

A contratualização do direito de família como recurso ante a (im)possibilidade do reconhecimento das uniões poliafetivas

Ana Luiza Guimarães Madeira¹

Júlia Lage de Sá²

Aluísio Santos de Oliveira³

Alexandre Pires Duarte⁴

Marcelo Silva Ângelo Ferreira⁵

Recebido em: 06.12.2023

Aprovado em: 18.12.2023

Resumo: O presente artigo tem por escopo, em face do hodierno perfil da família, compreender a utilização dos contratos no exercício da autonomia privada dos componentes da entidade familiar, em especial a família poliafetiva, diante da ausência de reconhecimento desta no ordenamento jurídico, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana e o caráter eudemonista do Direito de Família. Com esse propósito, foram realizadas pesquisas documentais, com fundamentos em leis, artigos, livros e doutrinas. Por consequência, o resultado desta pesquisa demonstrou ser possível a utilização dos contratos como forma de assegurar os direitos dos integrantes da família poliafetiva, sendo autorizada a intervenção estatal apenas em casos excepcionais.

Palavras-chave: direito de família; autonomia privada; eudemonista; intervenção estatal; poliafetiva; contratos.

¹ Graduanda em Direito pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – UNIFUNCESI, Brasil. anaguimaraess95@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – UNIFUNCESI, Brasil. juliamodasitabira@gmail.com

³ Mestre em Direito Privado. Pós-graduação/Especialização em Direito Privado. Docente no Centro Universitário Funcesi/UNIFUNCESI. Auditor Fiscal de Tributos no Município de Itabira-MG. aluísio.oliveira@funcesi.br

⁴ Graduado em Direito pela (UNIFENAS 2004); pós-graduado em MBA – Gestão Empresarial com Ênfase em Gestão de Pessoas (FUNCESI 2011); pós-graduado em Ciências Criminais (Universidade Gama Filho 2009). Docente no Centro Universitário Funcesi/UNIFUNCESI. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais (Milton Campos). alexandre.duarte@funcesi.br

⁵ Doutor/Mestre em Administração de Empresas, Professor Titular na Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – UNIFUNCESI, Faculdade de Minas Gerais, FAMIG, Faculdade de Sabará, Brasil, marcelo.ferreira@funcesi.br, marcelos.bh01@gmail.com, marcelo.ferreira@faculdadedesabará.com.br

The contractualization of family law as a resource in the face of the (im)possibility of recognition of poly-affective unions

Abstract: The scope of this article, in view of today's family profile, comprises the use of contracts in the exercise of private autonomy of the components of the family entity, especially the polyaffective family, given the lack of recognition of this in the legal system, in order to guarantee the dignity of the human person and the eudaemonistic character of Family Law. For this purpose, documentary research was carried out, based on articles, books and court decisions. Consequently, the result of this research demonstrated that it is possible to use contracts as a way of guaranteeing the rights of members of the polyaffective family, with state intervention being authorized only in exclusive cases.

Keywords: family law; private autonomy; eudaemonist; state intervention; polyamorous; contracts.

1 INTRODUÇÃO

O atual modelo de justiça adotado no ordenamento jurídico brasileiro é o Civil Law, cujas normas ocorrem por meio da interpretação da lei seca, de modo a regular a conduta da sociedade com base nos normativos escritos, transpassando a ideia de justiça e segurança jurídica.

Historicamente, a única forma de entidade familiar existente e aceita no ordenamento brasileiro era o casamento entre o homem e mulher, sendo banalizado o sentimento inter partes, ou seja, o afeto, a felicidade e o próprio amor não eram requisitos importantes a serem avaliados para se constituírem uma família, pois eram priorizados os interesses econômicos e patrimoniais, o que acabava por instrumentalizar a ideia de casamento e logo, de família.

Ocorre que o direito, especialmente no âmbito da família, está constantemente em transformação, pois tende a seguir a evolução do meio social com base nos novos costumes, novas práticas e condutas, que se tornam valoradas pela sociedade, sendo inviável a tentativa de se pensar em entidade familiar com os mesmos dogmas sociais historicamente conhecidos, que normatizavam os padrões de entidades familiares moralmente aceitos.

Assim, o ordenamento jurídico anteriormente escrito não mais supre as atuais necessidades das entidades familiares modernas, tal como a poliafetiva.

Imperioso destacar que a Constituição Federal de 1988 consolidou diversas mudanças no Direito de Família ao longo do século XX, com o reconhecimento de entidades familiares e a mudança do perfil familiar, que passou a ter como objetivo a relação de afeto, com o caráter eudemonista, que visa satisfazer as necessidades pessoais de seus componentes como forma de desenvolvimento da dignidade humana.

Busca-se, portanto, alcançar a proteção do princípio da felicidade/eudemonista, de modo a afastar a histórica e ultrapassada ideia de constituição familiar em prol do interesse econômico e patrimonial.

Exemplos de tal afirmativa são os casos da união estável e casamento entre homossexuais, que, ao ganharem força na sociedade, acabaram por estimular o poder estatal a se posicionar diante da conduta, mesmo em face do grande preconceito pela “quebra” da única e tradicional entidade familiar até então existente.

