

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Orlando Celso Da Silva Neto, Otavio Luiz
Rodrigues Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-087-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O Direito Civil, nas duas últimas décadas, passou por turbulências interpretativas, mas passou incólume. Suas instituições, consolidadas há milênios, vêm resistindo ao ataque publicista, sem, no entanto, se descuidar da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro. O Código Civil é o código da liberdade do indivíduo, liberdade conquistada com sangue, à qual não podemos renunciar. As instituições de Direito Civil, a personalidade, a família, o contrato, a propriedade, funcionalizados que sejam em prol do ser humano, não perderam sua importância na promoção da dignidade, sempre relidas em função do tempo-espaço, a partir de sólidas bases historicamente edificadas. A missão do civilista é justamente essa: viver o presente, pensar o futuro, sem apagar o passado.

O Código de 2002, com todos os seus defeitos, possui o grande mérito de incorporar os princípios que antes obrigavam o civilista a recorrer à Constituição, a fim de aplicá-los às relações privadas. Princípios como a boa-fé objetiva e a função social se encontram edificados na própria Lei Civil, não sendo mais necessária a viagem ao Texto Maior, que, de passagem, nunca foi a sede das relações entre os indivíduos, tampouco teve a pretensão de sê-lo. Além disso, ao considerar o Direito Civil a partir dos textos legais, a marca da contemporaneidade é a marca de um Direito menos intervencionista e mais calcado na liberdade do cidadão, com maior respeito à autonomia da vontade e sem tantos recursos a conceitos abertos e genéricos, que se moldam à vontade e aos caprichos do intérprete, gerando indesejada insegurança, além da que seria suportável.

É com amparo nessa filosofia que se apresentam os textos que compõem o livro Direito Civil Contemporâneo II. Os temas são os mais variados, todos, porém, com o mesmo viés: reler o presente a partir da solidez do passado. Assim são abordados o bullying escolar, a responsabilidade dos sócios nas sociedades simples, o revenge porn, a responsabilidade civil, a empresa rural, as cláusulas contratuais gerais, a teoria das incapacidades, a usucapião extrajudicial, os direitos da personalidade e a família.

**A POSSIBILIDADE DO POLIAMORISMO ENQUANTO DIREITO
PERSONALÍSSIMO E A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO
BRASILEIRO**

**THE POSSIBILITY OF POLIAMORISMO WHILE PERSONAL RIGHT AND
REGULATORY ABSENCE IN THE BRAZILIAN LAW**

Deodato Jose Ramalho Neto

Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar a forma como o direito à autonomia da vontade pode proteger as relações poliafetivas. A partir de um caso concreto, far-se-á um estudo sobre como esse tema vem sendo tratado no Brasil, com suas implicações jurídicas. As relações afetivas não são estáticas e predeterminadas de forma taxativa pelo Estado. Antes pelo contrário, sofrem constantes transformações as quais o ente público deve procurar conhecer e regulamentar a realidade, sem, contudo, olvidar os princípios básicos da sociedade. Desta forma, o estudo visa ainda demonstrar as possíveis soluções para os casos de poliafetividade que surgem no país, diferenciando-os de outras situações jurídicas já sedimentadas na jurisprudência e na doutrina.

Palavras-chave: Relações poliafetivas, Poliamor, Direitos da personalidade, Autonomia da vontade

Abstract/Resumen/Résumé

This article is scope to examine how the right to autonomy of the will can protect polyamorous relations. From a case , far shall be a study on how this issue is being addressed in Brazil , with its legal implications . Affective relationships are not static and predetermined exhaustively by the state. On the contrary, they suffer constant changes which the public entity must seek to know and regulate reality , without however forgetting the basic principles of society. Thus , the study aims to demonstrate possible solutions for cases of polyamory arising in the country, differentiating them from other legal situations already sedimented in the jurisprudence and doctrine .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Polyamorous relationships, Rights of personality, Freedom of choice

INTRODUÇÃO

Diante da permanente dinâmica presente nas relações humanas, muito se discute acerca das constantes mudanças de valores e de formas de relacionamento afetivo e sexual. Nesse contexto, surge a questão dos direitos e garantias que asseguram a autonomia da vontade nas relações interpessoais, uma vez que o Direito deve sempre acompanhar as transformações sociais.

A autonomia da vontade está inserida no campo de abrangência dos direitos da personalidade, como consectário do direito à dignidade e do direito a liberdade. É uma necessidade humana e uma garantia civilizatória reconhecida na Constituição Federal de 1988, em vários dispositivos, e que, portanto, deve ser respeitada pelo Poder Público e por terceiros.

