

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS
DOUTORADO EM DIREITO

FRANCISCO VICTOR VASCONCELOS

**DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS NAS RELAÇÕES POLIAMORISTAS NA
PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA
2024

FRANCISCO VICTOR VASCONCELOS

**DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS NAS RELAÇÕES POLIAMORISTAS NA
PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Doutor a área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra.

VITÓRIA
2024

FRANCISCO VICTOR VASCONCELOS

**DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS NAS RELAÇÕES POLIAMORISTAS NA
PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra

Aprovada em 17 de maio de 2024.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória

Profº. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite
Faculdade de Direito de Vitória

Profª. Dra. Edilene Lobo
Universidade de Itaúna

Profº. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Universidade de Fortaleza

Dedico este trabalho às pessoas mais importantes da minha vida, que me mostram diariamente o significado de família, amor e felicidade. Amo vocês infinitamente, Izabella, Gael, Álvaro e Hariel

AGRADECIMENTOS

Dedico este árduo trabalho às pessoas que me são muito especiais, sem as quais eu não teria alcançado meus objetivos pessoal, profissional e, neste momento, acadêmico. A importância de cada uma reside em sentimento de amor, amizade e cumplicidade de forma mútua e pura. Em todo o processo de estudo, pesquisa e escrita desta obra, tive a inspiração, oriunda da torcida destas diletas e especiais pessoas. Agradeço:

À minha amada, amiga, confidente, cúmplice e esposa, Izabella Tamira, que, numa forma peculiar e corajosa, luta todos os dias ao meu lado por um casamento amoroso e verdadeiro. Aos meus filhos, Gael, Álvaro e Hariel, que, apesar da tenra idade, já mostraram o quão grandes são, ensinando a mim e a Izabella os desafios de uma criação com amor e apego.

Aos meus pais, Francisco Ivo de Vasconcelos e Maria do Patrocínio de Vasconcelos, os quais, sempre demonstrando seu amor e ensinamentos, mostraram-me a realidade da vida e fizeram o melhor para a minha formação acadêmico-profissional.

Às minhas irmãs Vanessa de Vasconcelos, Raphaella de Vasconcelos, seus maridos, hoje, meus irmãos, Herbet Cunha e David Cássio e aos meus sobrinhos, Heitor, Maria Alice e Teresa, dedico-lhes toda minha admiração, respeito e fraternidade, pois vocês são um importante alicerce de minha vida. Aos meus sogros, Antonio Isael Farias e Gorete Galdino, deixo-lhes toda a minha admiração pelo exemplo de casal que são para mim e Izabella.

“Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes.” com a citação de Isaac Newton, agradeço a todos os grandes professores que contribuíram para a minha formação acadêmica, em destaque aos gigantes mestres deste curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Vitória, que, de forma muito carinhosa, ensinaram-me as profundidades científicas do Direito, o que aumentou minha sede de aprendizado. Dentre estes grandes professores, agradeço especialmente ao meu orientador Prof. Dr. Adriano Sant’Ana Pedra, que, na sua paciência e amizade, ensinou-me a melhor maneira de produzir esta tese, bem como à Profa. Dra. Elda

Coelho de Azevedo Bussinguer que ajudou carinhosamente na concretização deste sonho pessoal, que ora finalizo.

Aos professores doutores Américo Bedê Freire Júnior e Carlos Henrique Bezerra Leite pela disponibilidade de examinar o trabalho, participando e contribuindo ativamente nesta importante etapa de minha vida acadêmica.

Agradeço ainda a todos os meus amigos e alunos que, apesar de não terem participado diretamente na execução da pesquisa, torceram e incentivaram neste momento.

Por fim, e não menos importante, louvo a Deus pela força e iluminação durante todos os momentos de minha vida.

“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade” (John Locke)

RESUMO

O presente estudo enfrenta a temática sobre o reconhecimento das relações poliamoristas no ordenamento jurídico brasileiro e suas possíveis consequências previdenciárias, sob o enfoque da Teoria dos Deveres Fundamentais. A pesquisa exploratória e descritiva foi desenvolvida dentro do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, deu-se de maneira bibliográfica qualitativa e teve uma abordagem indutiva. A tese teve o escopo de construir uma resposta à pergunta: É possível reconhecer a qualidade de dependente previdenciário para todos os componentes de famílias poliamoristas como um direito fundamental, sob a perspectiva da Teoria dos Deveres Fundamentais? Estabeleceu-se como marco teórico da pesquisa a Teoria dos Deveres Fundamentais desenvolvida pelo jurista português Casalta Nabais. O presente trabalho foi dividido em três pilares: a análise da conceituação e caracterização das famílias poliamoristas; o estudo da Teoria dos Deveres Fundamentais e sua aplicabilidade no contexto do ativismo judicial; investigação sobre possibilidade de reconhecimento dos direitos previdenciários para os membros das famílias poliamoristas. Nesse percurso acadêmico, foram investigadas as características das relações poliamoristas no Brasil, sob o enfoque dos princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família. No segundo capítulo, promoveu-se um aprofundamento sobre a Teoria dos Deveres Fundamentais e sua compatibilidade com o ativismo judicial. Consignou-se também neste capítulo o estudo de precedentes judiciais, suas funções e elementos, culminando com a ideia de que o dever fundamental do Estado de proteção às famílias pode ser um critério de superação jurisprudencial. No terceiro capítulo, estudou-se a possibilidade de reconhecimento de direitos previdenciários aos componentes de famílias poliamoristas, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedades, corolários da Teoria dos Deveres Fundamentais. Por fim, promove-se uma análise crítica sobre o Tema de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal nº 526 frente ao marco teórico estabelecido.

Palavras-Chave: relações poliamoristas; teoria dos deveres fundamentais; direitos previdenciários; ativismo judicial; tema 526 STF.

ABSTRACT

The present study addresses the issue of recognizing polyamorous relationships in the Brazilian legal system and their possible social security consequences, focusing on the Theory of Fundamental Duties. The exploratory and descriptive research was carried out within the Graduate Program in Law at the Faculty of Law of Vitória. It was conducted through qualitative bibliographic research and followed an inductive approach. The thesis aimed to provide an answer to the question: Is it possible to recognize the status of social security dependents for all members of polyamorous families as a fundamental right, from the perspective of the Theory of Fundamental Duties? The research was based on the theoretical framework of the Theory of Fundamental Duties developed by Portuguese jurist Casalta Nabais. The present work was divided into three pillars: the analysis of the conceptualization and characterization of polyamorous families; the study of the Theory of Fundamental Duties and its applicability in the context of judicial activism; and the investigation of the possibility of recognizing social security rights for members of polyamorous families. Throughout this academic journey, the characteristics of polyamorous relationships in Brazil were examined, focusing on constitutional principles applied to Family Law. In the second chapter, a deeper exploration of the Theory of Fundamental Duties and its compatibility with judicial activism was undertaken. This chapter also included a study of judicial precedents, their functions, and elements, culminating in the idea that the fundamental duty of the State to protect families can serve as a criterion for overcoming precedents. The third chapter studied the possibility of recognizing social security rights for members of polyamorous families, taking into account the principles of human dignity and solidarity, which are corollaries of the Theory of Fundamental Duties. Finally, a critical analysis is conducted of the General Repercussion Theme No. 526 of the Brazilian Federal Supreme Court in light of the established theoretical framework.

Keywords: polyamorous relationships; theory of fundamental duties; social security rights; judicial activism; theme 526 STF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 FAMÍLIA POLIAMORISTA	17
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	20
1.2 APLICAÇÕES PRINCÍPIOLÓGICAS SOBRE A “FAMÍLIA” NO DIREITO BRASILEIRO.....	26
1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	32
1.2.2 Princípio da igualdade	33
1.2.3 Princípio do pluralismo familiar.....	35
1.2.4 Princípio da afetividade	36
1.2.5 Princípio da solidariedade familiar	37
1.3 FAMÍLIA POLIAMORISTA.....	38
1.4 CARACTERIZAÇÃO DO POLIAMORISMO NO DIREITO BRASILEIRO.....	42
2 APLICABILIDADE DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTOS E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL.....	53
2.1 TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS E O ATIVISMO JUDICIAL.....	57
2.1.1 A relação da Constituição Federal com os Deveres Fundamentais	61
2.1.2 Classificação dos Deveres Fundamentais	63
2.2 A APLICABILIDADE DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	66
2.3 DEVERES FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES FAMILIARES	68
2.4 CONCEPÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	74
2.5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES POLIAMORISTAS	80
2.6 O PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS FRENTE ÀS RELAÇÕES POLIAMORISTAS	85
2.6.1 Funções e elementos dos precedentes judiciais	91
2.6.2 Classificação dos precedentes judiciais	96
2.6.3 Os precedentes judiciais na sistemática processual brasileira.....	97
2.6.4 Distinguishing e Overruling.....	109

2.7	O DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA COMO CRITÉRIO DE SUPERAÇÃO JURISPRUDENCIAL	111
3	RECONHECIMENTO DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS AOS COMPONENTES DE FAMÍLIAS POLIAMORISTAS.....	117
3.1	O POLIAMOR NO CONTEXTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	127
3.2	OS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DOS DEPENDENTES EM FAMÍLIAS POLIAMORISTAS	134
3.2.1	Benefícios Previdenciários em prol dos dependentes	138
3.2.1.1.	Pensão por Morte	139
3.2.1.1.1	Desafios da concessão de Pensão por Morte em relacionamentos poliamoristas	143
3.2.1.1.2	Tempo de duração e valor do benefício de Pensão por Morte em caso de reconhecimento de relações poliamoristas	149
3.2.1.2.	Auxílio-Reclusão e Relações Poliamoristas: reflexões sobre elegibilidade e reconhecimento legal	154
3.3	O DIRECIONAMENTO CONSERVADOR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	158
	CONCLUSÃO	166
	REFERÊNCIAS.....	175

INTRODUÇÃO

A família é a célula fundamental da sociedade, desempenhando um papel crucial na vida dos seres humanos, sendo o primeiro ambiente onde se experimenta o afeto e influenciando o desenvolvimento individual e social. O conceito de família está em constante evolução, sendo reavaliado por estudiosos do direito e por magistrados. Por meio de teses e decisões inovadoras, eles promovem uma interpretação contemporânea das leis civis, muitas vezes indo além do antigo paradigma religioso que por muito tempo influenciou a legislação nacional. Essa abordagem busca acompanhar as transformações sociais e atender às demandas da sociedade atual.

A ideia de uma tradicional família, sustentada pelo conhecimento empírico, é composta por pai e mãe (homem e mulher), unidos por matrimônio ou união de fato, e filhos, provenientes desta relação conjugal. Assim, é neste ambiente que os valores morais, éticos e culturais são transmitidos e repassados por gerações. A relevância das relações familiares na sociedade gerou uma proteção da família, através de normas jurídicas cogentes, quais, em virtude da forte influência religião de matriz ocidental, promovem uma restrição na construção de entidades familiares de forma livre.

Entretanto, com a passagem para o Século XXI, houveram profundas reavaliações da definição de família, uma vez que as entidades formadas por famílias oriundas de união estável, as monoparentais, anaparentais e homoafetivas passaram a receber proteção jurídica, como enuncia o artigo 226 da Constituição Federal que diz que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O Código Civil de 2002, por seu turno, adapta-se à ininterrupta evolução social, haja vistas as alterações legislativas decorrentes da constante mutação na sociedade como um todo, inerentes ao direito de família, norteadas pelos princípios e normas constitucionais. Os princípios relacionados ao direito de família não se encontram em um rol taxativo, tendo em vista que muitos deles surgem a partir de interpretações de regras gerais, porém cabe o destaque aos princípios da afetividade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e principalmente o do pluralismo familiar.

Atualmente, discute-se, na seara acadêmica, sobre considerar os membros de uma relação poliamorista como família, haja vista a resistência da sociedade, por causa de sua raiz religioso, bem como, em virtude da ausência de respaldo legal. Etimologicamente, poliamor significa a pluralidade de amores. E, ao pensar para além da conservadora ideia de família, significa compreender o amor em diversas acepções, como fraterna e sexual.

O positivismo jurídico não consegue acompanhar adequadamente as mudanças nas relações sociais e, ao tentar conceituá-las, negligencia aquelas que não se enquadram nos conceitos normativos, dogmáticos e conservadores. Isso leva à concepção de mononormatividade, que é uma construção política e social imposta pela cultura e legislação eurocêntrica. Essa construção se baseia em preceitos religiosos cristãos que afirmam que as relações monogâmicas são o único meio naturalmente aceitável nas relações humanas.

Um dos ramos do Direito que está diretamente ligado às relações familiares e a sua proteção estatal é o Direito Previdenciário. A legislação previdenciária, em destaque a Lei 8.213/91, que trata sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social do Regime Geral da Previdência Social, estabeleceu benefícios não apenas para seus segurados, mas também para seus dependentes, em razão do arranjo familiar, pois lhes é garantida uma proteção mínima para manutenção da renda, por meio de benefícios previdenciários (Pensão por Morte e Auxílio-Reclusão), diante da ausência por falecimento ou reclusão do segurado, que, em muitas das vezes, é aquele que provê o sustento financeiro da família.

Nesse diapasão, deve-se atentar para o fato de que esses novos arranjos familiares se constituem com base, não mais no modelo normativo estabelecido pela tradição cristã, mas sim na liberdade e da afetividade dos indivíduos, porém ainda carecem de proteção expressa estatal.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que "a família é a base da sociedade" e, portanto, busca promover sua proteção de várias maneiras. Além disso, o §8º do art. 226 impõe ao Estado o dever de fornecer assistência à família como um todo, criando

mecanismos para coibir a violência nas relações familiares. Portanto, fica evidente que a Constituição Federal não tem como objetivo apenas tutelar os indivíduos que compõem a família, mas também atender às necessidades da sociedade familiar como um todo.

O artigo 3º da Constituição Federal traz o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Contudo, a ausência desta proteção estatal gera uma grave insegurança jurídica aos componentes de famílias poliamoristas, seja sob o viés sucessório ou no previdenciário, já que na morte de alguém, não se saberá estipular devidamente quem será o herdeiro ou o dependente previdenciário.

O princípio da solidariedade encontra sua essência no postulado da Dignidade Humana, que é um dos pilares fundamentais da nossa Carta Magna. Ele reflete a importância de reconhecermos a interdependência e a responsabilidade compartilhada entre os membros de uma sociedade. A solidariedade vai além da mera empatia, que é a capacidade de compreender e se colocar no lugar do outro. Ela implica em agir efetivamente em benefício dos outros, especialmente em momentos de necessidade ou sofrimento. Trata-se de uma preocupação genuína com a situação alheia e a disposição para tomar medidas concretas para minimizar o sofrimento e promover o bem-estar do próximo.