Diante dessas mudanças, hodiernamente aplica-se o princípio da intervenção mínima do Estado nas entidades familiares, a fim de garantir a autonomia privada dos integrantes que a compõem. Isto é, o Estado apenas deve intervir no âmbito familiar para implementar os direitos fundamentais da pessoa humana, como a dignidade, igualdade, liberdade e solidariedade.

Neste panorama, cediço que existem entidades familiares ainda não reconhecidas no ordenamento jurídico, motivo pelo qual a contratualização do direito de família é um instrumento que pode respaldar a autonomia privada do indivíduo no que concerne às novas constituições familiares, de modo a garantir aos membros de determinado núcleo familiar o direito de autorregulamentarem os seus interesses.

Em meio a esse cenário, o presente artigo versa sobre a utilização dos contratos no direito de família como forma de garantia da autonomia privada e do princípio eudemonista, possibilitando aos indivíduos a formação de uma entidade familiar poliafetiva, diante da insegurança legislativa, em consequência da ausência de previsão legal acerca de seu reconhecimento como núcleo familiar.

No primeiro momento, será realizada a conceituação do termo família, bem como sua evolução histórica no meio jurídico. Posteriormente, proceder-se-á a análise dos princípios da felicidade/eudemonismo, autonomia privada e a teoria do direito de família mínimo, bem como dos direitos fundamentais dos indivíduos no âmbito familiar, a fim de compreender como estes podem ser utilizados para garantir e preservar os interesses individuais.

Em seguida, serão explorados alguns exemplos de família possíveis, quais sejam, o casamento, a união estável, a família homoafetiva, a família simultânea e a família poliafetiva, de modo a demonstrar a sua formação tomando como base o afeto e a liberdade das pessoas.

Não obstante, serão abordados os fundamentos utilizados pela Organização das Nações Unidas na Resolução nº 65/309, sob o enfoque de reconhecimento da “Felicidade” como objetivo fundamental das relações pessoais, além da decisão do Conselho Nacional de Justiça que proibiu a lavratura de escrituras de união estável nas serventias extrajudiciais.

Por fim, o presente artigo discorrerá acerca da utilização dos contratos no direito de família como forma de regulamentação da vontade dos indivíduos através do negócio jurídico firmado, como por exemplo o contrato de namoro, e investigará, enfim, a viabilidade de se utilizar os contratos como forma de assegurar os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 aos indivíduos que compõe a família poliafetiva, atualmente não reconhecida no ordenamento jurídico.

2 CONCEITO E PRINCIPIOLOGIA DA FAMÍLIA

A família surge de forma espontânea pelo simples desenvolvimento da vida humana, surgindo tanto pelo instinto natural inerente ao homem de perpetuar a espécie humana, quanto como forma de repudiar a solidão.

Fato é que a conceitualização da estrutura familiar é muito ampla, tendo em vista que acompanha as mudanças da sociedade, motivo pelo qual se faz necessário o apoio tanto no âmbito jurídico quanto nos princípios constitucionais, que norteiam

as novas entidades familiares que surgem ao longo do tempo, analisando a nova função social destas.

2.1 Conceito de família e evolução histórica

Prima facie, infere-se que a família brasileira possui como base histórica a sistematização do direito romano e do direito canônico.

O direito romano foi o marco estruturante da família por meio dos princípios normativos, vez que, até então, a família era constituída através de costumes, sem qualquer amparo normativo. Na vigência do direito romano, entendia-se como família o conjunto de pessoas e coisas que se submetiam ao chamado “*pater familias*”, na qual o homem detinha os mais variados privilégios, tais como o de decisão e do próprio julgamento dos membros do núcleo familiar, tendo sobre eles o poder de vida e de morte.

Neste sentido, definiu Aurea Pimentel Pereira:

Sob a auctoritas do pater familias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (*jus vitae et necis*), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia. (PEREIRA. 1991, p. 23).

Noutro giro, surge outro importante marco histórico que mudou a perspectiva de família outrora analisada pelo direito romano, sendo ele firmado com a ascensão do Cristianismo e da Igreja Católica, criando-se o direito canônico, que visou, principalmente, regradar o casamento como única forma de constituição de família, de modo que, apenas estariam suscetíveis ao casamento aqueles que seguissem a religião católica, a fim de constituírem as famílias, que, por sua vez, eram restritamente formadas de modo heteroparental, ou seja, por homem e mulher. Neste sentido, Ivone M. C. Coelho de Souza e Maria Berenice Dias entendem que “para o cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher”. (SOUZA; DIAS. 1997, p. 87).

Sabe-se que a Igreja Católica possuía extremo poder, detendo para si o monopólio das regras inerentes ao casamento, o que resultou em matrimônios totalmente regidos pelas regras e condições impostas pelo catolicismo.

Todavia, diante do aumento da população brasileira, principalmente pelas imigrações, verificou-se o crescimento populacional brasileiro de pessoas que não seguiam a religião católica, o que acabou por gerar grande impasse quanto à imposição do casamento como forma de reconhecimento familiar.