Essa capacidade de escolha é essencial para a realização e desenvolvimento do ser humano. Cada indivíduo tem sua forma de se expressar e também de escolher e realizar as atividades que lhe proporcionam prazer. As escolhas e experiências podem ter significados diferentes para cada ser humano, pois cada um vivencia os afetos, as ligações, a atração, o desejo etc., de maneira distinta. Desta forma, o Estado não tem o poder de interferir em desejos intrínsecos à condição humana.

Não se pode olvidar, contudo, que o Estado tem a obrigação de garantir a proteção à instituição da família, a moral e a legalidade. O ser humano vive em sociedade, e não isoladamente. Assim, muitas vezes a autonomia da vontade entra em conflito com deveres estatais decorrentes de disposições legais.

Diante desse tema, pretende o presente trabalho analisar a questão das uniões poliafetivas, também denominadas poliamor, no direito brasileiro, a partir de um caso concreto. Pretende-se saber como essa forma de relacionamento é tratada no direito brasileiro, destacando a omissão legislativa ainda existente, e quais os princípios jurídicos envolvidos no tema. Importante destacar a importância de uma análise interdisciplinar, pois não se trata de questão puramente jurídica, mas, antes de tudo, sociológica.

Após o detalhamento do caso concreto, serão expostos alguns conceitos relacionados ao problema, conceituando e, eventualmente, diferenciando o alcance dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Em seguida, deve-se verificar onde se alberga o direito à autonomia da vontade, entendida como uma necessidade

humana para o pleno desenvolvimento, procurando identificar seus limites e as soluções para o caso.

A importância do tema no ordenamento brasileiro se constata em face das constantes discussões acerca do papel que o Estado deve ter para encarar essa realidade e amparar os indivíduos envolvidos. Importante ressaltar, nesse sentido, que o poliamor pode gerar discussões de ordem previdenciária, sucessória, tributária etc., sendo fundamental a atuação do Poder Judiciário para evitar qualquer dano de ordem financeira ou social..

As posições jurisprudenciais e doutrinárias estão distantes de um entendimento pacífico sobre o tema, como será exposto. A legislação constitucional e infraconstitucional contêm princípios e normas que entram em conflito na análise do caso concreto. Procura-se conhecer qual o limite da autonomia da vontade em contraste com outros institutos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento brasileiro.

O RECONHECIMENTO DO POLIAMOR EM CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL

Em 2012, foi veiculado pelos meios de comunicação o reconhecimento de união estável, através de Escritura Pública, entre um homem e duas mulheres, no Município de Tupã-SP. A tabeliã argumentou que não havia vedação legal para a aludida lavratura e que era autorizada a isso pelos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e da liberdade para justificar a juridicidade de tal reconhecimento público. A partir desse fato, em que pese o poliamorismo já existir anteriormente principalmente em movimentos de grupos civis em outros países, surgiram várias posições doutrinárias brasileiras tratando do assunto. A divergência das posições perdura na doutrina e na jurisprudência.

Frente a esse caso, surgem alguns questionamentos. Primeiro, em relação à real configuração e definição dessa relação afetiva disposta a constituir uma família, com todos os seus efeitos jurídicos, sucessórios, previdenciários, pessoais etc.. Depois, resta saber se há e quais são os direitos em conflito no caso, analisando a legislação constitucional e civil que regula as relações pessoais e afetivas dos cidadãos. Importa saber se autonomia da vontade em constituir essas relações é direito da personalidade, oponível a terceiros e ao poder público, e qual o alcance que o Estado tem para interferir nessas relações de intimidade e amor.

A discussão deve ser realizada sem preconceitos, de forma a procurar se adaptar às realidades humanas. É um tema novo e que é muito confundido com outras situações jurídicas, como será exposto. A própria forma como foi reconhecida essa união estável, por meio de Escritura em Cartório, bem como seus efeitos jurídicos, são objetos de dúvidas e questionamentos.

CONCEITO DE POLIAMOR E DISTINÇÃO EM RELAÇÃO ÀS RELAÇÕES AFETIVAS RECONHECIDAS NO DIREITO BRASILEIRO

Urge esclarecer que o poliamor se trata de relação afetiva íntima entre mais de duas pessoas, que, de forma transparente, e gozando da sua autonomia da vontade, exercem seu direito de se relacionarem afetiva e sexualmente, com o intuito duradouro. São infinitas as possíveis formas desses relacionamentos sexuais-afetivos entre os adeptos, que podem ser definidos por regras consensuais e mutáveis.