Esse princípio pode ser aplicado em duas dimensões: vertical e horizontal. Na dimensão vertical, o Estado desempenha um papel fundamental na promoção da solidariedade, por meio de políticas públicas, programas sociais e proteção dos direitos fundamentais. É responsabilidade do Estado garantir a assistência e proteção aos cidadãos, criando mecanismos para coibir a violência e garantir a justiça social.

Na dimensão horizontal, a solidariedade é exercida entre os particulares, no âmbito das relações privadas. Isso inclui ajudar e apoiar uns aos outros, compartilhar recursos, promover a inclusão e combater a discriminação. É através dessa solidariedade entre os indivíduos que se fortalece o tecido social e se constrói uma sociedade mais justa e equitativa.

Portanto, o princípio da solidariedade não se limita apenas à empatia, mas abrange ações concretas e a conscientização da nossa responsabilidade coletiva. É um princípio que busca a promoção do bem comum, a garantia dos direitos e a construção de uma sociedade mais solidária, inclusiva e harmoniosa.

A Teoria dos Deveres Fundamentais, desenvolvida por Casalta Nabais, funda-se da solidariedade. O jurista português, ao se debruçar sobre o tema, concentra as características para a construção de um conceito de deveres fundamentais que se traduzem na “mobilização do homem e do cidadão no campo jurídico para a realização dos objetivos do bem comum”.

As relações poliamoristas são relacionamentos não monogâmicos baseados no amor, respeito, carinho e afeto. Diferentes do modelo tradicional, permitem o envolvimento emocional e afetivo com múltiplos parceiros. Essas relações enfrentam resistência e falta de credibilidade por correntes conservadoras, que veem ameaças aos princípios da família tradicional. No entanto, as relações poliamoristas são baseadas em consensualidade, transparência e construção de vínculos afetivos profundos. Podem assumir diferentes formas, como triângulos amorosos ou redes poliamoristas. Reconhecer a diversidade de modelos de família e relacionamento é importante, desde que haja consentimento e respeito entre todas as partes envolvidas. A compreensão da família e das relações afetivas está em constante evolução.

Contudo, para a corrente liberal, existe o apoio à legitimidade destas como entidades autônomas de família baseada na interpretação que a Constituição Federal de 1988 conferiu aos arranjos familiares.

No julgamento do RE 883168, o Supremo Tribunal Federal não enfrentou diretamente casos de relacionamentos poliafetivos, mas firmou o entendimento de que “É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável.” A linha jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal pauta-se na corrente tradicional da monogamia.

Desta maneira, surge o questionamento a ser enfrentado na tese: É possível reconhecer a qualidade de dependente previdenciário para todos os componentes de famílias poliamoristas como um direito fundamental, sob a perspectiva da Teoria dos Deveres Fundamentais?

A proposta é investigar se direitos previdenciários podem ser reconhecidos ou não aos componentes de famílias poliamoristas de segurados do Regime Geral da Previdência Social, sob a perspectiva do dever fundamental de solidariedade entre os familiares que repercutirá na proteção dada pela Seguridade Social.

Este assunto é bastante delicado e desperta controvérsias sociais, políticas e jurídicas quanto à sua legitimidade. Deste modo, a temática do presente estudo é, portanto, atual e relevante para a operadores do direito, em especial devido à necessidade de defesa de uma sociedade não discriminatória e que respeita a dignidade da pessoa humana, visto que famílias não convencionais ainda são frutos de discriminação social por não reproduzem o modelo tradicional de família.

A justificativa deste estudo está centrada na importância valorativa do instituto das relações poliamoristas no contexto jurídico, buscando alcançar uma compreensão mais abrangente sobre o tema. O objetivo é promover uma pacificação e equidade, considerando a aplicação da Teoria dos Deveres Fundamentais como meio de reconhecer os direitos previdenciários de todos os integrantes de famílias poliamoristas. Essa abordagem é considerada justa e legítima, alinhada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que está diretamente relacionado à necessidade de proteção da comunidade familiar, conforme estabelecido no artigo 226 da Constituição Federal.

1 FAMÍLIA POLIAMORISTA

A família não é uma espécie criada pelo Direito, que apenas regula os vínculos oriundos dessa realidade social. É um fenômeno, uma instituição ou um grupo essencial para a humanidade. A família abrange uma complexidade de laços sanguíneos e afetivos entre as pessoas, fica evidente que a família é não apenas a célula fundamental da sociedade, mas também um núcleo primordial e contínuo para o desenvolvimento e a estabilização da personalidade humana. Portanto, é responsabilidade do Direito não se afastar dessa compreensão ao normatizar as relações decorrentes da família.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 ampliaram a proteção jurídica a outros tipos de entidades familiares além daquela oriundas do matrimônio legal. Portanto, pode-se asseverar que o Direito de Família ou Direito das Famílias é um conjunto de normas civis que regulam as relações que surgem dentro do contexto da vida familiar, derivadas do casamento, da união estável, do parentesco por afinidade ou adoção, assim como dos institutos relacionados à tutela e à curatela. Desta forma, o conteúdo e o complexo de disposições pessoais e patrimoniais reguladas pelo Direito de Família possuem natureza predominante de direito privado e não de direito público:

Sustenta-se, porém, que o Direito de Família não pertenceria ao Direito Privado. Seria um ramo autônomo – próximo ao Direito Público – porque especifica um conjunto de regras que disciplinam a vida jurídica de um organismo: a família. Dessa maneira, a família – tal como o Estado – perseguiria um fim ético superior aos interesses individuais de seus membros. O que caracterizaria este organismo seriam os vínculos de interdependência entre as pessoas e a sua dependência a um fim superior. Trata-se – como se vê – de uma concepção supra-individualista de família. Verifica-se, desse modo, que a noção de família como organismo dotado de caráter transpessoal está ligada a uma concepção hierarquizada da família: hierarquizada nas relações entre marido e mulher e nas relações entre pais e filhos. Nesta perspectiva, as relações entre os membros, como dizem Díez-Picazo e Antonio Gullon, não são relações entre sujeitos iguais ou relações de coordenação, mas, sim, de supra e de subordinação, na qual o centro de gravidade não é a ideia de direito subjetivo, mas a de dever jurídico. Esta posição afigura-se inaceitável (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990, p.16).

A existência de normas de ordem pública no Direito de Família impõe mais deveres do que direitos e limita a autonomia da vontade das partes em relação à maioria dos institutos, como casamento, união estável, parentesco e filiação. Essa imposição é

justificada pelo objetivo de estabelecer um regime de certeza e estabilidade nas relações jurídicas familiares, bem como pela importância social atribuída à família como base da sociedade, o que a torna digna de proteção estatal. No entanto, é importante destacar que, em alguns casos, essa suposta proteção pode resultar na exclusão de direitos:

De um modo geral, os interesses protegidos pelo Direito de Família são considerados personalíssimos, ou seja, irrenunciáveis, intransmissíveis, irrevogáveis, indisponíveis e imprescritíveis, sem conteúdo econômico direto. Deveras, por ser dedicado à tutela da pessoa humana inserida no universo familiar, o Direito de Família se destina primordialmente a resguardar a pessoa nos seus interesses morais, mas ao lado das situações pessoais fundamentais resguardam-se também os interesses materiais ou patrimoniais que lhes são conexos. (PORTO, 2017, p.80)

Ao considerar a família como objeto de estudo, o Direito preocupa-se com organização familiar, enumerando os diversos institutos que lhe são peculiares do que formatando uma definição propriamente dita desse ramo jurídico. A família pode ter acepções amplíssima, ampla e restrita. A primeira abrange todas as pessoas ligadas pela consanguinidade, pela afinidade, até mesmo, por estranhos agregados que vivem às expensas dos servidores públicos civis da União, nos termos do artigo 241 da Lei 8.112/90, por exemplo:

Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual.

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar. (BRASIL, 1990)

Para acepção ampla, família é composta pelos cônjuges, a prole e parentes em linha reta, colateral e afins, conforme se depreende dos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil de 2002:

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos

parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. (BRASIL, 2002)

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), com a redação dada pela Lei de Adoção (Lei 12.010/09) trouxe a concepção ampla no parágrafo único do artigo 25, quando designou como “família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém elos de afinidade e afetividade.” (BRASIL, 1990)

Essas concepções não têm o condão de revelar isoladamente um conceito jurídico de família, mas através delas é possível inferir um sentido técnico que permite compreender a família como “grupo fechado de pessoas submetido à tutela estatal, geralmente formado por pais e filhos e, também, para efeitos limitados, por outros parentes, unidos por vínculos sanguíneos e afetivos, marcados pela convivência sob uma mesma economia e direção” (PORTO, 2017). Com fundamento nas nessas acepções apresentadas, é possível inferir que a legislação emprega a palavra “família”, visando uma regulamentação de efeitos jurídicos sucessórios, alimentares, funcionais, fiscais e previdenciárias.

A estruturação da família por meio das normas civis passou a ser interpretada de forma mais flexível e abrangente a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma nova concepção da família para o Direito. Com a promulgação da Carta Magna, a ideia de que apenas a conjugalidade matrimonial seria a base da família foi superada, abrindo espaço para a proteção de uma variedade de modelos familiares que refletem a diversidade da realidade social. Esse processo foi resultado da despatrimonialização e da repersonalização, que trouxeram uma humanização das relações familiares reguladas pelo Direito. Nesse contexto, é importante ressaltar que a percepção da família pelo Direito está se adaptando progressivamente à realidade

de uma sociedade que valoriza princípios pluralistas e democráticos, em que a afetividade ganha destaque como um elemento jurídico central no núcleo familiar.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Antes mesmo de qualquer organização social, em comunidades nômades, já existiam famílias como grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum ou por meio do matrimônio, e com algum tipo de organização, sob a liderança de um patriarca, um ascendente do sexo masculino, que definia as funções de cada um no núcleo familiar.

Com o crescimento populacional e a ocupação de territórios maiores, esses grupos de descendentes de uma mesma raiz passaram a formar as primeiras tribos onde havia relação de parentesco entre todos os seus membros. Entretanto, devido a antiguidade e primitividade das primeiras famílias, não há evidências exatas de como de fato se deu todos os acontecimentos nos períodos mais remotos, havendo teorias diversas que buscam elucidar como seriam os primeiros comportamentos e a forma que se realizavam as conexões familiares.

Historicamente, será usado o referencial de família estabelecida por Friederich Engels (1884) na obra “A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado”, que, através dos estudos do antropólogo Lewis Henry Morgan sobre os iroqueses, que pôde caracterizar os sistemas de parentesco e formas de matrimônios, que trouxeram a formação da família.

No livro "A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado", Engels descreve três modelos de família propostos por Morgan. A Família consanguínea é considerada o primeiro estágio de progresso na formação da família, onde as relações sexuais entre pais e filhos são excluídas. A Família Punaluana é vista como o segundo estágio, que proíbe as relações sexuais entre irmãos e irmãs, introduzindo a categoria de sobrinhos, primos e primas. Nesse modelo, surgem as gens, que são grupos fechados de parentes consanguíneos por linha materna que não podem se casar entre si. A

Família Sindiásmica representa um estágio primitivo da Família Monogâmica, onde o casamento entre pares é observado, embora a poligamia e a infidelidade sejam direitos dos homens, enquanto a fidelidade era exigida das mulheres, e o adultério era punido. Esses modelos de família são apresentados por Engels para traçar uma linha evolutiva na formação das instituições familiares ao longo da história. (ENGELS, 1884, p. 28-33)

Nesse contexto, as mulheres não tinham grande representatividade social, tendo papel de filhas e, em seguida, de esposas, sendo encarregadas dos cuidados com os filhos e tarefas domésticas. Quando filha, era subordinada ao pai, quando esposa subordinada ao seu marido. O casamento monogâmico, naquela época, cerceava os direitos das mulheres:

Baseado, portanto, no domínio do homem com a finalidade de procriar e onde a paternidade fosse inquestionável, com uma solidez maior dos laços conjugais é que nasceu a família monogâmica, onde o casamento era a forma de apropriação da mulher. Essa alteração na estrutura familiar surgiu na transição da fase média para a superior da barbárie, sendo um dos efeitos da civilização latente. Com o surgimento da propriedade privada o direito materno é abolido, sendo substituído pela filiação masculina, de forma que fosse garantida a transmissão da herança aos filhos legítimos. Nesse período somente ao homem era permitido o direito de romper o casamento ou, em caso de traição ou infertilidade, poderia repudiar a mulher. (RINCO, DE LORETO, 2021, p.26)

Avançando na história até a sociedade romana, que teve grande influência no modelo de vida ocidental, verifica-se que havia uma perpetuação do modelo patriarcal, no entanto, com o passar dos anos outros membros da família foram ocupando lugares de maior relevância na sociedade. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2011) afirma:

Com o decurso da história romana, as regras tiveram sua severidade atenuada e os romanos conheceram o casamento sine manu, uma vez que o expansionismo militar demonstrou a necessidade da criação de um patrimônio independente entre pais e filhos. A partir do século IV, adveio o Imperador Constantino, o primeiro imperador cristão, e instalou-se a concepção de família cristã, com predominância de preocupações de ordem moral. Logo, a família pouco a pouco evoluiu no sentido de restringir a autoridade do varão, e assim, deu-se maior autonomia à mulher e aos filhos, os quais passaram a administrar os próprios vencimentos militares. (GONÇALVES, 2011, p.31)

Sob a influência do Cristianismo, alguns valores de igualdade e fraternidade passam a ser mais difundidos fazendo com que a mulher passasse a uma condição mais digna. Cita-se por exemplo, uma doutrina cristã afirmada pelo Apóstolo Paulo: “Não há judeu nem grego, escravo nem livre, homem nem mulher; pois todos são um em Cristo Jesus.” (Bíblia Sagrada, 2007, p. 1542).

Em determinado momento, o casamento se eleva a uma forma sacramento cristão, sendo combatido quaisquer formas de relacionamento que não fossem conforme os padrões normativos da Igreja, ou seja, as uniões deveriam ser monogâmicas e heterossexuais e outros modelos ou relações extraconjugais eram ofensas ao padrão da Igreja.

Por volta do século IV, no reinado do Imperador Constantino, o cristianismo a religião oficial do Estado Romano. Dessa forma, as regras antes restritas aos cristãos passaram a influenciar as normas estatais que deveriam ser observadas por todos os súditos do império, levado a perseguição, discriminação e condenação dos que não se adequavam aos padrões impostos pela Igreja e o Império Romano.

O poder normativo da Igreja sobre a sociedade se perpetuou por toda idade média e irradia-se ainda no direito no mundo ocidental contemporâneo e, obviamente, no ordenamento jurídico pátrio, já que a sociedade brasileira professa o cristianismo em sua maioria e tem valores cristãos preservados no comportamento em grande parte sociedade. Tal modo reflete nos legisladores, que, sob a influência dos costumes, do Direito Romano e do Direito Canônico construíram as normas sobre Direito de Família.