Desse modo, conclui-se que a única forma de entidade familiar existente no ordenamento brasileiro era o casamento entre o homem e mulher, sendo banalizado o sentimento entre ambos, ou seja, o afeto, a felicidade e o próprio amor não eram requisitos importantes a serem avaliados para se constituírem em família, deixando espaço para os interesses econômicos, patrimoniais, políticos e religiosos, o que acabava por instrumentalizar a ideia de casamento e logo, de família.

Tal estrutura familiar foi drasticamente revista com a ascensão da Constituição Federal da República de 1988, a qual constitucionalizou o Direito de Família, reconhecendo-a por meio de princípios constitucionais garantidores, que atribuíram maior valor às pessoas, destituindo ultrapassadas ideias, tais como de indissolubilidade do casamento, da inferioridade da mulher, bem como as superstições que regiam a formação familiar, fortalecendo como ponto de fato importante a afetividade entre os indivíduos.

2.2 Princípio da Felicidade/Eudemonismo como elemento da família

Para elucidar a razão pela qual o princípio do eudemonismo é considerado elemento estruturante do Direito de Família, faz-se necessário destacar seu significado e segundo o Dicionário Houaiss, o termo Eudemonismo é uma

[...] doutrina que considera a busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade". (HOUISS *apud* ALBURQUERQUE, 2011, p.83).

Significa dizer que o objetivo natural da vida humana é a busca pela felicidade, que não se opõe à razão.

Por outro lado, a Resolução nº 65/309 da Organização das Nações Unidas diz que a “Felicidade” é um objetivo humano fundamental e que deve haver adoção de políticas públicas nos países voltadas a esse desiderato.

Desse modo, hodiernamente, a família além de ser uma forma de efetivar um laço consanguíneo ou uma relação de afeto, busca a plena realização de seus integrantes, não sendo apenas um fim em si, mas um mecanismo de busca da felicidade na relação dos indivíduos que a compõem.

Nesse sentido, discorre a professora e mestre em Direito Civil, Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf em sua obra “Direito das Famílias: amor e bioética”, que a família eudemonista advém do afeto, cujo objetivo é a felicidade individual das partes que compõe uma família, independente da forma escolhida. (MALUF, 2022, p. 307).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, não é outro o entendimento, pois afirmam na obra do “Novo curso de direito civil”, que a família como base da sociedade, em uma visão filosófica-eudemonista, tem a função de permitir a cada um de seus membros a realização dos seus projetos de vida pessoais. (GAGLIANO, FILHO, 2022, p. 39).

Assim, a família eudemonista, caracterizada pela afetividade, busca que cada um dos membros da família tenha a liberdade para desenvolver sua personalidade e inclusive para alcançar sua felicidade, com a reunião de pessoas de forma estável e ostensiva, sendo configurado como exercício da autonomia privada.

2.3 Princípio da autonomia privada

No Direito Civil, o princípio da autonomia privada não é limitado aos negócios jurídicos patrimoniais, pois em um cenário pós-positivista é utilizado como exercício de liberdade e instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e, em síntese, é uma forma de poder que os indivíduos possuem de regular suas vontades e pretensões, conforme bem explica Mônica Queiroz no Manual de Direito Civil. (QUEIROZ, 2022, p. 534).

Assim, o princípio da autonomia privada é considerado como um direito fundamental que garante uma forma de poder aos indivíduos de regular, no exercício de seus direitos, suas vontades e pretensões.

Nos dizeres de Francisco Amaral, tal princípio tem como pressuposto a liberdade individual, que possibilita a opção de escolha de fazer ou não fazer algo, sendo, no ponto de vista jurídico, uma liberdade do poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todos aqueles atos não ordenados e não proibidos por lei. (AMARAL, 2018, p. 132).

Dessa forma, o poder jurídico pertence aos particulares, pois tratando-se de direito privado, são estes que entendem melhor sobre seus interesses, bem como sobre quais são as melhores formas para regulá-los juridicamente.

Diante disso, com a evolução do Direito de Família, a liberdade dos indivíduos para definir as relações familiares se tornou preponderante, distanciando-se do modelo único anterior, o casamento, considerado até então como a forma ideal de constituição familiar.

Contudo, a autonomia privada exercida pelo indivíduo não está isenta da intervenção estatal, devido à proteção concedida pela própria Constituição Federal de 1988, que está umbilicalmente comprometida com os interesses da maioria do povo, utilizando da democracia para garantir os direitos fundamentais.

Nesse cenário, é necessário questionar: até onde vai o direito de intervenção do Estado dentro das relações e entidades familiares, que prezam pelo princípio eudemonista e da autonomia privada dos indivíduos?

3 TEORIA DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

A expressão do “Direito de Família Mínimo” surge com o Direito Penal Mínimo, utilizada para estabelecer que o Estado apenas deve utilizar o Direito Penal para tutelar os bens à sociedade quando os demais instrumentos sociais (família, coletividade, Direito Civil) não forem suficientes.

