direitos decorrentes dos vínculos de filiação reconhecidos.

## 6 CONCLUSÃO

A família é uma manifestação, ao mesmo tempo, social e jurídica. Como duas faces de uma mesma moeda, não podem elas serem apartadas, mas também não se igualam. Compreendê-la em sua inteireza pressupõe, então, um estudo que, não desconsiderando os aspectos históricos e sociais que a originam, também seja capaz de separar os elementos que conferem as entidades familiares sua *roupagem jurídica*.

Na qualidade de integrante de uma realidade social, é natural que a construção de um conceito de família parta de valores e pressupostos universalizantes, em que se verifica a exclusão de formas de convivência “marginais” em relação àquilo definido pela maioria como normal ou legítimo. No Brasil, a existência de um pressuposto universalizante de entidade familiar a partir da comunidade nuclear, matrimonial, composta por homem, mulher e filhos, tem uma explicação histórica. Advém da influência do direito romano e, mais acentuadamente canônico, adotado por Portugal e, conseqüentemente, transmitido para a colônia brasileira. Foi por meio do Conselho de Trento que o casamento se tornou um sacramento e, portanto, a forma legítima de família, tendo sido fixada sua natureza heterossexual e monogâmica. As disposições do Conselho de Trento se tornaram norma, por meio dos decretos que dele se originaram, e foram absorvidos pelo Estado português que, em matéria de direito das famílias, deixava a cargo do direito canônico sua regulamentação. A *terra brasilis* seguiu o mesmo caminho, até a rígida separação entre Estado e Igreja, em 1891, que, embora tenha transformado a instituição jurídica do casamento em unicamente civil, incorporou nele (o casamento “civil”) a maioria das características e impedimentos previstos na lei religiosa anterior. Dessa forma, consolidou-se o processo de institucionalização das disposições religiosas no direito de família pátrio.

A CRFB, em certa medida, rompeu com a lógica da família legítima restrita ao casamento quando previu, também na qualidade de entidade familiar, a união estável e a família monoparental. O texto constitucional expresso, contudo, passou a ser questionado em sua literalidade, quando, em decorrência do movimento de busca pela aceitação de outras formas de convivência, com destaque para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, passou-se a se buscar a inclusão desses “novos” arranjos no conceito de família da Constituição. A poliafetividade é um dos “novéis” relacionamentos afetivos que buscam a tutela estatal, na qualidade de família. Pela sua contemporaneidade, ainda carecem de estudos específicos, capazes de traçar de forma mais completa as suas características e evitar a confusão com os

conceitos correlatos, a exemplo da poligamia (casamento entre mais de duas pessoas), a simultaneidade familiar e as uniões putativas. Em verdade, apesar da variedade de formas de configuração que o poliamorismo pode adotar, foi caracterizado como uma modalidade de convivência entre mais de dois indivíduos, em que há o consenso entre seus integrantes.

Sob o viés jurídico da análise proposta, foi adotada a teoria liberal dos direitos fundamentais, ponto em que se diferencia o trabalho da majoritária doutrina especializada, que examina a compatibilidade da poliafetividade com a Constituição a partir da aplicação de princípios constitucionais. Ao revés, sob a ótica da teoria perfilhada, são considerados os direitos fundamentais existentes na ordem constitucional como direitos subjetivos dos indivíduos em face do Estado, devendo qualquer ato estatal ter investigada a sua idoneidade correspondente a um limite constitucional desses direitos e a justificação constitucional de sua específica imposição (teoria da intervenção e limites à intervenção).