Diferencia-se de outras formas de não-monogamia, tais como o swing, e as relações abertas, nas quais não há o intuito de se constituir uma união estável com mais de duas pessoas. Há, nesse tipo de relação, honestidade e boa-fé entre os envolvidos, que visam gozar de todos os efeitos legais de uma família. É essencial que se faça a presente distinção para o aprofundamento da questão.

Nas palavras de Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, on-line), as relações poliafetivas, também conhecidas como poliamor, “São relações interpessoais amorosas de natureza poligâmica, em que se defende a possibilidade de relações íntimas e duradouras com mais de um parceiro simultaneamente”. Procurando definir a figura jurídica, aduz Rolf Madaleno (2013, p. 26):

Esta é a família poliafetiva, integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional. É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infiéis quando homens e mulheres convivem abertamente relações afetivas envolvendo mais de duas pessoas.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não trata especificamente de uniões poliafetivas objeto do presente estudo. Apenas pacificou entendimento pela distinção entre companheira e concubina, relação esta totalmente distinta do poliamor,

sempre protegendo a instituição familiar¹. É também reconhecida no Direito brasileiro a união estável, sendo que nesta há a relação afetiva apenas entre não mais que duas pessoas.

O conceito do poliamor é diferente do concubinato. Na realidade, poliafetividade são relações concomitantes, com a ciência e consentimento dos envolvidos, que procura ser estável. Pressupõe a honestidade e a transparência, enquanto essas premissas não estão necessariamente presentes no concubinato. Em relação ao gênero, que é outra forma de relacionamento, o Supremo já superou a questão da união entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo a proteção legal² às uniões homossexuais.

Vê-se que a situação do poliamor é distinta do que já foi apreciado pelo STF e envolve o direito a autonomia da vontade, enquanto direito da personalidade, em face da valorização da família e da moral. Deve, portanto, a ciência jurídica encarar essa forma de relacionamento afetivo, evitando que pessoas sejam prejudicadas pela falta de amparo legal. Ademais, o poliamor não se trata de anomalia, mas é fruto da vontade livre e consciente de convivência não-monogâmica, com o intuito de constituir família. Segundo a psicóloga Noely Montes Moraes:

a etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. (Revista Galileu, reportagem “O Fim da Monogamia?”, Editora Globo, outubro de 2007, p.41).

O tema é complexo, com estudos inclusive no âmbito da sociologia e da própria psicologia, e não pode ficar refratário ao ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, para uma melhor compreensão do problema, importante que se discorra sobre o que são os direitos de personalidade e o direito à autonomia da vontade envolvidos na discussão.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA PARA A ESCOLHA DE RELAÇÕES AFETIVAS

A partir da diferenciação entre os institutos tradicionais, ou mais comuns, e da constatação de que o poliamor é fruto do consentimento de indivíduos sem qualquer

¹ RE 590779 / ES, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Julgamento: 10/02/2009, RE 104618 / RJ, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Julgamento: 08/04/1986.

² STF, ADI 4277 e ADPF 132.

impedimento legal para contrair o matrimônio tradicional, urge averiguar sobre como o assunto vem sendo tratado no direito brasileiro. Apesar de a doutrina ser bastante escassa, é possível a tentativa de solucionar o problema à luz do direito positivo existente.

Para a abordagem do assunto, devem-se analisar quais os princípios e regras presentes no ordenamento jurídico brasileiro que tornam o tema controverso na doutrina. Afasta-se, de início, qualquer entendimento que considera a monogamia como princípio fundamental da Constituição Federal, pois não há qualquer disposição expressa ou mesmo implícita nesse sentido. Na lição da Desembargadora Maria Berenice Dias³:

a monogamia não é um princípio, é um norte organizador da sociedade. Até a própria Constituição admite o reconhecimento de filhos fora do casamento. O único problema é que esbarra no reconhecimento de direitos, que a maioria dos estados não reconhece, tem poucas decisões nesse sentido.

É nítido que se está diante de um tema relativo ao direito de personalidade, que são aqueles inerentes à condição humana. São, portanto, irrenunciáveis e intransmissíveis, acompanhando o ser humano desde o momento de sua concepção. São direitos e garantias individuais como à vida digna, à saúde, liberdade, autonomia e à integridade, além de direitos específicos que lhe são consectários. Constituem-se verdadeiros bens inerentes à materialidade e espiritualidade de cada homem (SOUSA, p. 106) e estão em constante evolução, pois, como centro de decisão livre, a pessoa está em constante autoconstrução⁴.