O modo de vida contemporâneo, no entanto, tem promovido inúmeras alterações nas relações sociais, entre elas, o modo de como os arranjos familiares se estabelecem. Com isso, o que se busca ao constituir uma família não é simplesmente pela procriação e a transmissão de tradições de um modo de vida, mas o eudemonismo (busca da felicidade) e a socioafetividade são as características mais marcantes desse novo modo de vida.

Essa análise terá por marco inicial a Constituição de 1824, a primeira constituição do Brasil independente, a qual foi outorgada por D. Pedro I. A referida Carta teve por

inspiração o constitucionalismo inglês, fazendo referência assim apenas aos poderes do Estado e garantias individuais. A Constituição Imperial estabeleceu a religião Católica Apostólica Romana como religião oficial, e para a Igreja o casamento possuía status de sacramento:

Art. 5º - A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo. (BRASIL, 1824)

Apenas com o Decreto 1.144/1861 se passou a atribuir efeitos civis a casamentos realizados por outras religiões, reconhecendo assim, outras formas de famílias não importando a regra de fé adotada pelo casal, passando os filhos nascidos dessas uniões a serem reconhecidos como legítimos:

Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na fôrma das Leis do Imperio serão extensivos:

1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fóra do Imperio segundo os ritos ou as Leis a que os contrahentes estejam sujeitos.

2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Imperio, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso.

3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na fôrma que determinado fôr em Regulamento.

4º Tanto os casamentos de que trata o § 2º, como os do precedente não poderão gozar do beneficio desta Lei, se entre os contrahentes se der impedimento que na conformidade das Leis em vigor no Imperio, naquillo que lhes possa ser applicavel, obste ao matrimonio Catholico. (BRASIL, 1861)

Com o enfraquecimento do poder político da religião no mundo moderno, em especial pelo fortalecimento da ideia de separação entre Igreja e Estado como um movimento crescente no ocidente, houve uma maior liberdade para que arranjos familiares diversos pudessem ser estabelecidos sem que isso significasse crime ou perda de direitos dos envolvidos. No Brasil, o marco normativo dessa separação (igreja-estado) foi o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que assim prescreve:

Art. 1º É proibido a autoridade federal, assim como a dos Estados federados, expedir leis, regulamentos ou atos administrativos, estabelecendo alguma

religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivos de crenças, ou opiniões filosóficas, ou religiosas. (BRASIL, 1890).

Após a criação do casamento civil pelo Decreto 181, a Constituição de 1891, após a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, afirmou expressamente que o Estado Brasileiro só reconhece o casamento civil e sua celebração era gratuita:

Art 72 – in omissis

[...]

§4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

Em 1916, com o Código Civil, ficam claras as características da sociedade da época que foram positivadas no referido código. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2003):

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clóvis Beviláqua recebeu o encargo de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade masculina. Transformou a força física do homem em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido. A família se identificava pelo nome do varão, sendo a mulher obrigada a adotar os apelidos do marido. O casamento era indissolúvel. Só havia o desquite – significando não quites, em débito para com a sociedade – que rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento.

Só o casamento constituía a família legítima. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de concubinato, eram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica, não gerando qualquer direito. Em face da posição da mulher, às claras, era ela a grande prejudicada. A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento. Nominados de naturais, adulterinos, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai que saia premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial. Quem era onerada era a mãe que acabava tendo que sustentar sozinha o filho, pagando o preço pela “desonra” de ter um filho “bastardo”. (DIAS, 2003, p. 52)

Esse modelo de privilégio da figura masculina ainda se encontra em algum modo enraizado na sociedade sendo demonstrado de forma consciente ou inconsciente nas relações, sendo muitas vezes de forma sutil e pouco perceptível. Apenas com a Lei 4.121/1962, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, houve o primeiro marco

para início da quebra dos privilégios masculinos, a referida lei devolveu capacidade plena da mulher, que passou a colaborar na administração da sociedade conjugal, sendo desnecessária a autorização do esposo para o trabalho.

Em 1977, surgiu a Lei 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, que, apesar do nome, não trouxe grandes alterações práticas para a separação, alterando o termo “desquite” para “separação judicial”. As alterações substanciais trazidas pelo referido diploma legal permitiram a liberdade da mulher de não adotar obrigatoriamente o patronímico do esposo; a possibilidade de o marido postular alimentos; e alterou o regime legal de bens, substituindo a comunhão universal pela comunhão parcial de bens.

Entretanto, os maiores avanços normativos surgiram na Constituição Federal de 1988, que trouxe a igualdade entre homens e mulheres dentro e fora da relação familiar (art. 5º, inciso I e art. 226, § 5º) e o reconhecimento de famílias constituídas não somente pelo matrimônio. Na Carta Magna de 1988, a união estável entre homem e mulher foi declarada como entidade familiar, assim como, a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226 da CF/88).

A Constituição Federal de 1988 impactou toda a legislação vigente, que estava calcada sobre premissas já ultrapassadas e fez surgir o movimento de constitucionalização do Direito Civil, impondo o dever de interpretar das leis vigentes com enfoque nos princípios e ditames constitucionais. Por outro lado, houve nos primeiros anos da vigência da nova ordem constitucional uma resistência legislativa de abolir o Código Civil de 1916, e somente em 2002, foi sancionado o novo Código Civil, ora vigente, que trouxe diversas atualizações sobre filiação, as regras para a união estável como entidade familiar, entre outros avanços.

No entanto, o Código Civil de 2002, no que se refere a famílias poliamoristas e poliafetivas, trouxe restrições ao estabelecer impedimentos para realização de casamento e para o reconhecimento de união estável simultânea ao casamento e a outra união estável já constituída, tratando essa condição como concubinato, o que limita os direitos de famílias não-monogâmicas.

Seguindo a cronologia legislativa brasileira, em 07 de agosto de 2006, foi publicada a Lei 11.340 (Lei Maria da Penha), que embora se volte essencialmente para regular mecanismos de proteção contra violência doméstica, ampliou o conceito legal de família ao qualificá-la no art. 5º, II como “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou vontade expressa.”

Essa mesma lei trouxe uma inovação do conceito de família na medida em que prestigia a vontade, como um instrumento de realização dos vínculos familiares, bem como reconhece a multiplicidade de origens vinculares, fazendo expressa menção à vontade e à afinidade, como fatores embrionários da relação familiar. (RINCO, DE LORETO, 2021, p.28)

Apesar da inovação, ela ficou restrita ao ramo do direito penal e não significou um reconhecimento civil de direito às famílias poliafetivas, nem trouxe qualquer repercussão no direito a benefícios previdenciários, situação persistente até os dias atuais.

Dessa forma, a análise da evolução legislativa na história nacional a partir da Constituição de 1824, demonstra que o objetivo da maioria dos diplomas legais editados era reproduzir o modelo tradicional de família, especialmente o reconhecido pela Igreja Católica. Apenas com a Carta de 1988 houveram avanços consideráveis na busca de maior igualdade e no reconhecimento de entidades familiares não formadas exclusivamente pelo casamento, representando um verdadeiro marco na evolução do direito de família.

Há ainda muito a ser atualizado no ordenamento jurídico pátrio, em especial no que se refere a garantias de direitos às entidades familiares poliafetivas, tanto nas questões sucessórias quanto em previdenciárias, sendo fundamental incluir essas entidades familiares nos mecanismos de proteção estatal já disponíveis para as demais famílias.

1.2 APLICAÇÕES PRINCÍPIOLÓGICAS SOBRE A “FAMÍLIA” NO DIREITO BRASILEIRO.

Como já explicitado, a família é a instituição mais antiga já existente e de acordo com a Sociologia, sendo composta por um conjunto de pessoas, ligadas por laços de parentescos, consanguíneos ou por afinidades. Para o Direito de Família Contemporâneo o que importa é a essência das relações, abandonando a forma arcaica de família formada por pai, mãe e filhos, sobrelevando, assim, a afetividade nas relações pessoais para a caracterização de família:

A afetividade é atualmente o elemento agregador da entidade familiar, na busca sempre de uma família eudemonista que se realiza na felicidade e na proteção de cada um dos membros que a integra. (CARVALHO, 2020, p.85)

O princípio da afetividade é sem dúvidas, um dos princípios de maior relevância e importância para o direito de família, pois foi com este princípio, que as atuais modalidades de relações familiares, tiveram seus direitos garantidos e uma enorme proteção assegurada pelo Estado.

O direito de família moderno interpreta-se melhor como direito das famílias, uma vez que foram reconhecidas outras formas de constituição da família, abandonado o aspecto singular, oriundo do casamento, para abranger a pluralidade familiar. De acordo com Paulo Nader (2017):

Direito de Família é o sub-ramo do Direito Civil, que dispõe sobre as entidades formadas por vínculos de parentesco ou por pessoas naturais que se propõem a cultivar entre si uma comunhão de interesses afetivos e assistenciais. Além destas relações, abrange ainda os institutos da tutela e curatela, que não se atrelam necessariamente à família. Esta é a noção do Direito de Família em sentido objetivo. Considerada sob o aspecto subjetivo a expressão se refere aos poderes conferidos pela ordem jurídica aos membros da sociedade familiar. (NADER, 2017)

Quanto à classificação de sua natureza jurídica, o Direito de Família passa tanto pelo direito privado, quanto pelo direito público. O art. 1.513 do Código Civil dispõe que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, intervir na comunhão de vida instituída pela família”. Contrapondo-se ao Código Civil, temos a Constituição Federal, que estabelece em seu art. 226 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Com base nesses artigos, constata-se que o direito de família está inserido no direito privado, e apesar de poder sofrer intervenção estatal através

de determinações de ordem pública, ele age em função de interesses individuais e da família. Segundo Rizzardo, (2014),

a íntima aproximação do direito de família ao direito público não retira o caráter privado, pois está disciplinado num dos mais importantes setores do direito civil, e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão. As relações adstringem-se às pessoas físicas, sem obrigar o ente público na solução dos litígios. A proteção às famílias, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado na observância ou não das regras correspondentes pelos cônjuges ou mais sujeitos da relação jurídica. (RIZZARDO, 2014, p.6)

A família é considerada em todos os lugares do mundo e sistemas legislativos, uma instituição indispensável, que deve ser tutelada pelo Estado. A intervenção estatal no direito de família garante a entidade familiar proteção, por intermédio de normas e criação de órgãos de proteção, obedecendo ao art. 226, da Constituição Federal de 1988 que dispõe: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Contudo, a função de proteção que o Estado exerce, não altera o caráter privado do direito de família. O direito de família possui outra característica de suma importância, que é a sua natureza jurídica personalíssima, assim sendo, ele é intransmissível, irrenunciável e intrasferível.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inobstante seu condão programático, representou uma nova universalidade dos direitos fundamentais, inserindo-os em um grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia, figurando-se como uma carta de valores e princípios sobre os quais se assentavam os direitos de primeira, segunda e terceira gerações (BONAVIDES, 2008). A partir de então, iniciou-se o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, que foram categorizados como direitos fundamentais de primeira geração, que refletiam o individualismo que inspirou as revoluções burguesas, estabelecendo-se direitos civis e políticos baseados na liberdade e que poderiam ser exercidos pelos indivíduos contra o Estado. Posteriormente, com o surgimento da industrialização e a influência do marxismo, surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, que se voltaram para questões econômicas, sociais e culturais, os quais foram abraçados pelas Constituições do México e de Weimar e enfatizaram a igualdade e a proteção da coletividade. Por último, há os direitos de terceira dimensão, que pregam a ideia de solidariedade e fraternidade, buscando proteger a humanidade como um todo, de

forma ampla e difusa. Esses direitos incluem o direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento, entre outros.

Para o eminente Professor Ingo Sarlet (2018), a possível confusão entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não se mostra prejudicial, pois os direitos fundamentais, de certa maneira, também serão direitos humanos:

Já a partir do exposto, considerando que há mesmo vários critérios que permitem diferenciar validamente direitos humanos de direitos fundamentais, assume relevo – como, aliás, dão conta alguns dos argumentos já deduzidos – que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais também pode encontrar um fundamento, na circunstância de que, pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional. (SARLET, 2018, p. 280).

Nesse contexto, é relevante mencionar o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ (1948), que estabeleceu princípios importantes para as relações familiares. Esse artigo reconhece o direito fundamental e humano de formação familiar, o livre consentimento para contrair e extinguir matrimônio, bem como a igualdade entre os cônjuges. No entanto, na época em que a Declaração foi promulgada, seus efeitos não se alinhavam de forma efetiva com o ordenamento sociojurídico brasileiro, que não previa sequer o divórcio e possuía uma legislação desatualizada e claramente discriminatória em relação aos cônjuges.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que o princípio da igualdade conjugal passou a ser valorizado, sendo que o legislador constituinte incluiu

¹ Artigo 16

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

explicitamente a proteção especial da família como responsabilidade do Estado. A partir desse momento, o Estado brasileiro passou a ter interesse nas relações familiares no âmbito constitucional e a incorporação de princípios fundamentais na Carta Magna marcou um processo inevitável de constitucionalização que alterou a interpretação e a aplicação de diversos institutos do Direito Civil, aproximando assim o Direito Civil e o Direito Constitucional.

A Constituição Federal de 1988 incorporou ao seu texto todas as modificações que ocorrem no direito de família, adotando a nova ordem de valores e priorizando a dignidade da pessoa humana. Trouxe inúmeras mudanças positivas para o instituto familiar. Reconheceu que existem diversidades de formas de se constituir uma família, tornando a entidade familiar plural, abandonando o aspecto singular, em que a família só era constituída por intermédio do casamento. A proteção que antes só beneficiava a família advinda do matrimônio, passou a abranger todas as formas de constituição familiar.

Foi consagrado o princípio da igualdade no direito de família, tanto no que se refere ao homem e a mulher, que passaram a ter proteção e direitos igualitários na relação, quanto à igualdade entre os filhos, garantindo a todos os mesmos direitos, não importando mais a sua origem, que anteriormente eram divididos entre legítimos e ilegítimos, reconhecendo que todos os filhos são iguais entre si e merecem o mesmo tratamento.

Um dos assuntos que mais sofreu mudanças com a chegada da Constituição de 1988 foi à filiação, pois o Código Civil de 1916 considerava desiguais os filhos não naturais, deixando até fora da herança os filhos adotados em detrimento dos filhos naturais ou biológicos.

Com todas essas significativas mudanças que a Constituição Federal introduziu no ordenamento jurídico, vários dos dispositivos do Código Civil que até então estava em vigor foram revogados parcialmente, por não serem recepcionados pelo novo ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, o Código Civil de 1916 perdeu sua força de lei fundamental do direito de família, deixando com isso que a Constituição ocupasse o seu lugar, tornando-se a principal fonte de fundamentação do direito familiar.