O primeiro passo dado em torno da problemática da constitucionalidade do poliamor foi o de identificar quais os direitos fundamentais poderiam ser elencados como parâmetros de controle dos seguintes atos estatais: a omissão na regulamentação de um instituto próprio para esses arranjos e a possibilidade de criação, por lei, da poliafetividade como uma forma de família. O direito fundamental à família, não obstante tenha surgido como opção lógica – em face da indiscutível ligação entre os relacionamentos poliafetivos e a discussão em torno do seu reconhecimento como família – implicava questões prévias de maior complexidade. Primeiro, o seu enquadramento como garantia fundamental, abordagem pouco comum para essa norma constitucional, tendo sido demonstrado que, seja pelo critério formal, seja pelo material, trata-se de um direito desse jaez. Logo em seguida, passou-se ao exame dos contornos particulares dessa garantia: na qualidade de garantia de organização, o direito à família tutela uma instituição privada, de natureza eminentemente normativa (depende de conformação pelo legislador ordinário), mas, simultaneamente, tem a função de direito de resistência, pois protege a liberdade de constituição da família dos indivíduos frente a diversas intervenções perpetradas pelo Estado.

Foram destacadas a necessidade de separação do direito fundamental à família e seus institutos concretizadores (casamento, união estável e família monoparental), expressamente previstos, além da inexistência, na ordem constitucional pátria, de um direito fundamental ao casamento e à união estável. Discutiuiu-se, ainda, que a literalidade do art. 226, da CRFB, não deve ser interpretada no sentido de haver uma hierarquia entre tais institutos. Acerca da relação de concorrência entre o direito fundamental à família e o princípio da dignidade humana, constatou-se ser ela apenas aparente, sobretudo em razão da relação *sui generis*

estabelecida entre as garantias constitucionais em geral e o princípio estrutural-fundante da dignidade humana. O mesmo foi concluído quanto à interação entre os direitos fundamentais à família e à liberdade, tendo-se em conta a função de resistência inerente ao primeiro.

Quanto à igualdade, todavia, apesar da área de intersecção entre a garantia da família e aquele direito fundamental, por haver nele certas especificidades, optou-se por tratá-los como concorrentes. O estudo quanto aos contornos do direito fundamental à igualdade revelou seu consectário da não discriminação, além da possibilidade das discriminações positivas, isto é, de medidas de diferenciação destinadas a reduzir ou eliminar desigualdades fáticas, geralmente voltadas às minorias. Observou-se não se inserir a questão da regulamentação própria para as uniões poliafetivas na discussão em torno das discriminações positivas, por não se tratar, propriamente, de uma diferenciação no sentido que as caracteriza. O mesmo não se verificou em relação à omissão estatal e ao tratamento discriminatório, ponto em que se concluiu, em primeiro lugar, pela necessidade de existência de um dever – constitucionalmente imposto – ao Legislativo, para que seja qualificada como inconstitucional uma omissão; e, além disso, em se tratando da relação da referida omissão com o direito fundamental à igualdade, pontuou-se ser ela violadora da garantia em questão apenas quando a não inclusão de pessoa ou determinado grupo de pessoas na lei que concede uma benesse promover um tratamento discriminatório.

No segundo passo tomado na investigação proposta, dividiu-se os dois atos estatais sob exame de maneira a sistematizar o raciocínio. Quanto à omissão na regulamentação de um instituto próprio das uniões poliafetivas – partindo-se do pressuposto de que há, de fato, um ato omissivo do Legislativo, e não uma proibição contida no art. 1.727, do CC, e no art. 235, do CP – conclui-se que: (1) em razão da inexistência de uma ordem de fazer expressa do constituinte, direcionada ao legislador, para conformação da poliafetividade, não se pode dizer inconstitucional a atual inexistência de sua normatização no plano infraconstitucional; (2) a omissão não é violadora do direito fundamental à família, em sua função de resistência, pois não proíbe a convivência dentro dos moldes poliamoristas e, ainda que se alegue a necessidade de promoção de meios materiais para o exercício da liberdade, não deriva de uma obrigação legislativa, e sim de uma discricionariedade; (3) a omissão não é violadora do direito fundamental à igualdade porque, de um lado, não caracteriza a não previsão das uniões poliafetivas dentro da regulamentação dos institutos familiares vigentes um tratamento discriminatório frente a uma norma benéfica e, do outro, ainda que se considerasse os impactos sociais (reconhecimento social) promovido por tal regulamentação, novamente, há

necessidade de obediência aos limites constitucionais materiais, ante a inexistência da ordem de fazer ao Legislativo.