Podem esses direitos ser suscitados contra todas as tentativas de terceiros ou mesmo do Estado em interferir na individualidade do ser humano. Desta forma, são garantias existenciais do ser humano oponíveis às mais variadas formas de intromissão estatal. Constitui-se, assim, como um direito subjetivo, a um só tempo, público e privado.

No caso em estudo, indivíduos conseguiram, através de Escritura Pública lavrada em cartório, que fosse reconhecida união estável entre um homem e duas mulheres. Conseguiram reconhecimento oficial de um direito de suas personalidades, contra o qual o Estado não deveria, *prima facie*, opor-se. Esse ato implica em diversos efeitos

³ Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-consultor-juridico-direito-das-familias-monogamia-nao-e-um-principio-e-so-marco-regulador.cont>

⁴ MACHADO, Diego Carvalho, in REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL – vol. 37 (janeiro/março 2009). Rio de Janeiro, Padma, 2009.

jurídicos sucessórios, pessoais, previdenciários etc, que não podem ser menosprezados pelos juristas e serão adiante explorados.

É rica a discussão acerca da natureza desses direitos personalíssimos, suscitando o aparecimento de algumas correntes jurídicas divergentes. Para alguns doutrinadores, os direitos da personalidade são uma espécie dos direitos fundamentais, enquanto, que para outros, essas figuras jurídicas se confundem. Há ainda os que consideram os também chamados direitos personalíssimos como totalmente distintos e autônomos em relação a outras figuras jurídicas. Essas divergências fazem com que os termos muitas vezes sejam utilizados indistintamente, de forma promíscua (Bonavides, p. 514).

Nota-se, também, que o estudo do dispositivo do art. 11 do Código Civil⁵ não é suficiente para delimitar a matéria. As discussões doutrinárias persistem, pois as mudanças sociais são constantes e exigem a cada dia uma nova análise. Esse dissenso doutrinário se reflete nas posições jurisprudenciais, em alguns julgados o direito a personalidade confunde-se com o direito fundamental⁶, enquanto que em outros é apenas uma espécie do gênero que seria o direito fundamental⁷.

De acordo com a lição de Konrad Hesse⁸, os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade. O citado autor afirma que, em uma acepção mais restrita, os direitos fundamentais são os que o direito vigente qualifica como tais. Para Carl Schmitt⁹, os direitos fundamentais propriamente ditos são os direitos do homem livre e isolado, que possui em face do Estado.

Pode-se, portanto, afirmar que os direitos fundamentais têm um significado bem mais amplo que direito de personalidade. Enquanto que este último refere-se a direitos individuais essenciais para a vida do ser humano, aqueles outros abrangem direitos sociais, econômicos, políticos, culturais etc. Contudo, o direito de personalidade é um direito fundamental, e, desta forma, possui as características da irrenunciabilidade, inalienabilidade e historicidade.

⁵ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁶ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 501789 / PR, Min. Benedito Gonçalves, 12/05/2015, AgRg no REsp 1.467.148/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/2/2015; AgRg no AREsp 611.952/SC, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 10/12/2014; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.371.539/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/11/2014; e AgRg no AREsp 478.312/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2/5/2014.

⁷ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1169337 / SP, Relator(a) Min. Luis Felipe Salomão, 18/11/2014.

⁸ Apud BONAVIDES, ob. cit., p. 514.

⁹ Apud BONAVIDES, ob. cit., p. 515.

Não existe uma enumeração dos direitos de personalidade. Não há dispositivo legal que declare, de forma taxativa, quais esses direitos. Portanto, compete à hermenêutica jurídica “a completa definição dos bens componentes da personalidade física ou moral” (Sousa, p. 115). Como já salientado, são direitos com aspectos físicos ou unicamente espirituais ou morais.

Autonomia significa o poder ou a capacidade de a pessoa realizar a autodeterminação. Decidir seus próprios caminhos e realizar sua própria vontade. É o poder de estabelecer sua própria lei moral. Tem conotação tanto positiva quanto negativa, pois garante ao indivíduo o poder de ter ou não determinado comportamento, sendo a faculdade de agir lícitamente.