Em 2002 entrou em vigor o atual Código Civil, que procurou fazer uma atualização de todos os aspectos essenciais do direito familiar. Este Código precisou passar por profundas modificações, na tentativa de se adequar as normas constitucionais. O Código Civil assegura o princípio da igualdade entre os cônjuges, chegando até a fazer a substituição da expressão utilizada anteriormente, que era a de Pátrio Poder pela nova Poder Familiar, que será exercida pela mulher e pelo marido em igualdade. Com relação ao instituto da filiação, são equiparados para os efeitos legais todos os filhos, inclusive os adotivos. Não podendo existir nenhuma forma de discriminação entre eles.

Outro assunto importante que o Código Civil tratou foi à modernização do instituto da união estável, que permite que seja constituída, mesmo entre pessoas impedidas de casar, desde que separadas de fato, ao mesmo tempo em que elevamos o companheiro a um patamar quase igual ao do cônjuge.

Com todas as mudanças e alterações que aconteceram no Direito de Família, pode-se dizer que surgiu um Novo Direito de Família, no qual alguns dos antigos princípios do Direito de Família foram aniquilados, surgindo novos, dentro da ideia de constitucionalização e personalização, transformando esse ramo jurídico. Muitos desses princípios são encontrados expressamente na Constituição Federal, no nosso ordenamento jurídico, enquanto outros serão encontrados nesse mesmo instituto, só que de forma implícita, mas com o mesmo grau de importância.

O Código Civil de 2002 procurou se adaptar às mudanças ocorridas no direito de família, observando o surgimento dos novos costumes e a evolução da sociedade para, com isso, fazer surgir uma regulamentação mais completa e atualizada e de acordo com as normas e princípios constitucionais. Todas as alterações que foram incluídas possuem a finalidade de preservar os valores culturais, concedendo a família contemporânea um tratamento mais adequado à realidade social.

Segundo o doutrinador Pablo Stolze Gagliano (2017, p.77), “constitui tarefa bastante pretensiosa esgotar todos os princípios informadores e importantes do direito de família e por isso temos que direcionar o estudo para uma melhor eficiência”. Portanto,

é necessário discorrer apenas acerca dos princípios de grande importância e relevância para o instituto da família poliafetiva.

A constitucionalização de princípios como dignidade, solidariedade, pluralidade familiar, igualdade, respeito às diferenças, liberdade de planejamento familiar, paternidade responsável, autonomia e menor intervenção estatal na vida privada provocaram uma mudança significativa na abordagem patrimonialista que predominava no Direito de Família. Essa transformação despatrimonializou as relações familiares para as repersonalizar e as humanizar. Esse processo é reforçado pelo reconhecimento da afetividade como um princípio, valor ou categoria jurídica, pois essa valorização representa a humanização do Direito de Família, promovendo uma reforma positiva de valores e concepções.

1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio possui previsão no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, o qual evidencia que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, de modo a torna-lo um princípio máximo, que deve servir de base para a interpretação dos demais preceitos constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana, dentre todos os princípios, é o mais universal de todos, sob o qual estão inclusos valores e princípios essenciais, como a igualdade, cidadania e a liberdade. De acordo com Carvalho (2020),

Os homens são livres e iguais em dignidade e direitos. Demonstrando assim, dessa forma que o direito de família está ligado aos direitos humanos e à dignidade, o que tem resultado no reconhecimento jurídico da igualdade da mulher e do homem, de outros modelos de constituição de família, na igualdade dos filhos, independente de sua origem. (CARVALHO, 2020, p.89)

Observa-se que o direito de família e o princípio da dignidade da pessoa humana estão completamente interligados, pois a família é utilizada como meio de defesa da dignidade da pessoa. Segundo Rolf Madaleno (2018):

[...] o direito de família tem sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familiar, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar. (MADALENO, 2018, p.97)

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos utilizados na defesa da diversidade de constituição familiar e nas diferentes maneiras de relações, podendo ser uma relação familiar ou de filiação, onde ambas são dignas de respeito e merecem ter os seus direitos garantidos e assegurados pelo Estado. Com isso, fica evidente que qualquer tipo de prevalência ou tratamento diferenciado entre os tipos de filiação e de constituição familiar é um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios pilares da Constituição, sendo dever do ordenamento jurídico garantir em todas as relações familiares a dignidade de todos os seus membros e o respeito as suas escolhas.

1.2.2 Princípio da igualdade

O direito de família foi bastante atingido pelo princípio da igualdade, tanto no que se refere à igualdade de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, quanto na igualdade entre os filhos, não importando sua origem, dando a todos os filhos um igualitário tratamento, sendo proibido fazer qualquer tipo de distinção entre eles.

O princípio da igualdade também versou sobre a isonomia entre as diferentes modalidades de família, criadas de diversas formas, sendo garantido a todos os diferentes modelos de constituição familiar, o mesmo grau de importância e relevância no Direito de Família.

A igualdade jurídica entre homens e mulheres foi uma das mudanças mais importantes trazidas pela Carta Magna, que equiparou a mulher ao homem e garantia os mesmos direitos e deveres a ambos, quebrando com isso séculos de poder patriarcal, onde o homem era o chefe da relação conjugal e familiar.

Vale ressaltar que a igualdade aqui não é referente apenas ao cônjuge na relação matrimonial, mas também, em relação à pessoa, aplicando essa igualdade em todos os modelos de família, sendo necessário preservar o respeito às diferenças e à diversidade e resguardar a dignidade da pessoa humana. De acordo com o doutrinador Paulo Lobo (2015):

Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade familiar do que qualquer outro. (LOBO, 2015, p.59)

Com o surgimento e aplicação desse princípio, sujeitos que antes eram ignorados pelo ordenamento jurídico, passaram a ter os seus direitos reconhecidos e protegidos pela Constituição Federal. Deste modo, na atualidade, são reconhecidas e tuteladas tanto as famílias tradicionais, oriundas do matrimônio, quanto as informais, criadas de uniões livres, socioafetivas, monoparentais e famílias recompostas, constituída pelo companheiro ou cônjuge e seus filhos frutos de um relacionamento anterior.

Nota-se nesse contexto, que de um lado temos a família tradicional, tida como “legítima” e do outro temos a família informal, no qual ambas as modalidades merecem o mesmo tratamento e proteção. Importante destacar que o art. 226 da Constituição Federal, faz menção a família, que deve ser entendida em seu sentido amplo, com o intuito voltado à igualdade, sem qualquer discriminação.

Ademais, a igualdade não se limita somente aos cônjuges e companheiros, pois nas relações familiares é necessária a igualdade entre os filhos, tornando todos iguais perante a lei, pouco importando sua origem. Com a chegada da Constituição Federal de 1988 foi extinta qualquer diferença que antes existia entre os filhos, havidos ou não do casamento ou por outro meio e proibiu qualquer forma de discriminação entre a filiação afetiva e biológica.

Segundo o art. 227, § 6.º, da Constituição Federal de 1988 “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O mesmo texto está inserido no art. 1596 do Código Civil, dando maior destaque e força normativa ao princípio da igualdade dos filhos.

De acordo com Dimas Messias de Carvalho (2020, p.99), o princípio da igualdade jurídica entre os filhos foi uma das maiores inovações no direito de família. A

Constituição de 1988 reconheceu expressamente a paternidade socioafetiva, além da possibilidade de adoção, incluindo aquela oriunda da reprodução medicamente assistida e da adoção à brasileira, ambas reconhecidas como parentesco de outra origem.

1.2.3 Princípio do pluralismo familiar

Este princípio teve seu momento mais importante na Constituição Federal quando quebrou vários paradigmas, trazendo novas espécies de família, abandonando a unidade familiar, que até então era uma modalidade exclusiva, passando a tratar o direito de família como algo mais amplo, se consolidando conforme os novos arranjos familiares, aceitando a diversidade de espécies.

Com toda essa evolução social, ocorreram mudanças na legislação, como foi o caso do Código Civil de 2002, que surgiu à luz de novos princípios constitucionais que garantiam uma maior proteção à família moderna, preservando seus valores culturais e respeitando os diferentes modelos familiares que foram surgindo.

De acordo com o art. 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e possui uma especial proteção estatal. Não sendo permitido excluir, diminuir ou fazer qualquer tipo de discriminação a nenhum dos diferentes tipos de arranjos familiares, quando estes, estiverem em conformidade com os requisitos necessários, que são a estabilidade, o vínculo afetivo e a finalidade de constituir uma família. Maria Berenice Dias aponta (2016):

Com a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares. (DIAS, 2016, p. 80)

Com isso, os diferentes modelos existentes de famílias, sejam eles oriundos de união estável, de família monoparental, família recomposta, família socioafetiva ou família homoafetiva, passaram a ter a natureza de entidade familiar, tendo como fundamento

a afetividade, sendo assegurados todos os direitos da entidade familiar para as novas modalidades de constituição de família.

1.2.4 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade não possui previsão legal, mas está implícito na Constituição Federal como fonte de inspiração do direito de família, além de estar implícito na legislação infraconstitucional, servindo como norma orientadora desse ramo.

O afeto é de enorme importância para o direito de família, pois a afetividade é a base principal da relação familiar. Não há como falar de direito familiar sem falar da afetividade, pois são duas coisas completamente interligadas. Ralf Madaleno (2018, p.145) define que, “o afeto é 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”.

O vínculo da afetividade existe desde sempre, porém, não era dada importância e relevância para o mesmo, estando sempre como coadjuvante no direito de família, nunca como principal. Por muitos anos o vínculo afetivo ficou em segundo plano, ser ter o devido reconhecimento da sua relação, enquanto que o vínculo biológico, possuía todos os seus direitos garantidos e respeitados.

O afeto aos poucos foi ganhando seu espaço, tornando-se um dos principais princípios norteadores do Direito de Família na contemporaneidade. A afetividade trouxe três grandes consequências nos últimos anos ao direito de família, consequências essas, que são duramente discutidas por juristas e renomados doutrinadores.

A primeira consequência que o princípio da afetividade trouxe foi o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, que tentou por anos, ser reconhecida como entidade família, mas por conta do enorme preconceito existente, não conseguia obter êxito, mas o princípio da afetividade conseguiu quebrar essa barreira e hoje a união homoafetiva possui sua relação devidamente reconhecida e protegida.

A segunda consequência foi a possibilidade de reparação de danos decorrente do abandono afetivo dos pais ou responsáveis, pois foi comprovado que o abandono afetivo gera problemas psicológicos gravíssimos, comprometendo o pleno desenvolvimento de um menor, gerando com isso uma dificuldade de se relacionar com as pessoas.

A terceira e última dessas consequências trazidas para o direito de família, pelo princípio da afetividade, foi o reconhecimento de uma nova modalidade de parentesco, a parentalidade socioafetiva, que surge dos laços afetivos criados entre pessoas.

1.2.5 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade é uma das bases fundamentais do Direito de Família, tendo como objetivo a promoção da harmonia, cooperação e ajuda mútua entre os membros da família. Esse princípio encontra fundamento constitucional no artigo 226, § 8º da Constituição Federal, que dispõe sobre a proteção dos laços familiares.

A solidariedade deve ser entendida como um dever de todos os membros da família, independentemente de sua condição econômica, social ou familiar. Implica na reciprocidade de deveres e direitos entre os membros da família, de modo que todos devem contribuir para o bem-estar da família como um todo.

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira tem reconhecido a importância da solidariedade nas relações familiares. Em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, ficou consignado que "a solidariedade deve permear as relações familiares, sendo que todos os membros da família devem contribuir para a construção de um ambiente saudável e harmonioso, em que prevaleçam o respeito, a cooperação e a ajuda mútua" (Apelação Cível nº 0008881-11.2015.8.26.0348).

A solidariedade também se revela na obrigação alimentar entre os membros da família, que é regulamentada pelo Código Civil brasileiro. Segundo o artigo 1.694 do referido diploma legal, "podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns

aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação".

Portanto, é importante ressaltar que a solidariedade não se restringe apenas à obrigação alimentar, mas abrange todas as relações familiares. O princípio da solidariedade deve ser um guia para a conduta dos membros da família, que devem se empenhar em manter relações saudáveis e cooperativas, sempre buscando o bem-estar e a felicidade de todos.

1.3 FAMÍLIA POLIAMORISTA

Através da história, é possível visualizar em inúmeras culturas a presença de famílias não-monogâmicas (poligamia e poliandria), mas devido a expansão da influência da Igreja Romana, especialmente no período da Idade Média, o casamento monogâmico foi sendo a regra adotada pelas sociedades ocidentais no mundo contemporâneo.

Na história recente do Brasil, eram consideradas famílias apenas aquelas que surgiam diretamente do casamento entre um homem e uma mulher, incluindo-se apenas os filhos decorrentes desta união. O matrimônio era a única forma de uma entidade familiar, ficando excluídos do seio familiar os filhos havidos fora do casamento, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a monoparentalidade, a família simultânea (ou paralela) e a poliafetividade.

Após a Constituição Cidadã, o ordenamento jurídico nacional passou a reconhecer como família não apenas a união formada pelo casamento, mas também a união estável, monoparentalidade etc. (art. 226. § 3º e §4º, CF/88). O conceito de união estável do art. 1.723, *caput*, do Código Civil, abrange diversas uniões com características semelhantes, pois estabelece a necessidade de união entre “o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

De fato, o conceito de casamento e união estável passou por mudanças significativas com a nova interpretação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no

juízo da ADI 4277. Nesse julgamento, o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, conferindo a esses casais os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais. Essa decisão representou um marco na conquista dos direitos LGBT+ no Brasil, pois estendeu a proteção legal e os benefícios que antes eram restritos apenas aos casais heterossexuais para casais do mesmo sexo. A partir desse reconhecimento, casais homoafetivos passaram a ter acesso a direitos como herança, previdência social, plano de saúde, adoção e outros aspectos relacionados à vida familiar. Essa mudança de entendimento do STF reflete a evolução da sociedade e o reconhecimento da igualdade de direitos e da dignidade de todos os cidadãos, independentemente da orientação sexual. Assim, o conceito de casamento e união estável foi ampliado para abranger todas as formas de relacionamento, promovendo a inclusão e o respeito à diversidade familiar.

Na ADPF nº 132, argumentava-se que a negação dos mesmos direitos aos casais homoafetivos violava os princípios fundamentais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, todos previstos na Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o caso, estabeleceu um entendimento uniforme da lei e garantiu o direito constitucional à igualdade e não discriminação, reconhecendo o direito básico dos casais do mesmo sexo de constituírem uma família.

Nessa decisão histórica, o STF reconheceu que a orientação sexual não pode ser motivo de exclusão ou discriminação no reconhecimento dos direitos familiares. O tribunal afirmou que negar o reconhecimento legal das uniões homoafetivas seria uma violação aos princípios constitucionais, incluindo a dignidade da pessoa humana e a igualdade perante a lei. Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao dar esse respaldo jurídico, assegurou a proteção dos direitos dos casais do mesmo sexo, reconhecendo sua capacidade de formar uma família e ter os mesmos direitos e responsabilidades legais que os casais heterossexuais. Essa decisão foi um avanço importante na promoção da igualdade e no combate à discriminação com base na orientação sexual.