O direito de família mínimo no âmbito do Direito Civil surge em razão da proteção das famílias, instaurado pelo novo texto constitucional, que mudou o cenário antes adotado, valorando o existencialismo do indivíduo e seus direitos fundamentais, tal como o da dignidade da pessoa humana, de modo a proteger o homem como fim em si mesmo, conforme exposto pelo imperativo categórico kantiano. Neste sentido entende o autor Pietro Perlingieri, ao dizer: “A realização dos direitos fundamentais vistos como atuação do *status personae* configura-se, portanto, como a própria razão da garantia e da tutela das formas familiares”. (PERLINGIERI, 2002, p. 247-248).

A premissa básica do Direito de Família Mínimo encontra-se prevista no artigo 1.513 do Código Civil, que possui a seguinte redação: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (BRASIL, 2002).

Neste diapasão, surge a ideia de proteção da família como forma de garantia da liberdade individual, de modo que a escolha pela eventual constituição de uma família, bem como a forma com que esta será instituída, dependa exclusivamente da vontade do indivíduo, restando ao Estado, ao Direito e a qualquer particular, uma postura não intervencionista, conforme entende o autor José Adércio Leite Sampaio, ao dizer que se trata de “uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um.” (SAMPAIO, 2004, p. 260).

Ora, “tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral”. (LÔBO, 2008, p. 47).

Desse modo, basta que sejam cumpridos os requisitos, quais sejam, afetividade, estabilidade e ostensibilidade, para que seja formada a estrutura familiar, não sendo requisito para a garantia da tutela jurídica a sua forma de constituição.

Por derradeiro, como se verá no próximo subitem, a intervenção estatal nas relações privadas deve se ater ao princípio da autonomia privada dos indivíduos.

3.1 Intervenção estatal e autonomia privada

A Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê em seu artigo 226, *caput*, que a família (sentido amplo) é base da sociedade e tem proteção especial do Estado, sem especificar, contudo, quais entidades ou núcleos familiares serão beneficiados com tal proteção.

Lado outro, a Carta Magna determina como direito fundamental a inviolabilidade dos direitos à intimidade, à vida privada e à honra (artigo 5, incisos V e X, da Constituição Federal), estes garantidos aos indivíduos da sociedade.

Partindo dessa premissa e considerando que a família faz parte da vida privada, da intimidade e da honra, é indubitável que a intervenção estatal no âmbito do Direito das Famílias deve se ater à proteção dos indivíduos que a integram e não ao controle ou a imposição na forma de constituição, determinando o gênero de quem deve participar ou quantas pessoas podem integrar cada núcleo, pois tal ato transcende o dever e a finalidade constitucional de proteger as espécies familiares.

A liberdade é também um direito fundamental e dentro do âmbito familiar garante ao indivíduo o poder de escolha quanto à forma de sua família. Em razão disso, não há que se falar em intervenção estatal, Estado esse que mitiga a autonomia privada apenas em relação às famílias que considera reconhecidas, como as heteroaletivas e matrimonializadas.

Nesta toada, Elisângela Padilha afirma que as famílias contemporâneas são caracterizadas pelo afeto e pela liberdade dos indivíduos, e não mais cabe a intervenção do Estado, principalmente porque sua função é tão somente garantir a proteção dos direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, daqueles que integram a família (PADILHA, 2017, p. 59).

Tal entendimento se dá em razão do avanço da sociedade dentro do conceito de família com a formação de diversas famílias possíveis, conforme melhor exemplificado no próximo subtópico. Assim, cabe ao Direito, como regulador das relações sociais, permitir toda e qualquer instituição familiar, se abstendo de invadir a esfera da autonomia privada das partes.

Fato é que os formalismos legais não devem se sobrepor às situações fáticas, pois os sentimentos dos indivíduos não estão sujeitos a regras ou a preconceitos, e como bem explica Carlos Roberto Gonçalves, o princípio da liberdade de constituir uma vida familiar abrange a livre decisão das partes no planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito, bem como a livre aquisição e administração do patrimônio familiar, a opção pelo regime de bens mais conveniente, a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família. (GONÇALVES, 2015, p. 25).

Isto é, em relação ao paralelismo afetivo cabe ao Estado respeitar aqueles que vivem seus afetos, sem impor julgamentos ou restrições, resguardando e assegurando os direitos fundamentais dos componentes da entidade familiar, tais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade.

Dessa forma, a autonomia privada no âmbito do direito familiar está conectada com a contratualização entre os membros da entidade, já que possibilita a cada família disciplinar suas regras e formas de convivência, dentro dos limites dos direitos fundamentais.

À exemplo, em uma constituição familiar pode haver o interesse de duas ou mais pessoas, independentemente do gênero, em conviverem matrimonialmente, de forma harmônica e afetiva, e o Estado não tem o condão de intervir na relação, salvo para legitimá-la e garantir os direitos dos componentes que a integram.

Dessarte, todas as pessoas que compõem uma família devem ser amparadas pela ordem jurídica, pois o objetivo das normas reguladoras do direito de família é “assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar”, como bem afirma Eduardo Silva. (SILVA, 2002 *apud* MADALENO, 2023, p. 56).