Abrange esse instituto jurídico a capacidade e a liberdade tanto sob o aspecto existencial como patrimonial, sendo que no caso sob análise somente o primeiro aspecto é estudado. Desta forma, é garantido ao indivíduo a capacidade de fazer suas escolhas no âmbito pessoal, tais como o modo de se vestir, de se comportar e de se relacionar afetiva e sexualmente. Há, portanto, nítido cunho existencial decorrentes da liberdade individual e da dignidade do ser humano, como salienta Sarmiento (2008, p. 143). Nesse sentido é importante a lição de Diego Machado (p. 25):

A partir da concepção extensa de liberdade que lhe dá suporte, é possível identificar duas dimensões de autonomia privada, do poder do particular de autogovernar sua esfera jurídica, ou construir sua esfera privada, quais sejam, uma patrimonial e outra existencial. A primeira consiste na tradicional roupagem dos atos de autonomia que repercutem no patrimônio da pessoa, cuja expressão precípua é a liberdade de contratar, que tem refúgio constitucional na tutela da livre iniciativa (CF/88, art. 170). A segunda, por seu turno, se apresenta como o lugar das escolhas e decisões de cunho existencial, isto é, de caráter afetivo, sexual, religioso, ideológico etc., com guarida nos arts. 1º, III, e 5º, caput e II da Carta Magna.

Trata-se do poder de cada ser humano de exercer livremente suas escolhas, sem a intervenção de terceiros ou do Estado. Nas palavras de Sarmiento (2008, p.142), autonomia privada é “a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual”. Ressalte-se que essa livre escolha não pode ir de encontro ao interesse coletivo assegurado por lei.

Como todos os seres humanos são diferentes entre si, compete a cada um saber o que é melhor para seu desenvolvimento. De fato, se para determinada pessoa uma atitude vai lhe fazer atingir a felicidade e o bem estar, não necessariamente a mesma atitude funcionará para que outra atinja esses objetivos.

A vontade individual é uma característica intrínseca de cada ser humano, sem a qual não se consegue viver dignamente ou se desenvolver. É também um traço que distingue cada indivíduo. A esse respeito é oportuna a lição de Capelo de Sousa (p. 116):

Parece-nos que a nossa lei não tutela aqui um arquétipo como a personalidade “normal”, física ou sócio-culturalmente abstratamente dominantes, mas cada homem em si mesmo, concretizado na sua específica realidade física e na sua particular realidade moral, o que, incluindo a sua humanidade, abrange também a sua individualidade, nomeadamente o direito à diferença e à concepção e atuação moral próprias, pelo menos até onde não colidam com quaisquer tipos. (...) A personalidade humana não reveste um caráter estático, mas dinâmico, protegendo-se por isso mesmo também o direito ao desenvolvimento da própria personalidade (com a sua inerente adaptabilidade ambiental e sócio-econômica) e sufragando-se a idéia de que tanto a essência com a existência do homem, enquanto determinantes da sua personalidade, merecem idêntica proteção legal”

O direito à autonomia da vontade faz parte da essência do ser humano. É por meio da sua vontade livre, limitada pelo que não for lícito, que o indivíduo exerce com plenitude sua vida. Na sociedade atual, grande parte da população tem acesso aos mais variados meios de informação e às mais diferentes formas de pensamento. Garantir o direito à autonomia é, portanto, uma consequência natural, possibilitando ao ser humano exercer suas escolhas para atingir seus objetivos de vida. É dessa forma que também reconhece Miracy Gustin (p.19):

Pode-se afirmar que a necessidade humana fundamental do homem contemporâneo é a autonomia, condição básica cujo conceito evoluiu e transformou-se ao longo da história do homem. Sugere-se que a condição da autonomia é transcultural e independente da inserção em categorias sociais localizadas e parciais.

Desta forma, percebe-se a pertinência desse direito na relação em estudo. De fato, a liberdade de se constituir uma união estável entre mais de duas pessoas é uma consequência jurídica dessa autonomia, desse poder de autodeterminação. Contudo, não existe direito absoluto no nosso ordenamento, devendo sempre haver limites e ponderações frente a outros princípios.

Importante destacar que os direitos personalíssimos foram entendidos e protegidos de maneira diversa no decorrer da História. Como a própria ciência jurídica, em si, é resultado de processo histórico. É dever da ciência jurídica atualizar-se em relação às constantes transformações nas relações, buscando garantir os direitos essenciais do ser

humano. Ressalte-se que os direitos aqui abordados observam-se nos sistemas ditos igualitários, em que são, pelo menos em tese, reconhecidos para o indivíduo independente de sua raça, credo, sexo ou condição econômica.