Por sua vez, no que tange à hipotética normatização das uniões poliafetivas na qualidade de entidades familiares, conclui-se que: (1) a inexistência de disposição literal no art. 226, da CRFB, quanto à poliafetividade não representa um silêncio eloquente ou um imperativo deôntico que proíba a ampliação do direito fundamental à família pelo legislador ordinário para além dos institutos ali previstos; (2) a monogamia, não obstante possa ser identificada a partir de certas regras do casamento e da união estável, não pode ser elevada à categoria de limite constitucional à atuação do Poder Legislativo na criação de institutos do direito fundamental à família; (3) a teoria da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais não tem aplicação à ordem constitucional brasileira, mais especificamente quanto ao direito fundamental à família, não está ele vinculado a um conteúdo tradicionalista, podendo ser expandido sem prejuízo de isso significar a sua extinção ou desnaturação; (4) a ampliação dos institutos do direito fundamental à família não implicaria uma usurpação da competência do constituinte, eis que a amplitude do termo família permite a sua porosidade às reformas infraconstitucionais, respeitados os limites de limites constitucionalmente impostos.

No último capítulo se tratou do enfrentamento da temática da poliafetividade pelos tribunais brasileiros. A problemática foi apresentada a partir da impossibilidade de o Poder Judiciário deixar apreciar demandas (*non liquet*) envolvendo conflitos decorrentes das formações desses arranjos afetivos. Foram citados diversos julgados, selecionados dentre os Tribunais de segunda instância e Superiores, a partir de 2008, por amostragem; e apresentados os principais fundamentos encontrados nas decisões contrárias e favoráveis ao reconhecimento das uniões poliafetivas como entidades familiares. Constatou-se que, na expressiva maioria das demandas, a não monogamia foi enfrentada a partir da simultaneidade familiar, cuja área de intersecção com o poliamor justificou a sua utilização, no mister de identificar o tratamento do Poder Judiciário acerca dessas formas de convivência. As pretensões encontradas diziam respeito, sobretudo, a direitos derivados da sua equiparação às uniões estáveis, a exemplo do recebimento de pensão *post mortem*, divisão de bens e pensão alimentícia.

Os argumentos contrários a esse reconhecimento se centravam na previsão legal de exclusividade de relacionamento e do dever de lealdade para as uniões estáveis, além da leitura da monogamia como um princípio estruturante das famílias em geral. Por sua vez, os argumentos favoráveis se baseavam na aplicação de princípios constitucionais como da dignidade humana, igualdade, liberdade e afetividade, de modo a flexibilizar as regras do CC

para as uniões estáveis e ampliar o conceito constitucional para esse instituto. Algumas dessas decisões, como consequência da equiparação das uniões poliafetivas às uniões estáveis, determinaram, por exemplo, a divisão do patrimônio amealhado durante a convivência em três partes, assim como se deu com o rateio da pensão *post mortem*.

A partir de um exame crítico dos fundamentos encontrados, percebeu-se certa fragilidade em ambos os opostos – pontos favoráveis e contrários ao reconhecimento jurídico das uniões poliamorosas como família. Especialmente no que tange aos favoráveis, a preocupação demonstrada disse respeito ao exacerbado ativismo judicial presente, dentre outras razões, causado por uma absorção equivocada das teorias da argumentação e principiológica, além do crescimento da chamada jurisprudência de valores que tem como consequência, por exemplo, a observada relativização das regras (apesar de seu modelo de aplicação não permiti-lo) ou até mesmo a criação delas. A sequele se faz sentir na fragilização do sistema de separação dos poderes e, ainda, na segurança jurídica, que visa à previsibilidade de aplicação do direito.