Não é fato raro a existência de famílias simultâneas, cujo o ponto de intersecção seja um indivíduo, homem ou mulher, que mantenha uma relação familiar com outras pessoas. As famílias paralelas ou concubinárias não possuem uma grande proteção do Estado, haja vista sua ilegalidade (art. 1.727 do Código Civil), mas a depender da

peculiaridade do caso, haverá o reconhecimento de certos direitos, como partilha de bens ou alimentos:

Enunciado 265 da III Jornada de Direito Civil

Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu. (BRASIL, 2004)

Esta conclusão também pode ser aplicada aos casos de poligamia e poliandria, já que aqui se tem um homem ou uma mulher convivendo de forma consensual com mais de um companheiro ou companheira. Lembrando que a bigamia é crime no Brasil, conforme o artigo 235 do Código Penal², mas para a caracterização do tipo, faz-se necessária a formalidade do casamento com mais de uma pessoa.

É importante destacar que há diferentes perspectivas e entendimentos sobre a poligamia e a bigamia. Alguns argumentam que esses conceitos são distintos e defendem a possibilidade da existência de relações poligâmicas sem que isso constitua crime. Por outro lado, há quem entenda que os dois conceitos estão intrinsecamente relacionados, o que tornaria inviável legalmente a prática de relações poligâmicas. Flávio Augusto Monteiro de Barros (2006) compartilha dessa visão:

[...] Na interpretação extensiva, o fato está implicitamente previsto no texto da lei. É admissível o seu emprego até mesmo nas normas penais incriminadoras. Aplicam-se, para justificar a interpretação extensiva, os argumentos da lógica dedutiva: [...] c) argumento a *minori ad maius* o que é proibido para o menos é proibido para o mais (ex.: se é crime a bigamia, com maior razão há de incriminar-se a poligamia) (BARROS, 2006, p.84)

Outrossim, é fundamental observar que a legalidade e o tratamento jurídico dessas questões variam de acordo com cada país e seu sistema legal. Em muitos países, a poligamia é considerada ilegal e configura um crime, enquanto a bigamia envolve especificamente o casamento simultâneo de uma pessoa com mais de um cônjuge, o que também é considerado ilegal na maioria dos lugares.

² Bigamia

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

O Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, em seu voto proferido nos autos do Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000, que tramitou perante o Conselho Nacional de Justiça, em que se discutiu a permissibilidade da lavratura, pelos tabeliões, de escritura pública declaratória de união poliafetiva, afirmou:

Bigamia é crime. O Código Penal no art. 235 tipifica com pena de reclusão aquele que contrair, sendo casado, novo casamento. A união poliafetiva não significa dizer que exista celebração de dois ou mais casamentos, o que existe é uma união, por opção, das pessoas que nela se inserem. [...] A poligamia pressupõe, portanto, o estado de casado, ao mesmo tempo, com diversos cônjuges, o que não é, definitivamente, o fundamento da união poliafetiva. Tal distinção se impõe porque não há nessas uniões qualquer proibição legal. (VIEGA, 2018, p.12)

A relação poliafetiva ou poliamorista é aquela entre mais de duas pessoas, mediante a troca recíproca de afeto, sendo uma forma de relacionamento em que os praticantes têm múltiplos parceiros românticos. Não constitui requisito para sua configuração a necessidade de estipular quantidade de pessoas de mesmo gênero, ou gêneros distintos.

A família poliamorista pode se apresentar em pelo menos três formas: a) o poliamor homogêneo masculino, que há união apenas entre pessoas do sexo masculino, b) o poliamor homogêneo feminino, com a presença unicamente de pessoas do sexo feminino, e c) o poliamor heterogêneo ou misto, com a presença de ambos os sexos não importando a proposição entre eles. O Ministro João Otávio de Noronha, nos autos do processo nº 0001459-08.2016.2.00.0000, corrobora as formas de constituição de relacionamento poliafetivo, tais como:

[...] a 'relação em grupo', quando todos os membros se relacionam entre si; há uma 'rede de relacionamentos interconectados', quando cada um dos membros tem relacionamentos 'poliamorosos' distintos dos parceiros; existem 'relações em 'T'', quando três pessoas namoram, mas duas têm relação mais sólida, por exemplo, um casal que namora uma terceira pessoa; e há relações em que um dos parceiros é adepto do 'poliamor' e o outro opta pela monogamia. (NORONHA, 2018).

Nesses modelos não-monogâmicos estão presentes elementos característicos da união estável conforme descrito no Código Civil, ou seja, há convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com *animus familiae*, diferindo apenas quanto à exclusividade (monogamia).

Pode-se trazer à tona uma ideia de “multiconjugalidade consensual” ou “multiconjugalidade poliamorosa” que visa justamente enfatizar os aspectos específicos do poliamor como uma forma de estrutura familiar resultante do envolvimento amoroso entre mais de duas pessoas. Essas pessoas decidem e consentem em vivenciar relações conjugais não-monogâmicas simultâneas, mas baseadas em afetos e responsabilidades mútuas. Embora não se trate de condição considerada habitual na sociedade brasileira, não pode o direito deixar de reconhecer a existência desse modelo de família, negando-lhe dignidade e a proteção estatal garantida atualmente apenas à família monogâmica.

1.4 CARACTERIZAÇÃO DO POLIAMORISMO NO DIREITO BRASILEIRO

A origem do poliamor é difícil de ser traçada com precisão, uma vez que a prática de ter relacionamentos amorosos múltiplos existe em diversas culturas e épocas históricas. No entanto, é possível identificar alguns momentos e movimentos que ajudaram a popularizar e difundir o poliamor como prática e filosofia de vida.

Uma das primeiras referências ao poliamor na cultura ocidental ocorreu no século XIX, com o movimento chamado de *Free Love* (Amor Livre), que defendia a liberdade sexual e afetiva para todos, independentemente do gênero ou orientação sexual. Esse movimento teve grande influência no início do século XX, e foi um dos precursores do movimento feminista e LGBT.

Na década de 1960, com a chamada “Revolução Sexual”, o poliamor ganhou novos adeptos e se tornou mais visível. Grupos como o movimento hippie e os comunitaristas, que buscavam novas formas de viver em sociedade e relacionar-se amorosamente, foram importantes difusores do poliamor e da não-monogamia.

A partir da década de 1990, com o avanço da internet e a facilidade de acesso a informações e grupos de interesse, o poliamor se popularizou ainda mais, especialmente nos Estados Unidos. Grupos online, eventos e encontros de poliamor

proliferaram em diversas partes do mundo, permitindo que pessoas que se identificavam com essa prática pudessem se conectar e trocar experiências.

No Brasil, a prática do poliamor ainda é pouco conhecida e entendida pela maioria das pessoas, e muitas vezes é estigmatizada e marginalizada. Segundo Barker e Langdridge (2010), o poliamor é definido como “a prática de ter múltiplos relacionamentos amorosos consensuais simultaneamente”. Essa prática envolve a construção de laços afetivos profundos e significativos com mais de uma pessoa ao mesmo tempo, e é baseada na transparência, honestidade e comunicação clara entre todos os envolvidos.

Para Barker (2005), o poliamor consiste em um tipo não-monogâmico de orientação relacional em que é aceitável amar (e se relacionar com) mais de uma pessoa em um relacionamento cuja tônica é a honestidade. A pedra angular do poliamor consiste nessa ideia de compromissos afetivos mútuos e múltiplos, com o consentimento de todos os componentes, implicando em responsabilidades e valores que fazem parte de uma ética própria traçada nas linhas subsequentes.

O poliamor pode apresentar diferentes configurações e dinâmicas, dependendo das necessidades e desejos dos envolvidos. Algumas características comuns a muitas formas de poliamor incluem:

- Consentimento: todos os envolvidos devem estar de acordo com a prática do poliamor e com as regras e limites estabelecidos para cada relacionamento;
- Comunicação: é fundamental que haja uma comunicação clara e aberta entre todos os envolvidos, para que as expectativas, necessidades e limites de cada um sejam respeitados;
- Respeito: todos os envolvidos devem ser tratados com respeito e consideração, e suas necessidades e desejos devem ser levados em conta na tomada de decisões;
- Não-monogamia: o poliamor envolve a prática da não-monogamia, ou seja, a possibilidade de ter mais de um parceiro amoroso ao mesmo tempo.

No Brasil, o poliamor ainda é uma prática pouco conhecida e compreendida, e há pouca jurisprudência sobre o tema. No entanto, em 2018, o Tribunal de Justiça do Rio

de Janeiro reconheceu a união estável poliafetiva, ou seja, a união estável entre três pessoas, em um caso que envolvia duas mulheres e um homem. Segundo a decisão do juiz, “não cabe ao Estado decidir se a relação é moralmente aceitável ou não, pois o Estado não tem nada a ver com a vida privada das pessoas”. Essa decisão representou um marco na jurisprudência brasileira, ao reconhecer a possibilidade de uniões estáveis entre mais de duas pessoas.

A prática do poliamor ainda é pouco conhecida e aceita no Brasil, mas vem ganhando espaço e visibilidade em diferentes setores da sociedade. A caracterização do poliamor é fundamental para que possamos entender melhor essa prática e seus diferentes aspectos. Além disso, é importante que o Estado reconheça e respeite as escolhas amorosas e familiares dos indivíduos, sem impor seus próprios valores e moralidades.

Em termos gerais, a poligamia representa o reverso da monogamia, significando, assim, a união conjugal de um indivíduo com várias outras pessoas, como por exemplo o casamento simultâneo de um homem com mais de uma mulher, configurando-se uma “poliginia”. Em caso de uma mulher possuir vínculos matrimoniais com mais de um homem, há uma “poliandria”. Essas acepções não serão o foco do presente estudo, que possui o intuito de analisar a insurgência contra a mononormatividade, haja vista o elemento consenso entre os indivíduos de uma relação poliamorista.

Nos termos do Código Civil, os de deveres conjugais como fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos (artigo 1.566) e de lealdade e respeito nas uniões estáveis (artigo 1.724) tem o intuito de resguardar a boa-fé nas relações afetivas, conjugais e familiares, embora também possa ser considerada uma maneira intervenção do Estado nos relacionamentos privados dos indivíduos.

A boa-fé traz consigo parâmetros de lealdade, honestidade e correção, estimulando o comportamento de acordo com a confiança pactuada entre as pessoas envolvidas. Dessa maneira, o ordenamento jurídico serve para tutelar a confiança depositada na conduta esperada entre as pessoas da relação poliafetiva:

É a lúdima expectativa ética de que, em toda e qualquer relação jurídica (contratual ou não!), as partes envolvidas não fraudem as expectativas decorrentes de seu próprio comportamento (explícito ou implícito, comissivo ou omissivo). Enfim, é o reconhecimento de que a natureza gregária do homem e a multiplicidade de comportamentos adotados em diferentes relacionamentos produzem esperanças recíprocas (confiança no alcançar determinados resultados) e que o cumprimento dessa confiança gerada é fator imperioso para o bom funcionamento da sociedade [...] (FARIAS, 2017, p.10).

A configuração e a viabilidade das relações não-monogâmias consensuais rompem a lógica monogâmica vigente, possuem uma ética própria, dependem intrinsecamente de valores e princípios ligados à confiança e aos elementos de honestidade, consentimento, responsabilidade e respeito mútuos. A existência de múltiplas parcerias afetivas que quebram a matriz monogâmica conjugal não precisa significar deslealdade, desonestidade ou promiscuidade.

Outrossim, diante da diversidade das formas de relacionamentos interpessoais podem ser citados os tipos não-monogâmicos que tem o consentimento em comum como característica, mas que, em essência não se confundem com o poliamor, os relacionamentos/casamentos abertos, o *swing*, as relações decorrentes da BDSM – bondage, disciplina, sadismo e masoquismo.

Nos relacionamentos/casamentos abertos e no *swing*, os casais se permitem à multiplicidade de parceiros sexuais de maneira eventual, os quais não participam do núcleo familiar conjugal. Nas relações que incluem as práticas ou jogos sexuais decorrentes da BDSM, a formação de multiconjugalidades não é o fator característico (BAUER, 2010). O poliamor, por seu turno, diferencia-se no fato de que há um envolvimento afetivo mútuo e recíproco entre os indivíduos, com a possibilidade de formação de multiconjugalidades. Porto (2017) afirma:

Com exceção do poliamor, essas outras formas de não-monogâmias não apresentam, em princípio, o potencial de gerar efeitos jurídicos pertinentes ao Direito de Família, dada a ausência de formação de conjugalidades (comuns ou paralelas). (PORTO, 2017, p. 173)

Não há uma configuração fixa quantitativa para o poliamor que pode assumir o formato do casamento aberto em trios ou tríades ou com mais pessoas. Para os adeptos do poliamorismo, “o mais significativo de sua escolha não é quantidade de pessoas

envolvidas ou de entretenimento sexual, mas o nível do comprometimento relaciona.” (Porto. 2017, p. 176)

No aspecto psicológico, Anapol (2010) concebeu o poliamor como:

uma gama de estilos amorosos que surgem da compreensão de que o ato de amar não deve sofrer coação para seguir um caminho particular, uma determinada direção, importando mais em uma atitude de escolha por um relacionamento amoroso sem tantas expectativas ou cobranças do que na preocupação da quantidade de parceiros envolvidos. (ANAPOL, 2010, p.7)

Em sua pesquisa, Deborah Anapol (2010) reuniu relatos de poliamoristas, que pensam semelhantemente no sentido de que o que mais lhes importa não é quantidade de parceiros envolvidos, mas sim o “abandono de condicionamentos que impõem o formato que os relacionamentos devem seguir”, privilegiando valores subjacentes, como a liberdade de escolha e da possibilidade de configurar uma relação afetiva multifacetada.

A quebra do princípio monogâmico conjugal através da infidelidade foi considerada crime de adultério no Brasil até 2005, quando o artigo 240 do Código Penal foi revogado. Apesar do crime de adultério ter sido abolido, no sistema jurídico brasileiro ainda permanece as consequências da infidelidade, como a tipificação penal da bigamia (artigo 235). Conforme se pode ver, o repúdio social gera um certo desamparo doutrinário, legal e jurisprudencial das uniões paralelas e concomitantes ao casamento formal convencional.

A normatividade em torno da monogamia, haja vista os preceitos de fidelidade recíproca, lealdade, respeito e consideração mútuos impostos como deveres pelo artigo 1.566 do Código Civil, foi construída sobre o postulado da confiança como um fator imprescindível à vida afetiva e social e à ordem jurídica. Assim, pressupõe-se que a ruptura do paradigma da monogamia consistiria em infração ao preceito da confiança preceitos, configurando a traição ao cônjuge/companheiro(a) e é justamente nesse aspecto que o poliamor se diferencia.