Para Maria Celina Bodin a liberdade consolidou-se no direito privado como autonomia. Apropriado para o presente caso o que ensina a autora (2010, p. 190) sobre esses direitos nas relações privadas:

Do ponto de vista de garantia constitucional, o conteúdo da liberdade individual, no que se refere às decisões pessoais, é um espaço, uma possibilidade de escolha que pode se expressar em modos variados: é liberdade tanto a possibilidade de realizar tudo o que não é proibido, com a exigência de não-intervenção na vida privada do indivíduo, ou ainda a possibilidade de autodeterminação ou obediência a si mesmo (isto é, a seu próprio regulamento).

A fixação do conteúdo dos direitos e garantias da personalidade só pode se dar através da interpretação, integração e sistematização do ordenamento. É um problema de “compreensão científico-cultural”, nas palavras de Capelo de Sousa (p. 118). Isso é fruto da dinâmica da sociedade, além da complexidade e ilimitabilidade da personalidade. O caso em análise é um exemplo do desenvolvimento dessas relações.

Mesmo presente em nível constitucional, é necessário reconhecer que esses direitos não são absolutos. Esses direitos da personalidade, como a autonomia da vontade, não existem isoladamente, mas sim dentro de um ordenamento jurídico que exige a ponderação de todas as normas e princípios.

A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE TRATAMENTO JURÍDICO PARA O CASO

Como já salientado ao se conceituar as uniões poliafetivas, existem diferenças entre essas relações amorosas e outras, como o concubinato e as relações abertas. É comum na jurisprudência brasileira, contudo, ainda haver confusão entre as várias situações existentes, impossibilitando alguns avanços na matéria. Principalmente em uma sociedade marcadamente patriarcal, matrimonial, monogâmica, patrimonial e heterossexual, deve o Estado procurar proteger os direitos personalíssimos que venham a surgir.

É indiscutível que dois casamentos não podem ser havidos como válidos, pois é vedada a bigamia, acarretando a nulidade do segundo matrimônio¹⁰. Tampouco é permitido o concubinato¹¹. Ademais, configura-se crime¹² (Código Penal, artigo 235, caput) e pena de reclusão ou detenção, de um a três anos, para aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância (Código Penal, artigo 235, parágrafo 1º).

Como o poliamor não se confunde com essas figuras, nota-se que, a princípio, não há qualquer óbice para que três pessoas sem qualquer impedimento legal se relacionem e queiram conviver com intuito de constituir família. Resta saber se é válido o reconhecimento da união estável realizado pelo Cartório de Tupã-SP.

Como cediço, o Estado deve procurar acompanhar as transformações sociais e regulamentar as relações humanas que vão surgindo no decorrer da evolução. Embora ainda muito controverso, e em número reduzido, a poliafetividade já conta com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que observam a relevância do assunto.

Argumenta-se, em sentido contrário ao reconhecimento do poliamor, que o ordenamento brasileiro teria adotado a monogamia, de acordo com os dispositivos dos arts. 1566, 1723, 1724 do Código Civil e artigos 235 e seguintes do Código Penal. De acordo com esse entendimento, como não poderia haver poligamia em situações de matrimônio, tampouco deveria ser admitido em situações de união estável. Partindo dessa premissa, parte da doutrina afirma que para o reconhecimento jurídico da união estável devem ser atendidos os requisitos elencados no Código Civil. No caso, como não há fidelidade não poderia haver o reconhecimento da poliafetividade. Nesse sentido afirma Madaleno (2013, p. 1140):

Da leitura do artigo 1.724 do Código Civil, não remanescem dúvidas acerca das relações pessoais entre os companheiros obedecerem aos deveres de lealdade, entendendo-se como condições elementares para a configuração da união estável a exclusividade do relacionamento. Portanto, em sintonia com §1º do artigo 1.723 do Código Civil, o casamento antecedente, ou a união estável precedente, ausente de uma separação de fato ou de corpos, impede a constituição legal de outra união estável ou de um segundo matrimônio.

Para Madaleno, é fato que existem essas relações, mas o Registro em Cartório não teria o condão de reconhecer todos os direitos decorrentes dessa relação em face do

¹⁰ Código Civil, art. 1.548, inciso II, c/c art. 1.521, inciso VI.

¹¹ Art. 1.521. Não podem casar:

VI - as pessoas casadas;

¹² Código Penal, art. 235.