3.2 Famílias Possíveis

3.2.1 Casamento

Ao longo da história, prevalecia a defesa do patrimônio e a moral religiosa, o casamento foi considerado como o único meio de família, de modo que, aqueles indivíduos que buscavam constituir uma família, deveriam unir-se pelo casamento, além de sofrerem a imposição de cumprir funções para a garantia da concentração da propriedade e dos dogmas católicos. Assim, como bem expõe Pontes de Miranda, o casamento à época era “correspondente ao sacramento, [...] instituído pelo direito civil: *statuitur iure civili*.” (MIRANDA, 2001, p. 91).

Todavia, em razão da valorização do indivíduo, de seus direitos individuais e amplitude da perspectiva de autorrealização do sujeito, houve a revisão da compreensão do casamento como forma de ampliar a concepção de família.

Assim, o casamento passou a ser o resultado de uma comunhão de afeto, bem como a ser compreendido apenas como uma das espécies de família, tornando-se necessária tão somente a existência dos critérios, quais sejam, afeto⁶, a estabilidade⁷, e, por fim, a ostensibilidade⁸.

Cumprir salientar que o casamento necessita do Direito – *ex ante* - tanto para o procedimento de habilitação quanto o da celebração, sob pena de não ser considerado existente o matrimônio. Lado outro, a interferência estatal – *ex port* - está presente apenas para verificar o cumprimento dos critérios concernentes à estabilidade e extensibilidade, já que o elemento afeto não carece de comprovação ante a não obrigatoriedade de comprovar a existência de amor para casarem-se. (ALMEIDA; JÚNIOR. 2023, p. 100).

⁶ Nas palavras de Rolf Madaleno define-se como “a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.” (MADALENO, 2020 *apud* ALMEIDA; JÚNIOR, 2023, p. 78).

⁷ Regula a necessidade da união ser contínua e duradoura, de modo a ser direcionada para a permanência.

⁸ Que preza pela publicidade da união, requisito este inaugurado pela Lei nº 9.278/96 e repetido pela Lei nº 10.406/02 (Código Civil) em seu art. 1.723, que diz que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (BRASIL, 2002).

3.2.2 União Estável

A união estável é uma espécie de família desprovida de solenidade constitutiva, e logo, isenta de iniciativas jurídicas, mas que abrange os critérios de constituição familiar, quais sejam, a reunião de um casal de maneira ostensiva e permanente, zelado pelo afeto.

Ao longo dos tempos, a união estável foi rechaçada pelo Direito, tendo em vista que a consideravam como afronta ao matrimônio. No entanto, diante da necessidade de amparo e proteção, a fim de ser reconhecida como entidade familiar para além do casamento, houve a aceitação jurídica, passando a união estável a ser detentora de *status* de família e resguardada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 266, §3º, que diz que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (BRASIL, 1998)

3.2.3 Família Homoafetiva

A família homoafetiva é aquela formada por pessoas do mesmo sexo, o que corroborou para a principal discussão de se justificar a possibilidade ou não da imputação de determinados efeitos jurídicos dos pares, a fim de se constituir entidade familiar.

Para se chegar a uma resposta, aplicou-se o raciocínio dedutivo da análise dos elementos constitutivos de família. Logo, basta que haja o afeto entre os sujeitos que pretendem reunir-se, de forma estável e ostensiva, para que seja formada a família.

Desse modo, pelo princípio da pluralidade familiar e em razão da autonomia, não se mostra plausível tampouco justificável criar-se uma ressalva apenas pelo fato de os sujeitos possuírem o mesmo sexo, sendo a estes resguardado o direito de formar e estruturar sua família, conforme narra Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosental, ao dizerem que “a orientação sexual de alguém não lhe retira direitos conferidos pelo garantismo constitucional”. (FARIAS; ROSENVAL. 2008, p. 60)

Frisa-se, ainda, o importante marco histórico, cujo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF, julgada na data de 05 de maio de 2011, houve a

unânime votação do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo em família, quando presentes os requisitos que a constituem, tendo referida decisão respaldo no direito fundamental à constituição familiar, no direito à busca da felicidade e na proibição de discriminação dos sujeitos.

3.2.4 Família Simultânea

Segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, a família simultânea se define como a “pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum”, ou seja, trata-se em verdade de uma relação afetivo-sexual que se mantém concomitantemente a outra família (RUZYK, 2005, p. 193).

Também conhecida por concubinato adúltero, a família simultânea é rodeada de conturbações, tendo em vista que contrária ao ideal da monogamia, temática de grande carga dogmática, que traz a ideia do dever da fidelidade dos indivíduos para um com o outro e do impedimento matrimonial daquele que já está casado.

Todavia, mesmo ainda sendo forte tendência dos juristas, fato é que a monogamia não se trata de um princípio jurídico, logo, injustificável a tentativa de qualquer imposição aos sujeitos que buscam reunir-se em família que vai contra ao ideal da monogamia, tendo em vista que esta apenas vinculará aqueles que os elegerem. Conforme alerta Álvaro Ricardo de Souza Cruz,

a grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito é justamente a noção de pluralismo, o qual tem por pressuposto a admissão, de respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade (CRUZ, 2003, p. 96).