Por fim, a título de contribuição ao Poder Judiciário para o enfrentamento das demandas envolvendo a poliafetividade, esclareceu-se que têm os seus conviventes ampla liberdade contratual para dispor acerca das questões patrimoniais derivadas desses relacionamentos, tendo como limites questões não patrimoniais e de ordem pública, além da observância dos elementos de existência e de validade contratual. Para os casos em que não houver tal pactuação, a saída se apresentou no campo obrigacional, a partir da comprovação da concorrência de cada um dos conviventes para o patrimônio em comum, evitando, assim, o enriquecimento sem causa. No campo sucessório, viu-se que o não enquadramento dos conviventes em poliafetividade no estado civil de cônjuge ou companheiro, afasta a possibilidade de sucessão legítima, porém não da testamentária. Já no que tange ao rateio da pensão por morte pelo RGPS e o direito a alimentos, o óbice à sua concessão se justificou pela não previsão dos mesmos conviventes em relação à imposição obrigação, respectivamente, estatal e individual de amparo após a morte ou a dissolução do relacionamento. No entanto, para as relações entre pais e filhos, conclui-se que o não tratamento das relações conjugais estabelecida entre seus genitores/responsáveis como entidades familiares não tem o condão de afastar a incidência dos direitos de filiação, por se tratar de uma relação que não está condicionada à origem da filiação, nos termos da previsão constitucional.

Todas as dificuldades encontradas na resolução das questões periféricas decorrentes da tutela estatal da poliafetividade revelaram a necessidade de atuação do Legislativo na

normatização dessas uniões, seja pelo anacronismo da legislação vigente em relação às dinâmicas familiares da atualidade, seja pela garantia de uma maior segurança jurídica, compatível com a justiça social que se almeja alcançar na resolução de casos concretos envolvendo conflitos com direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALCUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p.165-183, jul. 2014. Trimestral.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ALTMAN, Matthew C.. Kant on Sex and Marriage: The Implications for the Same-Sex Marriage Debate. **Kant-studien**, [s.l.], v. 101, n. 3, p.309-330, jan. 2010. Walter de Gruyter GmbH. <http://dx.doi.org/10.1515/kant.2010.020>.

ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana. **Tendências demográficas, dos domicílios e das famílias no Brasil**. 2012. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias\\_demograficas\\_e\\_de\\_familia\\_24ago12.pdf](http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/tendencias_demograficas_e_de_familia_24ago12.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2016.

AMÂNCIO, Thiago. **'Casais' de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 15 set. 2016.

ANAPOL, Deborah. **Polyamory in the 21st century: love and intimacy with multiple partners**. Maryland: Rowman & Littlefield, 2010.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. **Supremacia ou Diálogos Judiciais?: O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional**. Revista da Agu, Brasília, v. 12, n. 38, p. 269-302, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;1001020763>>Supremacia ou diálogos judiciais</a>judiciais>. Acesso em: 10 out. 2016.

ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, 1987, Brasília. **Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte**. S.l.: Congresso Nacional, [1988]. 280 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Flavio Alexandre Luciano de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua relevância para a efetivação da cidadania em países periféricos. **CONPEDI**, Florianópolis, p.47-68, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/220z0z30/6p453HGFY7d5FLLD.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; Tepedino, Gustavo (Coord.). **O direito e o tempo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p.1-50, jun. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12957/10.12957/rfd.2012.1794>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BELTRÃO, Taciana Cahu. (Re) pensando a filiação: uma contribuição do pragmatismo ao direito civil. **Revista Gênero e Direito**, S.l., n. 1, p.111-126, dez. 2013.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 208, n. 52, p.81-100, dez. 2015. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517699/001055693.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03 maio 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p.82-93, jun. 2008. Trimestral. Disponível em: <[http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

\_\_\_\_\_, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2011, S.l.. **Anais...** . S.l.: Unoesc, 2011.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulam>>. Acesso em: 15 set. 2016.

\_\_\_\_\_. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do registro civil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

\_\_\_\_\_. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

BRASIL. STF. **Suspensão julgamento sobre tratamento diferenciado a cônjuge e companheiro em sucessões**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição / New constitutional hermeneutics and legal security. **Rev. Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.774-792, 2 jul. 2015. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2015.16914>.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_, Joaquim José Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o Direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **A mutabilidade do regime de bens no casamento**. 2006. 101 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006. Disponível em: <[https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15708/1/ERICA\\_VERÍCIA\\_DE\\_OLIVEIRA\\_CANUTO.pdf](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15708/1/ERICA_VERÍCIA_DE_OLIVEIRA_CANUTO.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2016.

CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando vári@s**: Individualização, redes, ética e poliamor. 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências da Comunicação, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2010.

CAVALCANTI, André Cleofas Uchôa. **Família, dignidade e afeto**: possibilidades e limites jurídicos para o estabelecimento de múltiplos laços parentais. 2007. 225 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7574/1/Marcos.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Liberdades Formais e Liberdades Reais. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a Democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

COSTA, Célio Juvenal et al. **História do Direito Português no período das Ordenações Reais**. V Congresso Nacional de História, [s.l], 19 set. 2011. Universidade Estadual de Maringá. <http://dx.doi.org/10.4025/5cih.pphuem.2106>.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. 2011. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DELLA CUNHA. **Eros oprimido**: A ideologia da repressão sexual feminina. Natal: Editora Universitária - Proed, 1989.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: O preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Paula Barata. A influência do cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia. **Ágora: Estudos Clássicos em Debate**, Coimbra, v. 6, p.99-133, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 2 v. Coleção Professor Gilmar Mendes.

\_\_\_\_\_, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **STF e direitos fundamentais**. João Pessoa: GIW, 2013.

\_\_\_\_\_, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald apud SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. Direito Geral de Liberdade. In: CANOTILHO, J.j. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013.

\_\_\_\_\_, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002.

ESPINOSA, Marcello. **Evolução histórica da união estável**. [200-]. Disponível em: <[http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo\\_evolucao\\_historica\\_da\\_uniao\\_estavel\\_0.pdf](http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2016.

FERNANDES, Maria de Lourdes Correia. **Espelhos, Cartas e Guias: Casamento e espiritualidade na Península Ibérica 1450-1700**. Porto: Instituto de Cultura Portuguesa, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...**. São Paulo: Iob Thomson, 2006.

FONSECA, Claudia. Apresentação: de família, reprodução e parentesco. **Cadernos Pagu**, S.i., v. 29, n. 1, p.9-35, dez, 2007. Semestral.

FONTOURA JUNIOR, Antonio. **Pornotopias conjugais: subjetividades e sexualidades no surgimento do swing no Brasil**. 2015. 282 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de História, Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**. São Paulo: Boitempo, 2010. Tradução de Denilson Luis Werle.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o cuidado de si**. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2013.

FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos**. 2013. 258 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Contratos: Teoria Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo I.

GOLDANI, Ana Maria. As famílias no Brasil contemporâneo o mito da desestruturação. **Cadernos Pagu**, S.l., n. 1, p. 68-110, dez. 2005. Disponível em: <[http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/119796/1/ppec\\_1681-1820-1-SM.pdf](http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/119796/1/ppec_1681-1820-1-SM.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2016.

GOMES, Nelson Gonçalves. Um panorama da lógica deontica. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 49, n. 117, p.9-38, 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100512X2008000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000100002)>. Acesso em: 02 maio 2016.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUEDES, Néviton. O legislador e a tarefa de concretizar a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, S.l., p.1-7, maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-07/constituicao-poder-legislador-tarefa-concretizar-constituicao>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

HECK, Luís Afonso. **Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil**. 20--. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2016.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Editor, 1998. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck.

HUPSEL, Edite Mesquita. Pensão por morte na Constituição Federal - Finalidade do benefício - da presunção de dependência. **Rede - Revista Eletrônica de Direito de Estado**,

Salvador, v. 1, n. 33, p.1-16, mar. 2013. Disponível em:  
<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-EDITE-HUPSEL.pdf>>.  
Acesso em: 10 nov. 2016.

IBDFAM (Brasil). Assessoria de Comunicação. **Escritura reconhece união afetiva a três.** 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 05 set. 2016.

ISRAEL, Jean-jacques. **Direito das Liberdades Fundamentais.** Barueri: Manole, 2005.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **A dignidade humana: princípio constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006.