Estado. Afirma o autor que “somente o Poder Judiciário está habilitado para reconhecer circunstanciais efeitos jurídicos aos contratos de relações poliafetivas”¹³. Inobstante seu posicionamento contrário aos efeitos pretendidos pelos que pleiteiam o reconhecimento do poliamor, Rolf Madaleno reconhece:

Nem mesmo os modelos de entidades familiares lembrados pela Constituição Federal de 1988 abarcam a diversidade familiar presente na sociedade brasileira, cujos vínculos tem seu suporte no afeto. Tem sido o afeto a nota frequente que identifica a constituição e o reconhecimento oficial de uma entidade familiar

Em sentido favorável ao reconhecimento das relações poliafetivas com seus efeitos jurídicos, outras correntes de doutrinadores entendem que a monogamia não é um princípio jurídico do ordenamento brasileiro. A monogamia seria apenas um traço cultural da sociedade ocidental, sem poder normativo concreto e sem qualquer previsão positivada no ordenamento.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 108) entendem que a monogamia não pode ser considerada um princípio, tendo em vista a forte carga normativa deste último conceito. Preferem considerá-la, pois, uma nota característica da sociedade ocidental, conforme é possível apreender da seguinte passagem:

A atuação estatal não poderia invadir essa esfera de intimidade, pois, em uma relação de afeto, são os protagonistas que devem estabelecer as regras aceitáveis de convivência, desde que não violem a sua dignidade, nem interesses de terceiros. (...)

Nessa linha, por coerência lógica, preferimos simplesmente encarar a monogamia como uma nota característica do nosso sistema, e não como um princípio, porquanto, dada a forte carga normativa desse último conceito, é preferível evita-lo, mormente em se considerando as peculiaridades culturais de cada sociedade.

Assim entendem Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras e Beatriz Ferreira de Almeida (2014, p.92), atribuindo à monogamia e a fidelidade apenas valorização moral e cultural:

A bem da verdade, tanto a monogamia quanto o dever de fidelidade conjugal se resumem a valores morais e culturais, que não devem ser alçados à categoria de institutos com efeitos jurídicos, não cabendo ao Estado perquirir acerca de fidelidade dos cônjuges, ou mesmo da escolha quanto à forma de se relacionarem enquanto família.

¹³ Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-poliafetiva-impossibilidade/9754>. Visualizado em 10 de agosto de 2015.

A monogamia, de acordo com Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras e Beatriz Ferreira de Almeida (2014), vive uma verdadeira crise, em meio às mudanças sociais constantes, com a pluralidade de arranjos familiares existentes. Ademais, existem outros princípios reconhecidos pelo Direito de Família, como o da afetividade e o da intervenção mínima do Estado nas relações familiares que têm estreita relação com o caso e amparam a liberdade para o reconhecimento realizado em Tupã/CE.

O Poder Judiciário já chegou a reconhecer, em suas instâncias inferiores, a possibilidade dessas uniões no Brasil, como todos os seus efeitos jurídicos¹⁴. Conforme leciona Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p.17) “os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*”. Desta forma, sendo um rol meramente exemplificativo, deve-se ampliar a proteção jurídica estatal a todos os arranjos familiares que decorrem do princípio da afetividade.

Quanto à forma de reconhecimento, em virtude da falta de disposição legal a doutrina diverge. Em relação à forma de reconhecimento dessa união de Tupã, Rolf Madaleno tem posição contrária à liberdade de os Cartórios assim procederem. Argumenta o autor:

Contudo, oficializar o triângulo amoroso pela escritura pública de um vínculo poliafetivo não é suficiente para declarar marido e mulheres ou esposa e

¹⁴ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DECLARATÓRIAS CONEXAS RELATIVAS A UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. COMPANHEIRO FALECIDO. Evidenciado, a partir do conjunto probatório, que ambas as autoras mantiveram união estável com o de cujos, inclusive com prole e com todos os contornos que lhe são peculiares: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, a procedência das duas demandas mostra-se inafastável, impondo-se, pois, reconhecer a existência de relações paralelas caracterizando ambas união estável, como definido em lei. (Apelação Cível Nº 70024427676, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, j. em 16/10/2008).