Outra questão a ser considerada reside no fato de que o concubinato e o poliamor são conceitos relacionados a formas de relacionamento afetivo e íntimo que desafiam o

modelo tradicional de união monogâmica. Embora compartilhem algumas características, há diferenças importantes entre eles.

O concubinato refere-se a uma relação de convivência duradoura entre duas pessoas que não são casadas formalmente, mas que vivem como se fossem casadas, mantendo uma aparência familiar. Historicamente, o concubinato estava associado a relações extraconjugais, em que um dos parceiros era casado com outra pessoa, conforme se vê no artigo 1.727 do Código Civil:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. (BRASIL, 2002)

O poliamor, por sua vez, é caracterizado pelo estabelecimento de vínculos afetivos e românticos entre mais de duas pessoas simultaneamente. No contexto do poliamor, há o consentimento mútuo e consciente de todos os envolvidos em manter relacionamentos íntimos e duradouros com múltiplos parceiros. É necessário ressaltar que o poliamor se baseia no consenso, no respeito mútuo e na transparência em relação aos relacionamentos envolvidos.

Dessa forma, a principal diferença entre o concubinato e o poliamor reside na quantidade de parceiros envolvidos na relação. No concubinato, há duas pessoas envolvidas, enquanto no poliamor existem mais de duas pessoas que estabelecem vínculos afetivos e românticos entre si. Enquanto o concubinato pode ser caracterizado por uma relação extraconjugal ou não formalizada legalmente, o poliamor descreve relacionamentos consensuais, nos quais múltiplos parceiros estão envolvidos em uma relação afetiva e íntima.

Outra diferença importante entre concubinato e poliamor está relacionada ao reconhecimento legal e social. No Brasil, o concubinato não possui reconhecimento legal específico e não confere os mesmos direitos e deveres da união estável ou do casamento. Já o poliamor não é legalmente reconhecido, sendo as formas de união legalmente estabelecidas no país baseadas principalmente no casamento e na união estável.

É importante destacar que as diferenças entre concubinato e poliamor não se limitam apenas à quantidade de parceiros envolvidos, mas também abrangem questões como a natureza dos relacionamentos, o consentimento mútuo, a visibilidade social e as questões legais. Cada um desses arranjos traz desafios e reflexões distintas em termos de compreensão, aceitação e tratamento legal

Zygmunt Bauman, em seu livro "Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos" (2004), aborda as transformações nas relações amorosas e na família na sociedade contemporânea. Ele argumenta que a modernidade líquida, termo cunhado por ele, é caracterizada pela fluidez e fragilidade dos laços humanos, em contraste com as relações duradouras que eram mais comuns na era moderna. Bauman argumenta que na pós-modernidade, as relações amorosas e familiares se tornaram "líquidas" devido a diversos fatores, como a busca por autonomia individual, a ênfase na satisfação pessoal imediata e a cultura do consumismo. Nesse contexto, os relacionamentos tendem a ser mais voláteis, efêmeros e descartáveis.

Essa multiconjugalidade permitida nas famílias poliamoristas traz consigo uma configuração divergente da estipulada por Bauman, quando explora a liquidez das relações amorosas na pós-modernidade. Para o sociólogo polonês:

O "modo consumista" requer que a satisfação precise ser, deva ser, seja de qualquer forma instantânea, enquanto o valor exclusivo, a única "utilidade", dos objetos é a sua capacidade de proporcionar satisfação. Uma vez interrompida a satisfação (em função do desgaste dos objetos, de sua familiaridade excessiva e cada vez mais monótona ou porque substitutos menos familiares, não-testados, e assim mais estimulantes, estejam disponíveis), não há motivo para entulhar a casa com esses objetos inúteis. (BAUMAN, 2004, p. 70)

Quando o autor fala "modo consumista" expressa o modo de ser e agir do sujeito na pós-modernidade, promovendo, neste trecho, uma comparação entre a relação de consumo de objetos com a de relacionamentos entre pessoas. O autor questiona essa transformação das relações duradouras para as relações líquidas, levantando preocupações sobre a perda de valores, comprometimento e estabilidade. Ele argumenta que as relações líquidas podem ser mais superficiais e menos significativas, pois são baseadas em escolhas individuais momentâneas e na busca incessante por novas experiências:

Para nós, os habitantes deste líquido mundo moderno que detesta tudo o que é sólido e durável, tudo o que não se ajusta ao uso instantâneo nem permite que se ponha fim ao esforço, tal perspectiva pode ser mais do que aquilo que estamos dispostos a agir numa barganha. (BAUMAN, 2004, p. 71)

O sociólogo também destaca que essa fluidez nas relações pode gerar ansiedade e insegurança emocional, uma vez que os indivíduos nunca têm garantia de estabilidade ou continuidade nas relações. A falta de comprometimento e a facilidade em romper os laços podem resultar em sentimentos de solidão e desamparo. É importante observar que as ideias de Bauman são objeto de debate e crítica dentro da sociologia e de outras áreas do conhecimento. Alguns argumentam que a liquidez das relações pode ter aspectos positivos, como maior liberdade individual e possibilidades de autodesenvolvimento. No entanto, a reflexão de Bauman sobre as transformações nas relações amorosas e familiares na sociedade contemporânea trouxe à tona questões relevantes sobre as dinâmicas sociais e as mudanças nas formas de relacionamento humano.

O conceito de "amor líquido" de Bauman pode ser relacionado com as relações poliamoristas, embora seja importante ressaltar que ele não aborda especificamente o poliamor em sua obra. No entanto, é possível explorar algumas conexões entre os dois temas.

Como já relatado acima, o poliamor é uma forma de relacionamento consensual em que as pessoas têm a liberdade de estabelecer vínculos amorosos e afetivos com múltiplos parceiros, simultaneamente ou ao longo do tempo. Essas relações são baseadas na comunicação aberta, no consentimento mútuo e na busca por relacionamentos que sejam autênticos e satisfatórios para todos os envolvidos.

Da perspectiva do conceito de amor líquido de Bauman, as relações poliamoristas podem ser vistas como uma expressão das relações líquidas na pós-modernidade. Assim como Bauman argumenta que as relações líquidas são caracterizadas pela fluidez, volatilidade e busca por satisfação individual imediata, o poliamor também desafia as normas tradicionais de relacionamento e oferece uma abordagem mais fluida e flexível para as relações amorosas.

No entanto, é importante destacar que existem diferenças significativas entre as relações poliamoristas e a visão geral do amor líquido de Bauman. Enquanto Bauman enfatiza a fragilidade dos laços humanos na sociedade contemporânea, o poliamor, quando praticado de forma consensual e ética, busca construir relacionamentos sólidos e duradouros, embora possam envolver múltiplos parceiros.

Além disso, o poliamor também pode ser uma forma de resistência às estruturas sociais tradicionais, desafiando a ideia de que a monogamia é a única forma legítima de relacionamento. Em contrapartida, Bauman enfatiza a perda de valores e a falta de comprometimento nas relações líquidas, pois seria preciso entender de que forma as pessoas têm se encontrado carentes e sedentas por um relacionamento.

Bauman argumenta que as carências emocionais são a base das relações líquidas, caracterizadas pela busca de satisfação dos desejos individuais sem compromisso duradouro. Nessas relações, não há vínculo ou intimidade verdadeira. O foco é obter prazer imediato, sem responsabilidade ou entrega genuína. Ele critica a falta de qualidade nas relações, onde a quantidade prevalece sobre a profundidade. Ele sugere que as relações líquidas são motivadas pela evitação das dores e desafios dos relacionamentos mais sólidos. No entanto, é importante considerar que as visões de Bauman são debatidas e que as relações humanas são complexas e diversas. Os indivíduos podem buscar tanto relacionamentos profundos quanto conexões superficiais, dependendo de suas necessidades e preferências pessoais.

Portanto, embora haja uma relação entre o conceito de amor líquido de Bauman e as relações poliamoristas em termos de desafiar as normas tradicionais de relacionamento, é importante reconhecer as diferenças e particularidades de cada conceito.

1.5 EVENTUAIS REFLEXOS DO RECONHECIMENTO DO POLIAMOR EM OUTROS RAMOS DO DIREITO

O reconhecimento do poliamor como direito fundamental traria uma série de impactos positivos na vida das pessoas envolvidas. Isso inclui a garantia de segurança jurídica, com direito a benefícios como pensão alimentícia, herança, Previdência Social, entre

outros. Também permitiria o acesso a direitos trabalhistas e a proteção dos direitos parentais, assegurando a proteção e o bem-estar dos filhos. Além disso, o reconhecimento das uniões poliafetivas contribuiria para o combate à discriminação e ao preconceito, promovendo uma cultura de respeito e aceitação.

No entanto, é importante ressaltar que, apesar da importância desse reconhecimento, ainda há muito a ser debatido e construído em relação ao tema. É necessário que haja uma reflexão ampla e uma abertura para o diálogo, de modo a garantir que todas as partes envolvidas sejam ouvidas e respeitadas. O princípio da solidariedade, nesse contexto, desempenha um papel fundamental ao promover a inclusão e a não discriminação, respeitando as escolhas individuais e reconhecendo a diversidade de formas de amar e se relacionar.

No campo do direito de família, o reconhecimento jurídico do poliamor pode gerar impactos nas questões de casamento, divórcio, guarda de filhos e sucessões. O Código Civil brasileiro reconhece apenas o casamento monogâmico, entre duas pessoas, e não contempla as relações poliamorosas. Com o reconhecimento do poliamor, seria necessário rever a legislação ou modificar os paradigmas jurisprudenciais para permitir o casamento entre mais de duas pessoas e estabelecer regras claras para o divórcio e a divisão de bens nesses relacionamentos. Além disso, a questão da guarda de filhos em relacionamentos poliamorosos também precisaria ser abordada, a fim de garantir a proteção dos direitos das crianças envolvidas.

Ademais, seria necessário estabelecer regras para a sucessão em casos de relacionamentos poliamorosos, a fim de evitar conflitos e proteger os direitos dos parceiros. A exemplo desta situação, há a multiparentalidade, que permite que se reconheça juridicamente os laços afetivos existentes entre pais ou mães não biológicos e a criança. Isso possibilita que esses pais/mães exerçam plenamente os direitos e deveres inerentes à parentalidade, como autoridade parental, participação na educação, cuidado e tomada de decisões em relação ao bem-estar da criança.

No âmbito do Direito Previdenciário, o reconhecimento do poliamor traria implicações nas regras de pensão por morte e benefícios previdenciários. Atualmente, a legislação previdenciária não contempla a possibilidade de pensão por morte para parceiros em

relacionamentos poliamorosos. Com o reconhecimento do poliamor, seria necessário rever as regras previdenciárias para garantir a proteção dos direitos dos parceiros poliamorosos, o que será mais detalhado no presente trabalho.

No campo do Direito do Trabalho, o reconhecimento do poliamor poderia ter consequências em relação a benefícios trabalhistas, como plano de saúde e licença-maternidade/paternidade. Atualmente, esses benefícios são concedidos apenas a casais monogâmicos. Com o reconhecimento do poliamor, seria necessário estender esses benefícios aos parceiros poliamorosos, a fim de garantir a igualdade de tratamento. Além disso, o reconhecimento do poliamor também poderia ter reflexos no Direito Penal. A legislação penal atual não aborda especificamente as relações poliamorosas, o que pode gerar dúvidas e incertezas em relação a questões como adultério e bigamia.

Em suma, o reconhecimento jurídico do poliamor no Brasil teria impactos significativos em diversas áreas do direito, como direito de família, previdenciário, do trabalho e penal. Seria necessária uma revisão e adaptação das leis, normas e decisões existentes, a fim de garantir a proteção dos direitos dos parceiros poliamorosos e evitar conflitos e injustiças.

2 APLICABILIDADE DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTOS E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL

No contexto do Direito Constitucional, a teoria dos deveres fundamentais está intimamente ligada ao ativismo judicial. O ativismo judicial é uma abordagem em que os tribunais assumem um papel mais ativo na interpretação da Constituição e na aplicação das leis, muitas vezes indo além dos limites estritos do texto da lei para proteger os direitos e interesses dos cidadãos.

Em relação aos deveres fundamentais, o ativismo judicial pode ser visto como uma forma de garantir que o Estado e os cidadãos cumpram seus deveres em relação aos valores fundamentais da Constituição. Por exemplo, os tribunais podem aplicar de forma mais ampla os direitos sociais previstos na Constituição, como o direito à saúde, à educação e ao trabalho, a fim de garantir que todos os cidadãos tenham acesso a esses direitos.

Inicialmente, é importante para o presente estudo promover uma abordagem sobre o ativismo judicial, cuja origem remonta a um artigo intitulado: “The Supreme Court: 1947” no qual o seu autor, Arthur Schlesinger Jr, descreveu as divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte da época, dividindo os Ministros entre “ativistas judiciais” (*Judicial Activists*), campeões da “autocontenção” (*Champions of Self-Restraint*) e grupo intermediário (*middle group*).

A concepção do ativismo judicial mitiga a separação dos Poderes, promovendo uma reinterpretção acerca da relação entre o Direito e a Política, pois são ciências inseparáveis, porém autônomas. Para a instituição de um sólido Estado Democrático de Direito, as instituições políticas devem ser fortes e produzirem normas claras, coesas, efetivas e eficazes.

A autonomia entre o Direito e a Política tem origem na teoria política da Separação dos Poderes defendida por Jonh Locke (Executivo, Legislativo e Federativo) em contraposição ao Poder Monárquico defendido por Thomas Hobbes. Em paralelo a Locke, Montesquieu estudava, também, os ideais da separação dos poderes,

entretanto aprofundou mais sobre a teoria liberal uma vez que o citado filósofo afirmava que era impossível a subsistência da sociedade sem o governo, dando atenção especial à importância das leis para o convívio em sociedade (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p.33).

Para os fundadores da Separação dos Poderes, a concepção desse conceito foi essencial para que fosse assegurada a existência de um governo moderado, através da distribuição do Estado e, por conseguinte o controle recíproco entre suas manifestações por meio de suas instituições, em suma trata-se da contenção do poder pelo poder.

Percebe-se algo fundamental nos estudos de Locke e Montesquieu, que a teoria da separação de poderes foi elaborada e sustentada com o fito de garantir os direitos fundamentais de primeira geração (que são ligados aos valores da liberdade, direitos civis e políticos que são também conhecidos como negativos.) contra as iniciativas arbitrárias do Estado. Posto isso, é possível afirmar que as concepções dos autores acabaram por influenciar as Constituições Liberais consolidando as liberdades inerentes a primeira geração dos direitos fundamentais, como demonstrado a seguir:

A teoria com poderes divididos conquistou prestígio na doutrina constitucional do liberalismo porque se consolidou como importante mecanismo de garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas. O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado e do Direito. Um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuidava-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado (...). Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais do que as seguintes atividades: manter a ordem interna e conduzir a política exterior. (CLÈVE, 2011, p. 34-35)

Nada obstante, o pensamento de Locke e Montesquieu foi aperfeiçoado com o decorrer das épocas, principalmente após o advento da Revolução Industrial e com o surgimento do sufrágio universal.