KOATZ, Rafael Lorenzo-fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 270, p.171-205, 18 jan. 2016.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial.** 2005. 207 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 45, p.10-31, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/428/351>>. Acesso em: 12 out. 2016.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: arejando novas ideias a respeito de amor e sexo: novas tendências.** Rio de Janeiro: Bestseller, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, A nova principiologia do Direito de Família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família e das sucessões: temas atuais.** São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **CEJ**, Brasília, v. 1, n. 27, p.47-56, dez. 2004.

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Disponível em:  
<[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=264](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264)>. Acesso em: 30 out. 2012.

\_\_\_\_\_, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental de Ação. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 357-368.

MARTÍN, Maria. **As três namoradas que desafiam a 'família tradicional brasileira'**.

2015. Disponível em:

<[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/24/politica/1445698719\\_312701.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/24/politica/1445698719_312701.html)>. Acesso em: 15 set. 2016.

MARTINS, Leonardo. Lei de Biossegurança e controle de sua constitucionalidade pelo STF na ADI 3.510-DF. In: MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica**: Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em:

<<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

\_\_\_\_\_, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Kas Konrad Adenauer Stiftung, 2016. 1 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDONÇA, Alba Valéria. **Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação**. 2016. Disponível em: <Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação>. Acesso em: 15 set. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. In: CANOTILHO, J.j. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013.

MORENO, Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. **USCS**, S.l., v. 17, ano X, p.141-156, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <[http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/index](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/index)>. Acesso em: 27 jul. 2016.

MORMON.ORG. **Os mórmons praticam a poligamia?** Disponível em: <<https://www.mormon.org/por/perguntas-frequentes/pratica-da-poligamia>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense Método, 2015.

OLIVEIRA, Geísa Cadilhe de. **Constituições da Alemanha**. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj046309.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e História**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 161 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <[http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael Tomaz de Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael%20Tomaz%20de%20Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 nov. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÉREZ, Pilar Juárez. Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?. **Revista Eletrônica de Estudos Internacionais**, S.i., v. 23, n. 1, p.1-45, jun. 2012. Semestral. Disponível em: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num23/articulos/jurisdiccion-espanola-poligamia-islamica-matrimonio-forzoso>>. Acesso em: 31 maio 2016.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e Monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. 2005, Belo Horizonte. **Anais**. São Paulo: Iob Thomson, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v.

SAMARA, Eni de Mesquita. O Que Mudou na Família Brasileira?: da Colônia à Atualidade. **Psicologia Usp**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.1-14, jan. 2002. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-65642002000200004>.

SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Família e Gênero: Um estudo antropológico. **Mimesis**, Bauru, v. 32, n. 1, p.29-41, jul. 2011.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do direito civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor**. 2014. 259 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, 2014.

SANTOS, Mírian dos; SILVESTRE, Ana Carolina Faria. A necessidade de se (re)pensar a realização do direito em tempos de protagonismo judicial – um percurso possível em busca de uma reflexão refundadora de um novo sentido. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [s.l.], v. 32, n. 63, p.1-22, 24 dez. 2011. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J.j. Gomes et al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p.272-297, dez. 2003.

\_\_\_\_\_, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 29-58, dez. 2012. Semestral.

\_\_\_\_\_, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Amélia Maria Plónia da. Recepção do Concílio de Trento em Portugal: as normas enviadas por D. Henrique aos bispos do Reino, em 1553. **Revista da Faculdade de Letras-história**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p.133-143, 1990. Anual. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/2228.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: A sua superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, S. L., v. 2, n. 1, p. 191-210, jun. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35221/34021>>. Acesso em: 13 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação constitucional no Brasil: breve balanço crítico. **Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 1, n. 21, p.2-35, dez. 2012.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p.7-21, jun. 2012. Trimestral.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 25.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>>. Acesso em: 24 out. 2016.

\_\_\_\_\_, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Claudia Vechi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros.** 2014. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito - Ufpr**, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/30764/19872>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil: Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil.** 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.