Embargos infringentes - União estável - Relações simultâneas. De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o “de cujos” tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como co-existentes duas entidades familiares simultâneas. (TJRS, 4º Grupo Cível, Embargos Infringentes n.º 70013876867, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 10.3.2006; por maioria)

UNIÕES ESTÁVEIS. CONCOMITÂNCIA. Civil. Ações de Reconhecimento de Uniões Estáveis “post mortem”. Reconhecimento judicial de duas uniões estáveis havidas no mesmo período. Possibilidade. Excepcionalidade. 1 - Os elementos caracterizadores da união estável não devem ser tomados de forma rígida, porque as relações sociais e pessoais são altamente dinâmicas no tempo. 2-As nuances e peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas para uma melhor adequação das normas jurídicas regentes da matéria, tendo sempre como objetivo precípuo a realização da justiça e a proteção da entidade familiar - desiderato último do Direito de Família. (TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 2006.03.1.000183-9, rel. Des. Nívio Geraldo Gonçalves, j. 27.02.2008, m.v.).

maridos de uma relação de poliamor. Somente o Poder Judiciário está habilitado para reconhecer circunstanciais efeitos jurídicos aos contratos de relações poliafetivas, no tocante à partilha de bens em caso de dissolução parcial ou total do triângulo afetivo. De conformidade com o artigo 215 do Código Civil, a escritura pública, lavrada em notas de tabelião é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, mas somente de uma clara manifestação de vontade das partes e dos intervenientes (§ 1º, inciso IV, do art. 215 do CC) de anunciarem publicamente seu relacionamento poliafetivo, e nisto se exaurem os efeitos da mencionada escritura de declaração.

Para Madaleno, essa declaração só seria válida entre as partes, não gerando consequências para terceiros ou para o Estado. Contudo, não nega que é um instrumento de prova de uma relação. Em casos de união estável entre duas pessoas o entendimento pela validade desse ato já é pacífico, sendo inclusive objeto do Provimento 37 do Conselho Nacional de Justiça.

Embora se tratem de situações distintas, não se pode negar validade à Escritura Pública realizada em Tupã, máxime pela falta de vedação legal. Os envolvidos poderão pleitear todos os direitos dela decorrentes, tendo em vista a proteção que se deve dar às mais variadas formas de arranjos familiares. Afinal, esse instrumento é uma forma de se provar a vontade das partes de maneira oficial.

CONCLUSAO

Os direitos personalíssimos, em um sistema igualitário, aplicam-se a todos os indivíduos, indistintamente. É fundamental para a existência e desenvolvimento de cada ser humano. Isso envolve suas escolhas afetivas e sexuais. Não cabe a qualquer ente público ou qualquer outro organismo privado estabelecer os valores, crenças e modos de agir do indivíduo. Esses direitos também são oponíveis em face de terceiros, e não apenas em face do Estado.

Em que pese a carência de jurisprudência e doutrina acerca do poliamorismo, vê-se que em primeira instância já são reconhecidas essas uniões poliafetivas. Os tribunais superiores ainda não decidiram sobre a matéria específica que envolve o caso. Portanto, é um tema que ainda tem muito a evoluir juridicamente. Como realidade fática complexa, essas relações merecem a atenção e regulamentação pelo Estado.

Em situações que não há impedimento legal, e nas quais os envolvidos estão de boa-fé, não pode o ente estatal interferir nas relações íntimas entre as pessoas que querem constituir família diferente do modelo tradicional. Não há por que se negar reconhecimento de escritura pública em que conste a união poliafetiva como uma nova

forma de entidade familiar. Todos os pressupostos para a união estável estão presentes, como a afetividade, relação duradoura, respeito recíproco, objetivo de constituir família.

Não há impedimento legal, de acordo com a leitura do art. 1.521, do Código Civil. Portanto, como no âmbito do direito privado, o que não é vedado, é permitido, deve ser aceita a vontade das partes que celebraram a união. A Escritura Pública da relação deve ser reconhecida como prova apta a gerar todos os efeitos jurídicos, até que o Estado, por meio do legislador, venha a regulamentar de forma diferente essas situações.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998.

BORGES, Roxane Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2007.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares, on line: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/regina-beatrizpoliamor-negado-supremo-stj>, visualizado em 01/06/2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUSTIN, Miracy B. S.. Das Necessidades Humanas aos Direitos, 2ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para Além do Numerus Clausus. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord) Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-poliafetiva-impossibilidade/9754>. Visualizado em 10 de agosto de 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana. 1ª edição. São Paulo, Renovar, 2010.

REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL – vol. 37 (janeiro/março 2009). Rio de Janeiro, Padma, 2009.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2a. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra Editora, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais. Direito de Personalidade. Coimbra, Almedina, 2014.