Por outro lado, segundo o autor Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, para que a família simultânea seja reconhecida como entidade familiar e detentora de efeitos, far-se-á necessário a observância de requisitos, quais sejam, a reputação da lealdade, observando o princípio da boa-fé objetiva, para que seja a relação publicamente verificada, o que se explica por meio do critério da ostensibilidade, tornando a relação conhecida pelo núcleo familiar original, com o intuito de não incorrer o outro ao erro, conforme dito:

O atendimento do dever de transparência pode permitir que uma das conjugalidades seja rompida quando se toma conhecimento do relacionamento simultâneo, evitando-se, por tal modo, que se mantenha

uma vida em comum fundada no engano, o que, por certo, se coloca como aviltante à dignidade da pessoa humana. De outro lado, se a ostensibilidade é plena, estendendo-se a todos os componentes de ambas as entidades familiares – sobretudo os que mantêm relação de conjugalidade com o componente comum – e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, sem o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, pode ser viável concluir [...] que a simultaneidade não seria desleal, não havendo violação de deveres de respeito à confiança do outro e, sobretudo, de proteção da dignidade dos componentes de ambas as famílias (RUZYK. 2005, p. 193-194)

No entanto, conforme recente decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática de Repercussão Geral (Tema 529), no Recurso Extraordinário 883.168/SC, restou entendido que o reconhecimento da existência concomitante de duas uniões seria contrário aos preceitos da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, diante da existência de correntes contrárias quando ao reconhecimento ou não da família simultânea como espécie familiar, torna-se necessária a realização de debates e reflexões ao referido tema, a fim de garantir os direitos dos indivíduos.

3.2.5 Família Poliafetiva

A família poliafetiva trata-se de uma espécie que rompe com o tradicional modelo cristão antes adotado, sendo constituída pela união, de forma livre e em um só núcleo familiar, de três ou mais pessoas que, em razão do afeto de uns com os outros, optam por se envolver.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Ora, as partes envolvidas estabelecem uma relação de afetividade, com absoluta integração fisiopsicológica permanente. Constrói-se um projeto de relacionamento, não se restringindo a um aspecto puramente sexual. Dessa maneira, há de se reconhecer uma possibilidade de caracterização de uma entidade familiar nesse caso, com a incidência do regramento da união estável. Negar proteção jurídica às relações poliamoristas reduzirá a dignidade dos envolvidos, fragilizando a relação estabelecida e afronta a autonomia das pessoas. Até porque ao sistema jurídico não compete criar o conceito de família, mas, em verdade, proteger as entidades familiares constituídas pelas pessoas humanas. (FARIAS; ROSENVALD. 2020, p. 493).

Insta mencionar que mesmo havendo quem reconheça o poliafetismo como entidade familiar, não há qualquer reconhecimento jurídico/legal, tendo o plenário do Conselho Nacional de Justiça decidido, em razão da provocação da Associação de

Direito e Família e das Sucessões, que as serventias extrajudiciais estariam proibidas de lavrar escritura pública de uniões poliafetivas.

Lado outro, é incontroversa a existência das relações poliafetivas na sociedade, motivo pelo qual, mesmo diante da inexistência de reconhecimento legal, os componentes da relação são livres para formalizar a união por meio de instrumento particular.

Frisa-se, por fim, a direta relação entre a união poliafetiva com o princípio da pluralidade de entidades familiares, vez que tal princípio garante aos indivíduos a plena constituição em família, sendo analisados tão somente os requisitos para a sua formação (afeto, estabilidade e ostensibilidade), sendo irrelevante a estrutura em que a mesma foi constituída como forma de validação de seu reconhecimento enquanto entidade familiar.

Diante disso, indaga-se: considerando a existência das famílias poliafetivas, mesmo com o seu não reconhecimento pelo ordenamento jurídico, é possível utilizar os contratos como forma de regulamentação dos interesses individuais?

4 A CONTRATUALIZAÇÃO COMO MEIO DE RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR

À título de conceitualização, os doutrinadores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves entendem que os contratos são tidos como um veículo de livre desenvolvimento da personalidade, sendo um meio de realização da dignidade humana. (FARIAS, ROSENVALD, 2021).

Em outros termos, os contratos são instrumentos que possuem o papel de auxiliar os indivíduos na expressão de suas vontades e direitos, visando oficializar pretensões ou solucionar problemas.

Dessa forma, com o avanço e evolução do Direito, os contratos passaram a ser utilizados não só na seara econômica, mas também nas negociações envolvendo direitos da personalidade e da família, principalmente em razão do surgimento de novos arranjos familiares, como a família poliafetiva.