VIEIRA, Flávia David; SILVA, Edvania Gomes da. O instituto do matrimônio nas ordenações filipinas: os efeitos de sentido "casamento" na legislação portuguesa aplicada ao Brasil. **Linguagem**, São Carlos, v. 23, n. 1, p.1-13, dez. 2015.

WERNECK, Keka. **Poliamor**: homem e 2 mulheres registram em cartório união a 3. 2015. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/brasil/poliamor-homem-e-2-mulheres-registram-em-cartorio-uniao-a-3,2aec7e7abe10835d47cb7168db8979bf93thm8t1.html>>. Acesso em: 15 set. 2016.

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento**: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015.

**LISTA DE DECISÕES CONSULTADAS**

5ª REGIÃO. TRF-5. Apelação Cível nº 446497. Relator: Desembargador José Maria Lucena. **DJe**. Recife, 02 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. TRF-5. Apelação nº 00109896920104058300, Segunda Turma. Relator: Desembargador Ivan Lira. **DJe**. Recife, 19 jun. 2015

BAHIA. TJBA. Apelação nº 0000098-23.2010.8.05.0162. Relator: Desembargadora Rosita Falcão de Almeida Maia. **DJe**. Salvador, 13 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 455777. Relator: Ministro Raúl Araújo. **DJe**. Brasília, 08 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1363270. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. **DJe**. Brasília, 23 nov. 2015

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1157273. Relator: Ministra Nancy Andrighi, **DJe**. Brasília, 07 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 912.926. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **DJe**. Brasília, 07 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397762, Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 11 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.779-1, Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe**. Brasília, 26 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 656.298, Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. **DJe**. Brasília, 02 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 669.465. Relator: Ministro Luiz Fux. **DJe**. Brasília, 16 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 692186. Relator: Luiz Fux. **DJe**. Brasília, 21 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização Nacional nº 05274176920104058300. Relator: Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga. **DJe**. Brasília, 05 fev. 2016.

DISTRITO FEDERAL. TJDF. Apelação Cível nº 20130610055492. Relator: Desembargador Flavio Rostirola. **DJe**. Brasília, 16 fev. 2016.

DISTRITO FEDERAL. TJDF. Apelação Cível nº 20130810070636. Relator: Carlos Rodrigues. **DJe**. Brasília, 22 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. TJDF. Apelação Cível nº 20130610055492. Relator: Desembargador Flavio Rostirola. **DJe**. Brasília, 16 fev. 2016.

MARANHÃO. TJMA. Apelação Cível nº 0015505-24.2013.8.10.0001 39381/2014. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto. **DJe**, São Luiz, MA, 12 de março de 2015.

PARAÍBA. TJPB. Apelação Cível nº 0085452-78.2012.815.2001. Relator: Desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. **DJe**. João Pessoa, 13 out. 2015.

PERNAMBUCO. TJPE. Apelação Cível nº 2968625. Relator: Desembargador José Fernandes de Lemos. **DJe**. Recife, 28 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. TJPE. Apelação Cível nº 3359997. Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes. **DJe**. Recife, 22 set. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70023968720. Relator: Desembargador Rui Portanova. **DJe**. Porto Alegre, 07 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. TJRS. Apelação Cível nº 70039284542. Relator: Desembargador Rui Portanova. **DJe**. Porto Alegre, 11 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. TJRS. Apelação Cível nº 70060167137. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. **DJe**. Porto Alegre, 02 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. TJRS. Apelação Cível nº 70070482146. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. **DJe**. Porto Alegre, 28 set. 2016.

RORAIMA. TJRR. Apelação Cível nº 0010119011251. Relator: Desembargadora Elaine Cristina Bianchi. **DJe**. Boa Vista, 29 maio 2014.

SANTA CATARINA. TJSC. Agravo de Instrumento nº 466638. Relator: Sérgio Izidoro Heil. **DJe**. Florianópolis, 17 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. TJSC. Apelação Cível nº 2016.015701-6. Relator: Desembargadora Denise Volpato. **DJe**. Florianópolis, 19 abr. 2016.