A Revolução Industrial foi marco fundamental para o enfraquecimento do Estado Liberal uma vez que as grandes empresas passaram a monopolizar o mercado com a consequente destituição de toda forma possível de concorrência, acarretando o

surgimento do proletariado que passou a exigir um Estado Social (Intervencionista) que buscase a regular o mercado. Fazendo com que as medidas que o Estado tomasse fossem imprescindíveis para o equilíbrio social.

É crucial reconhecer a importância do surgimento dos direitos humanos, pois, em concomitância com o advento do Estado Social, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabeleceu o compromisso por parte do Estado de garantir uma proteção dos direitos fundamentais necessários à sobrevivência humana. (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p.38).

Em vista disso o Estado Liberal passou cada vez mais entrar em colapso uma vez que o dirigismo estatal passava a tomar seu espaço. O que gerou uma dependência entre os cidadãos e o Estado, o que conseqüentemente mudou a concepção da Separação dos Poderes. Veja as palavras de Osvaldo Canela Junior:

No estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentada, era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito a liberdade individual. No Estado Social este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda geração e outras gerações, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume também uma conduta proativa. (CANELA JUNIOR, 2009, p.54)

Com a evolução do Estado Social houve, por consequência, a constituição de uma ordem jurídica soberana que tem como fulcro o bem comum de um povo localizado em determinado território. Dessa forma foi inexorável à culminação do Estado Democrático de Direito que surgiu a partir das constituições democráticas, principalmente após a segunda guerra mundial.

Historicamente a separação dos Poderes foi fundamental vez que os governantes representantes do Executivo buscavam constantemente recobrar os seus privilégios pessoais e absolutos, mas, por outro lado, havia o povo buscando sempre uma maior participação nos debates e discussões públicas (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p.25).

Com o decorrer do tempo “outra” teoria da Separação dos Poderes foi levantada por três cientistas Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, que escreveram e publicaram 85 artigos advogando em favor da forma constitucional dos Estados Unidos da América. O intento de tais publicações era a defesa da harmonia dos poderes e a inovação da independência dos poderes, para eles na verdade trata-se de uma interdependência entre os poderes.

Na atualidade o que deve ser defendido é a ideia da aplicabilidade máxima das Constituições e de uma harmonia entre os poderes (através do sistema de pesos e contrapesos). Podemos aferir quem em nosso País o artigo 2º da Constituição Federal externa tal vontade nas seguintes palavras: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Veja-se o que narra Paulo Bonavides sobre o tema:

Consideremos a seguir na prática constitucional do Estado moderno as mais conhecidas formas de equilíbrio e interferência, resultantes da teoria de pesos e contrapesos. Dessa técnica resulta a presença do executivo na órbita legislativa por via do veto e da mensagem, e excepcionalmente, segundo alguns, da delegação de poderes, que o princípio a rigor interdita, por decorrência da própria lógica da separação. Com o veto dispõe o executivo de uma possibilidade de impedir resoluções legislativas e com a mensagem recomenda, propõe e eventualmente inicia a lei, mormente naqueles sistemas constitucionais que conferem a esse poder — o executivo — toda a iniciativa em questões orçamentárias e de ordem financeira em geral. Já a participação do executivo na esfera do poder judiciário se exprime mediante o indulto, faculdade com que ele modifica efeitos de ato proveniente de outro poder. Igual participação se dá através da atribuição reconhecida ao executivo de nomear membros do poder judiciário. Do legislativo, por sua vez, partem laços vinculando o executivo e o judiciário à dependência das câmaras. São pontos de controle parlamentar sobre a ação executiva: a rejeição do veto, o processo de impeachment contra a autoridade executiva, aprovação de tratado e a apreciação de indicações oriundas do poder executivo para o desempenho de altos cargos da pública administração. (BONAVIDES, 2000, p.56).

Cabe destacar de acordo com Paulo Bonavides que o verdadeiro Poder está com o povo e o Estado Social veio contraindo responsabilidade não imaginada pelo Estado Liberal em razão dessas responsabilidades é impossível uma separação pura e rigorosa. Bruce Ackerman aprofunda-se mais no tema ao dizer “a separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”. Dessa forma, nota-se que a possibilidade de

crescimento da Teoria da Separação dos Poderes é vasta vez que quanto mais às constituições mudam mais a teoria se adequa.

Em contraponto para os críticos desse “novo” sistema que surge a função do Magistrado é a aplicação da constituição e filtrar as leis que são constitucionais e inconstitucionais (quando for suscitado), para tal lado o judiciário com o ativismo ganhou uma liberdade incomum o que transparece que os juízes saem mais até que o próprio constituinte, fazendo surgir às temidas decisões surpresas. Conforme demonstra o Professor Lenio Luiz Streck: “Os juízes, que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer a filtragem das leis inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos da estagnação para o ativismo.” (STRECK, 2015, p.35).

Entretanto, concordando ou não, o fato é que a participação indireta do povo na nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), afinal de contas a Constituição emana do povo e ela quem determina a nomeação dos Ministros, referendado Senado Federal, através de uma sabatina prevista na Constituição, (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p.36).

2.1 TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

A teoria dos deveres fundamentais surgiu como uma forma de proteger os direitos humanos e garantir o bem-estar da sociedade. Essa teoria tem como objetivo identificar os deveres mínimos que devem ser cumpridos pelo Estado e pela sociedade como um todo, a fim de garantir a proteção da dignidade da pessoa humana e o bem-estar coletivo. Essa teoria surgiu na Alemanha, no final do século XIX, como uma forma de superar as limitações do individualismo liberal e do estatismo.

A origem da teoria dos deveres fundamentais pode ser rastreada ao século XVIII, quando filósofos e pensadores começaram a questionar o papel do Estado na proteção dos direitos humanos. Na época, a Revolução Francesa foi um marco importante na luta pela proteção dos direitos humanos, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um dos primeiros documentos a reconhecer a importância

desses direitos.

No Brasil, a teoria dos deveres fundamentais tem sido aplicada como um instrumento para garantir os direitos humanos, especialmente em relação à proteção dos direitos sociais. Em uma decisão importante, o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que “os deveres fundamentais têm como finalidade proteger os valores sociais do Estado democrático de direito e, por conseguinte, assegurar a efetividade dos direitos fundamentais” (ADPF 153, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 06/10/2010).

Os fundamentos da teoria dos deveres fundamentais incluem o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental, a importância da solidariedade e da justiça social, e a necessidade de proteção dos direitos humanos básicos. De acordo com o filósofo alemão Immanuel Kant, os deveres fundamentais são aqueles que têm como base a dignidade da pessoa humana e que, por conseguinte, devem ser cumpridos independentemente de outras considerações (KANT, 2003).

No Brasil, a Teoria dos Deveres Fundamentais tem sido desenvolvida ao longo dos anos por diversos juristas e pensadores e os expoentes da Teoria dos Deveres Fundamentais no Brasil estão no Grupo de Pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, cujo conceito será adotado no presente estudo:

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais. (2014)

Os deveres fundamentais são aqueles que têm como base a dignidade da pessoa humana e que, por conseguinte, devem ser cumpridos independentemente de outras considerações. Esses deveres incluem a proteção da saúde, da educação, do trabalho, da moradia, da alimentação, da segurança, da liberdade e da justiça. Além disso, destaca a importância da responsabilidade coletiva na garantia dos direitos humanos. Assim, a responsabilidade de garantir os direitos humanos não é apenas do Estado, mas também da sociedade como um todo.

Adriano Pedra (2020) traz à baila a ideia de que os deveres fundamentais precisam da solidariedade, com fulcro nos objetivos constitucionais inseridos no artigo 3º da Constituição de 1988, como medida de concreção dos direitos fundamentais tanto na seara individual, mas principalmente na coletiva:

O dever fundamental deve ser pautado na solidariedade, em que a responsabilidade passa a ser não egocêntrica e individualista, mas de envolvimento e de acolhimento do outro, aproximando as diferenças e diminuindo as indiferenças que existem no atual modelo individualista de prestação do dever.

Na perspectiva da solidariedade, todo indivíduo, enquanto integrante de uma sociedade, deve buscar neutralizar ou diminuir as diferenças existentes entre os seus membros bem como promover o bem-estar da coletividade. (PEDRA, 2020, p.12)

O dever de solidariedade origina-se da cooperação, eticidade e reciprocidade. A primeira é ligada ao pressuposto de aceitação da mútua das regras da relação jurídica por parte dos envolvidos na relação jurídica. A eticidade repousa na ideia de boa-fé objetiva e, por último, a reciprocidade está ligada à ideia de estabelecimento de direitos e deveres entre os sujeitos. Nas palavras de Abreu e Fabriz (2014):

Os deveres jurídicos alçam o status constitucional de deveres fundamentais quando são imprescindíveis a convivência da coletividade, tratando de temáticas relevantes para a organização do Estado e efetivo funcionamento da máquina pública e para o exercício dos direitos fundamentais, em especial, para a garantia da dignidade humana. (ABREU e FABRIZ, 2014, p.4)

Atualmente, o filósofo e jurista português Casalta Nabais é o principal representante da teoria dos deveres fundamentais no mundo. Ele defende que os deveres fundamentais são direitos sociais mínimos que devem ser garantidos pelo Estado, e que são necessários para proteger a dignidade da pessoa humana e garantir o bem-estar da sociedade. De acordo com a teoria de Casalta Nabais, os deveres fundamentais são aqueles que têm como base a dignidade da pessoa humana e que, por conseguinte, devem ser cumpridos independentemente de outras considerações. Esses deveres incluem a proteção da saúde, da educação, do trabalho, da moradia, da alimentação, da segurança, da liberdade e da justiça.

O princípio da solidariedade é uma das bases da teoria dos deveres fundamentais, e tem como objetivo reforçar a importância da responsabilidade coletiva na proteção dos

direitos humanos e no bem-estar da sociedade. Esse princípio destaca que todos os indivíduos têm a responsabilidade de contribuir para a realização dos direitos humanos e para o bem-estar coletivo, e que é necessário agir de forma solidária para alcançar esses objetivos.

A teoria dos deveres fundamentais tem como base a dignidade da pessoa humana e defende que o Estado e a sociedade têm o dever de garantir a proteção de todos os direitos humanos, incluindo o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, à alimentação e à segurança. O princípio da solidariedade é importante porque destaca que essa proteção não pode ser garantida apenas pelo Estado, mas também pela sociedade como um todo.

De acordo com o princípio da solidariedade, cada indivíduo tem a responsabilidade de contribuir para a realização dos direitos humanos e para o bem-estar coletivo, independentemente de sua condição social, econômica ou política. Isso significa que cada pessoa deve ser solidária com aqueles que estão em necessidade, e que o Estado e a sociedade devem trabalhar juntos para garantir a proteção dos direitos humanos.

O princípio da solidariedade também destaca a importância de agir de forma ética e responsável em relação aos direitos humanos e ao bem-estar da sociedade. Isso significa que é necessário tomar decisões e agir de forma a proteger os direitos humanos e a garantir o bem-estar da sociedade, mesmo quando isso pode significar sacrificar interesses pessoais.

A solidariedade é um princípio fundamental para o funcionamento saudável de uma sociedade. Ela vai além das disposições constitucionais e reflete a orientação do Estado em direção ao bem-estar coletivo. Os deveres fundamentais são uma expressão dessa solidariedade, pois exigem a participação ativa dos membros da sociedade na construção de estruturas sociais adequadas.

No entanto, é importante ressaltar que a satisfação dos direitos não depende exclusivamente do cumprimento dos deveres fundamentais. A proteção dos direitos fundamentais é uma responsabilidade do Estado. Os direitos e deveres estão

interligados, mas a efetivação dos direitos não deve depender unicamente do cumprimento dos deveres por parte dos cidadãos. Os direito-deveres, ou deveres conexos com direitos, desempenham um papel complementar na concretização dos direitos fundamentais. Eles representam a contribuição que pode ser oferecida pela comunidade em direção à realização desses direitos, em conjunto com o Estado.

O dever geral de solidariedade está intimamente ligado à cidadania. A responsabilidade social de buscar a igualdade entre todos os membros da sociedade é uma expressão concreta desse dever. Quando os deveres fundamentais são cumpridos de forma material, eles refletem a essência da cidadania e, por consequência, o verdadeiro sentido da solidariedade. Para Diniz (2008):

A realização da solidariedade social, entendida como princípio jurídico-constitucional, concebe-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição, que acolhe a dignidade humana e o pluralismo social e político como princípios essenciais, pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação. (DINIZ, 2008, p.4)

Em conclusão, o princípio da solidariedade é uma das bases da teoria dos deveres fundamentais e tem como objetivo reforçar a importância da responsabilidade coletiva na proteção dos direitos humanos e no bem-estar da sociedade. Esse princípio destaca que todos os indivíduos têm a responsabilidade de contribuir para a realização dos direitos humanos e para o bem-estar coletivo, e que é necessário agir de forma solidária para alcançar esses objetivos.

2.1.1 A relação da Constituição Federal com os Deveres Fundamentais

Reflete-se na Constituição Federal de 1988 uma sobreposição dos direitos fundamentais em relação aos deveres fundamentais, como uma consequência do regime militar. De acordo com Ruschel (2007), em se tratando da existência dos deveres previstos constitucionalmente, mas os quais não se configuram como deveres fundamentais, esse afirma que esses deveres também são de suma importância “pois servem a um critério organizacional (são competências da própria Administração Pública e integram a organização política do Estado), ou servem para

limitar direitos, ou ainda [...] são deveres de direitos fundamentais”. (RUSCHEL, 2007, p.234)

Para a formulação de um conceito para os deveres fundamentais deve decorrer através de um debate de forma mais profunda, e tem sido também algo decisivo, dessa forma são qualificados “como aqueles vinculados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois concentram os valores da comunidade em relação ao poder público, já que a concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado exprime a relação entre poder público e cidadãos”. (SARLET 2018, 286)

Dimoulis e Martins (2011, p. 29) argumentam que os deveres fundamentais são deveres de ação ou omissão inscritos na Constituição, o qual os sujeitos ativos e passivos são proferidos em cada norma ou podem ser inferidos mediante interpretação. Além do mais para os autores ainda, as titularidades e os sujeitos passivos, conseqüentemente são difusos e o objeto de dever só pode suceder da concretização infraconstitucional.