Registre-se, contudo, que mesmo após a Resolução nº 65/309 da ONU⁹, que reconhece a “Felicidade” como objetivo fundamental das relações pessoais e motiva a adoção de políticas públicas para garantir tal objetivo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibiu os Cartórios extrajudiciais de lavrarem qualquer escritura pública relacionada as famílias poliafetivas, sob o mero argumento de que a entidade familiar no estágio atual da sociedade causa forte repulsa social.

Diante desse cenário, o alcance da dignidade e da felicidade no âmbito familiar pode ocorrer por meio da formalização de contratos, pois como afirma o doutrinador Dimitre Braga Soares de Carvalho:

O Direito de Família, contemporaneamente, deve ser visto como manifestação máxima da liberdade jurídica. (...) cada um pode escolher e definir o que família deve significar na sua vida, sobretudo através de contratos não patrimoniais. (CARVALHO, 2021).

A título de explicação, tem-se o contrato de namoro como forma de alcance do pleno exercício dos direitos individuais por intermédio do contrato, em que se regula a vontade das partes que pactuam tanto acerca do planejamento econômico e pessoal do casal, a fim de blindar seus patrimônios e estabelecerem regras de convivência, quanto da própria descaracterização de uma união estável, eventualmente

⁹ Tendo em mente os propósitos e princípios das Nações Unidas, conforme estabelecidos na Carta das Nações Unidas, que incluem a promoção do desenvolvimento econômico, avanço e progresso social de todos os povos, conscientes de que a busca da felicidade é um objetivo humano fundamental, ciente de que a felicidade como meta e aspiração universal incorpora o espírito dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, reconhecendo que o indicador do produto interno bruto, por natureza, não era projetado e não reflete adequadamente a felicidade e o bem-estar das pessoas em um país, conscientes de que padrões insustentáveis de produção e consumo podem impedir o desenvolvimento sustentável, reconhecendo a necessidade de um ambiente mais inclusivo com abordagem equitativa e equilibrada ao crescimento econômico que promova a sustentabilidade e desenvolvimento, erradicação da pobreza, felicidade e bem-estar de todos os povos, reconhecendo a necessidade de promover o desenvolvimento sustentável e alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, 1. Convida os Estados-Membros a prosseguirem a elaboração de medidas adicionais que melhor capte a importância da busca da felicidade e do bem-estar em desenvolvimento com vistas a orientar suas políticas públicas; 2. Convida os Estados-Membros que tomaram iniciativas para desenvolver novos indicadores e outras iniciativas, para compartilhar informações sobre os mesmos com o Secretário-Geral como uma contribuição para a agenda de desenvolvimento das Nações Unidas, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio; 3. Congratula-se com a oferta do Butão de se reunir durante a sexagésima sexta sessão do à Assembleia Geral um painel de discussão sobre o tema felicidade e bem-estar; 4. Convida o Secretário-Geral a buscar a opinião dos Estados Membros e organizações regionais e internacionais relevantes na busca da felicidade e A/RES/65/309 dois bem-estar e comunicar tais opiniões à Assembleia Geral em sua sexagésima sétima sessão para consideração mais aprofundada.

discutida, àqueles que não possuem intenção de constituir família. Neste sentido, Maria Berenice dias conceitua tal contrato como "um contrato para assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro". (DIAS. 2010, p. 181).

Não obstante, ante a carência do direito codificado em reconhecer como entidade familiar a relação formada pelos poliamoristas, tornou-se necessário criar-se uma hipótese capaz de satisfazer as necessidades daqueles, momento em que emerge a contratualização familiar, amparada pelo princípio da mínima intervenção estatal e da autonomia privada dos seus partícipes, passando a contemplar os sujeitos baseando-se na subjetividade de cada indivíduo.

Desse modo, diante de ascensão das famílias poliafetivas, os seus adeptos utilizaram-se do meio contratual, com base no direito à liberdade resguardado no ordenamento jurídico pátrio, para regularem suas próprias regras de convivência, pactuando, inclusive, acerca do planejamento pessoal e patrimonial, de modo a alcançarem o pleno desenvolvimento pessoal e fazerem jus às garantias constitucionais, expressando, portanto, suas próprias escolhas de vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto abordado neste trabalho, a contratualização como meio de reconhecimento da união poliafetiva, é ponto de partida para delicados e interessantes debates.

Conforme abordado ao longo do presente artigo, revelaram-se diversos aspectos inerentes ao Direito de Família, de modo geral, incluindo sua evolução histórica.

No discorrer do tema, verificou-se a evolução da sociedade com o surgimento de diversas entidades familiares, em especial a poliafetiva, suprimindo a ideia de casamento como única forma de constituição familiar entre o homem e a mulher.

Contudo, em que pese o avanço da coletividade no âmbito familiar, é inevitável a discussão acerca do não reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, bem como a inexistência de norma jurídica para regulamentar tal relação.

Destarte, o questionamento do presente trabalho enfoca-se na possibilidade da utilização dos contratos, isto é, os negócios jurídicos entre particulares, como forma de garantir os interesses e direitos fundamentais dos indivíduos que compõem a família poliafetiva.

Neste sentido, abordou-se (1) o conceito e a principiologia do direito de família, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da felicidade/eudemonismo, da mínima intervenção estatal, o pluralismo das entidades familiares, a valoração da afetividade e da autonomia privada. Ainda, discorreu-se sobre (2) as espécies de família previstas no ordenamento jurídico, tais como a família matrimonial, formada através do casamento e a união estável, conhecida como família informal, além de outras espécies admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, como a família homoafetiva, a família paralela ou simultânea e a família poliafetiva. Não obstante, discursou-se sobre (3) como os indivíduos, no exercício da autonomia privada e do princípio eudemonista, podem utilizar os contratos como meio de regulamentar os interesses pessoais dos integrantes da família poliafetiva.

Dessa forma, diante da necessidade do reconhecimento de novas entidades familiares, que são existentes em nossa sociedade, e levando em consideração a vontade dos sujeitos, somado aos vastos princípios e direitos garantidos na Constituição Federal da República de 1988, o casamento deixou de ser um contrato social, passando a levar em consideração o afeto entre os cônjuges, bem como deixa de ser a única forma de constituição familiar moralmente aceita.

Neste cenário, tendo por enfoque maior no presente artigo, destaca-se que a família poliafetiva se trata de uma união amorosa em que três ou mais pessoas convivem simultaneamente, de forma consensual, recíproca e de forma afetiva e duradoura, ou seja, todos compartilham do mesmo relacionamento.

Todavia, inexistente regulamento normativo que a reconheça como entidade familiar, tendo sido, inclusive, objeto de decisão tomada no plenário do CNJ que as serventias extrajudiciais estariam proibidas de lavrar escritura pública de uniões poliafetivas, causando uma direta insegurança legislativa aos sujeitos poliamoristas.

Por outro lado, verificou-se que a constituição da família não está limitada pelas concepções religiosas e morais, bem como a família poliafetiva não se limita às normas, sendo, no entanto, crucial o cumprimento dos requisitos concernentes à afetividade, que entrou em cena como protagonista de um novo elemento constituidor de entidade familiar, além da estabilidade e ostensibilidade, com o fim de garantir a felicidade dos indivíduos que compõem a relação.

Diante disso, tentar negar o reconhecimento das uniões poliafetivas seria o mesmo que negar todo o arcabouço principiológico constitucionalmente instituído, motivo pelo qual utiliza-se da contratualização do direito familiar para satisfazer as necessidades dos indivíduos adeptos à entidade supramencionada, possibilitando que criem suas próprias regras de convivência, bem como o planejamento pessoal e patrimonial, ante ao não reconhecimento pelo atual ordenamento jurídico.

Infere-se, por derradeiro, que não se pretende impor a contratualização como única e definitiva solução à problemática, pelo contrário, considerando a pertinência do tema apresentado, importante destacar a necessidade de continuar o seu debate, a fim de se tornar possível a garantia dos direitos dos indivíduos em constituírem-se em família, da forma que optarem e se sentirem felizes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **A família Eudemonista do século XXI**, In: ANAIS do VIII Congresso do IBDFAM (Prelo). PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM, 2011. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/608/VIII%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%20-%20Fam%C3%ADlia:%20entre%20o%20p%C3%ABblico%20e%20o%20privado>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil Famílias**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023. 763p. Disponível em: <https://recivil.com.br/baixar-gratuitamente-o-livro-direito-civil-familias/>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 659 p.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553602100. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602100/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.**

Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 13 de nov. 2023.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. **Repercussão Geral (Tema 529), no Recurso Extraordinário 883.168/SC.** Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 03-08-2021, Brasília, 07 out, 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5181220&numeroProcesso=1045273&classeProcesso=RE&numeroTema=529#:~:text=Tema%20529%20%2D%20Possibilidade%20de%20reconhecimento,rateio%20de%20pens%C3%A3o%20por%20morte>. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do**

Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 de out. 2023.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares. **Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família.** In: IBDFAM, 2020. Disponível em:

<https://bit.ly/3gZYBrI>. Acesso em: 02 nov. 2023.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 288 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 672 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 12 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, 493 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 727 p.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Vol. 4 – Contratos – Teoria Geral dos Contratos em espécie.** 11 ed. Salvador: JusPODVM, 2021. 1456 p.

GLAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: direito de família.** v.6. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622258.

Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622258/>. Acesso em: 27 ago. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 12 ed. Saraiva: São Paulo, 2015. 205 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, 407 p.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 04 dez. 2023.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Direito das Famílias: amor e bioética**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556275314. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275314/>. Acesso em: 15 ago. 2023.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. v.1. Campinas: Bookseller, 2001. 1611p.

PADILHA, Elisângela. **Novas estruturas familiares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 161 p.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 156 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 359 p.

QUEIROZ, Mônica. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645336. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645336/>. Acesso em: 27 ago. 2023.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 250 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 432 p.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. **Famílias modernas: (inter) seções do afeto e da lei**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 4, p. 273-280, out./dez. 2000.

UNITED NATIONS. **Resolution adopted by the General Assembly on 19 July 2011**. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/420/70/PDF/N1142070.pdf?OpenElement>. Acesso em 18 ago. 2023.