Os deveres fundamentais portando-se para a área do direito não é constituído como um conjunto, tampouco como uma categoria, mas sim como um elemento ou objeto jurídico-constitucional, bem como a título de exemplo os direitos e as garantias constitucionais são pertencentes à um conjunto, podendo então ser inserida em uma categoria. Para Carlos Alberto Gabriel Maino, o qual este esclarece:

Debemos buscar una conceptualización y fundamentación de los derechos fundamentales que los ubiquen en el justo lugar que deben ocupar en cualquier sistema jurídico que aspire a ser justo, respetando la inabarcable dignidad que el hombre tiene como criatura única y singular sobre la tierra. Para ello es necesario recuperar el horizonte de los deberes tanto desde el punto de vista social y político, como también desde el punto de vista jurídico. Ello nos permitirá alcanzar una vivencia del derecho afirmativa, que reconozca al otro en su alteridad, como “alter ego”, como otro que es igual a mí, que tiene mi misma condición y a quien por lo tanto estoy obligado, le debo, en un contexto de libertad y de respeto. (MAINO, 2011, P. 42)

O estudo do dever fundamental tendo em vista o seu objeto, o qual este se relaciona a várias áreas sejam elas domínios ou conjuntos do direito, pode ser feito através de conjuntos e categorias, entretanto esses não se confundem. É necessário sempre

relacionar os deveres com obrigações, com o âmbito jurídico e moral e com os direitos.

2.1.2 Classificação dos Deveres Fundamentais

Antes de retratar as espécies é essencial destacar que os deveres fundamentais são reconhecidos de forma autônoma ou não autônoma, desta maneira os deveres fundamentais que não são dotados de autonomia, são aqueles que seriam contrários a um direito fundamental. Isto é, nas ocasiões em que certo direito fundamental é obrigatório a alguém, cabe a este, por sua vez, exercitar um dever fundamental não autônomo para concretizar o direito fundamental que lhe é imposto.

Com isso tem-se o que é chamado e compreendido como a teoria das normas reflexas, ou seja, é a ideia de que os direitos ocultam os deveres, ou vice versa, os deveres é quem ocultam os direitos. Assim pode-se dizer que é visto como se os deveres fundamentais fosse um outro eu dos direitos fundamentais, ou seja como se fosse um *alter ego*, um tipo de reflexo um do outro, aspirando-se a concreção de um direito fundamental e um dever fundamental que deve ser realizado.

Segundo Canotilho (2003, p.533) o qual este assinala que “não se estabelece a correspectividade estrita entre direitos fundamentais e deveres fundamentais” e ainda que “o que vale é o princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria entre direitos e deveres fundamentais, compreendendo-se mesmo ser a assimetria entre direito e deveres uma condição necessária de um estado de liberdade”.

Dessa maneira, cada direito fundamental carregaria de forma específica, um dever fundamental mesmo que não seja autônomo. De outro modo os deveres fundamentais que possuem autonomia não se fundam dos direitos fundamentais para que haja a sua existência, estes existem por si só e não se resignam aos direitos fundamentais. Isto por que não se está diretamente ligada a nenhum direito fundamental. Os deveres fundamentais não desfrutam de aplicabilidade imediata.

Em se tratando desses deveres é importante destacar as diversas classificações que estes possuem, variam de acordo com o entendimento de que o rol dos deveres é

de forma aberta ou fechado. Quando se retrata o rol de forma aberta, tem sentido afirmar que há deveres não somente no catalogo específico indicado na Constituição Federal, mas há também fora desta e ainda há fora do próprio texto constitucional. Complementando o exposto acima, Andrade (2004) menciona a sua posição:

deve-se entender-se que há deveres fundamentais dos cidadãos, ainda que não escritos, que decorrem da obediência de todos os homens, pelo facto de o serem, a um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem. (ANDRADE, 2004, p.146)

A relação desse rol é feita com base na distinção entre deveres e obrigações e sua relação no texto constitucional. Na Constituição Federal do Brasil (CF/1988), observa-se que traz como conteúdo em seu primeiro capítulo, os direitos e deveres individuais e coletivos, já em seu segundo capítulo tem-se os direitos e garantias fundamentais, deste rol é que podem ser extraídos algumas obrigações constitucionais de forma expressa, a qual se misturam as outras de forma implícitas, as duas relacionadas a direitos reconhecidos no mesmo rol e em consequência de um dever geral de executar e respeitar as leis, os direitos do próximo e a constituição, o qual são deveres jurídicos propriamente dito, mas não expresso.

Referindo-se sobre as obrigações jurídicas expressas na CF/88 tem-se uma lista, a qual pode-se citar a título de exemplo algumas destas; no artigo 5º, XLI da CF/88 trata da obrigação de não violar os direitos e as liberdades fundamentais: “Art. 5º, XLI. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988).

No mesmo artigo, precisamente em seu inciso XXI, traz a obrigação de representação expressamente autorizada. “Art. 5º, XXI. As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicial” (BRASIL, 1988). Desse modo, são poucos os deveres de forma ampla obtidos na Constituição, os demais encontram-se na legislação infraconstitucional.

Fazendo-se uma leitura de forma mais aprofundada na Constituição, pode-se obter

na literatura da mesma, alguns deveres, como a título de exemplificação tem-se; Deveres de cidadão, este dever está dentro de um grupo amplo que abarca: o dever de defender a pátria; obrigação de prestar serviço militar; obrigação de prestar serviços sociais. Tem-se o dever de trabalhar; dever de se educar; dever de conservar o meio ambiente; dever fundamental de personalidade, e um dos deveres de suma importância para o estudo aqui retratado é o dever de família, os quais esses deveres são em sentido amplo, mas também é restrito as relações intrafamiliares, neste sentido há quem aponte esses como deveres de proteção da família. Estes estão previsto constitucionalmente entre os artigos 226 e 230 da CF/88;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º 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.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

[...]

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988)

Dentro desse grupo de dever, podem ser apresentados os deveres em sentido amplo,

como a obrigação dos cônjuges, as obrigações entre ascendentes e descendentes, que neste abrangem as obrigações dos pais perante os seus filhos ou dos filhos perante os pais, porém a principal análise desse é a obrigação dos pais em dar assistência aos filhos, em dever fundamental de suma importância, o qual não se encontra de forma explícita, mas é essencial a convivência familiar que este é o afeto, ou seja os filhos tem o direito de desfrutar dessa assistência, deste afeto. Deve-se lembrar que se trata aqui de deveres não autônomos, pois trata das relações de uns com os outros, ou seja, de cônjuges, ascendentes e descendentes.

2.2 A APLICABILIDADE DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Vários dos deveres mencionados no corpo do texto constitucional identificam-se como obrigações e não como deveres em sentido próprio. Nabais (2000) anuncia que o regime dos deveres fundamentais pode-se dizer a dois aspectos: “o seu regime geral e a inaplicabilidade direta dos preceitos constitucionais que os preveem”.

Em se tratando do regime geral, os deveres fundamentais, por constituírem o estatuto constitucional dos indivíduos junto com os direitos fundamentais fazem parte deste regime. Diz-se que o regime geral é, na verdade do dito estatuto constitucional do indivíduo relacionados aos direitos e deveres, e não apenas dos direitos fundamentais. (NABAIS, 2000)

De acordo com o autor acima mencionado, havendo como referência a sua constituição nacional (Portugal), evidencia a aplicabilidade aos deveres fundamentais os seguintes aspectos, a qual se encontra de forma paralela a Constituição Brasileira:

[...] o princípio da universalidade, o princípio da igualdade, o princípio da validade dos deveres fundamentais face às pessoas e organizações coletivas, o princípio da aplicabilidade dos deveres fundamentais aos portugueses residentes no estrangeiro e aos estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem em Portugal, o princípio do acesso ao Provedor de Justiça e aos tribunais para a defesa face a deveres fundamentais cuja concretização do disciplina legal ultrapasse os seus contornos constitucionais, o princípio do direito de resistência a ordens que atuem deveres constitucionais para além do constitucionalmente permitido (resulte isto das próprias ordens ou das leis concretizadoras que lhe serviram de base), o princípio da responsabilidade civil das entidades públicas, seus funcionários e agentes pela imposição de deveres

fundamentais em termos inconstitucionais e o princípio da proporcionalidade lato sensu ou princípio da proibição do excesso, entendido este como um dos (sub)princípios integrantes do princípio do estado de direito. (NABAIS, 2005, p.84)

No que condiz ao segundo aspecto do regime retratado vários autores indicam como regra geral a improbabilidade da aplicação direta dos deveres fundamentais, e segundo Canotilho (2003):

Ressalvando, porventura, alguns deveres “diretamente exigíveis” como, por ex., o dever de educação dos filhos (cfr. CRP, ART. 36.º/3 e 5), a generalidade dos deveres fundamentais pressupõe uma interpositivo legislativa necessária para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres. As normas consagradoras de deveres fundamentais reconduzem-se, pois, à categoria de normas desprovidas de determinabilidade jurídico-constitucional, e, por isso, carecem de mediação legislativa. Não se trata, propriamente, de “normas programáticas de deveres fundamentais” no velho sentido oitocentista (“declarações”, “programas”) como pretende certa doutrina, mas tão-só e apenas de normas constitucionais carecidas de concretização legislativa. (CANOTILHO, 2003, p.1486)

Na mesma visão, Nabais (2000) constitui o seu entendimento de que as normas constitucionais sobre os deveres não são normas programáticas ou normas puras de forma organizatória, de fato que “elas compõem a constituição dogmática, mais rigorosamente a constituição do indivíduo”.

No que se refere a improbabilidade direta dos deveres fundamentais é de se frisar que, ao contrário do ocorre em assunto de direitos, garantias e liberdade, as normas constitucionais referentes aos deveres não são diretamente aplicáveis aos seus destinatários de forma subjetiva. Desde então os deveres fundamentais, por vezes não tem o seu argumento concretizado na Constituição, sendo desta forma deveres de concreção legal. Porém quando esta se realiza ao nível da constituição, o legislador possui uma grande liberdade, principalmente para determinar sanções que podem ser aplicadas no caso de sua não observância.

Diante o regime dos deveres fundamentais é permitido afirmar que o primeiro destinatário dessas normas constitucionais em relação a esses deveres é o legislador ordinário, o qual está na verdade vinculado tão quanto a existência e ao conteúdo objeto da concretização na Constituição. De acordo com Nabais (2000) “o primeiro destinatário das notas constitucionais relativas aos deveres fundamentais é o

legislador ordinário”.

Em outro instante Nabais (2005), observa de maneira especificada a importância do legislador na efetivação e disciplina dos deveres fundamentais, descrevendo o problema de três formas: 1 - a interpretação normativa das regras constitucionais para o legislador; 2 - as peculiaridades ou as formas de atuação normativas do legislador ou até mesmos de outros órgãos; 3 - as circunstâncias ou termos em que se possa ser realizado a atuação normativa.

O legislador usufrutua de uma margem de liberdade para adequar os deveres e para avaliar as sanções equivalentes a sua inobservância. Esta liberdade dada ao legislador não tem qualquer paralelismo aos direitos fundamentais, trata-se de liberdades, direitos, e garantias, ou seja, trata de forma especificada de direitos sociais. Assim não se pode concluir que as normas constitucionais sobre os deveres são de simples escolhas, meras normas programáticas, normas puras de natureza organizatória ou orgânica. Estas compõem uma constituição mais dogmática, mas necessariamente a constituição do indivíduo ou da pessoa humana.

2.3 DEVERES FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES FAMILIARES

Ao tratar da família e tentar conceitua-la torna-se uma tarefa árdua e de certa forma muito complexa, pois nesta há diversos conceitos elaborados por muitos autores e trata-se de um assunto que nos dias de hoje vem ultrapassando muito o senso comum. O assunto vem sendo tratado desde o Código Civil de 1916, onde traz o casamento como possibilidade única e legítima de formar família.

Neste tópico, buscar-se-á promover a aplicabilidade da Teoria dos Deves Fundamentais nas relações familiares, considerando que o afeto seja uma das bases para a relação familiar. A família é versada por um núcleo social de cunho primário. Pressupõe que na fase primitiva os relacionamentos sobrevinham da razão de um instinto o qual era o que comandava, tornando assim a mulher e o homem próximos para que houvesse entre eles o acasalamento, da mesma forma que acontece com os seres irracionais. Já com o passar do tempo os relacionamentos ocorriam por meio do rapto da mulher pelo homem, que este por se deter de forças a tinha em seu

domínio.

Por conta da existência de descendentes, ou seja, da prole e por conta da ampliação cultural, foi necessário fazer-se a fixação de uma estrutura social de forma mais organizada e complexa, onde seria capaz de separar garantias e funções para a subsistência da espécie. A família então surge na sociedade primitiva como a primeira forma de organização social da humanidade, voltada para o culto religioso, onde este era tido como elemento principal. Na religião primitiva aquela época cada família possuía um deus, onde este só podia ser cultuado apenas a uma única família.

Assim, a base familiar aquela época não se apoiava na afetividade nem tampouco na geração, tencionando que a mulher desempossava do *status familiae* com o então casamento cedendo-se a pertencer à religião e a família do seu esposo. Em se tratando sobre o matrimônio, romanos compreendiam que era um estado de fato, o qual produzia consequências jurídicas e que demonstravam dois elementos: um subjetivo e outro de forma objetiva, chamado assim de *affectio maritalis*, como sendo assim o surgimento da família, ou seja, a mulher transferindo-se para o domínio do homem (marido).

Segundo o autor Fabio Ulhoa Coelho (2010) a entidade familiar romana mantinha várias funções: educacional quando relacionava-se a preparação dos filhos para viver em sociedade, a biológica quando ligada a preservação e aprimoramento da espécie, econômica por razão das produções de bens que eram necessários a vida, assistencial quando pelo apoio entre os membros na velhice e enfermidades, de forma espiritual quando retrata a família como um centro de prática religiosa e a afetividade, por ser algo fundamental na estrutura psíquica do ser humano. Vale lembrar que muitas dessas funções foram-se perdendo com o passar dos tempos.

Passando para a Idade Média, tem-se a organização familiar sendo influenciada pelo Direito Romano, o que ainda aquela época encontrava-se vigente pelos povos dominados; pelo Direito Canônico o que este tomava mais e mais espaço na Sociedade através da influência da Igreja Católica e pelo Direito Bárbaro, persuadido pelos povos conquistadores.

Essa época a Igreja foi a responsável por legislar sobre o Direito Privado, reestruturando assim, as bases da família e do matrimônio, traçando-se dessa vez na concupiscência e no amor, ao oposto do que foi relatado e observado no matrimônio romano.

De acordo com o Direito Canônico a família originava-se do matrimônio de maneira sacralizada, criando assim um laço conjugal indissolúvel entre a mulher e o homem havendo como elemento objeto a conjunção carnal, pactuando assim a sua consumação. Casamento religioso surgiu então com o objetivo de regulamentar a família para que a mesma houvesse legitimidade á aquela época, bem como, uma forma de readquirir as bases existenciais dos fiéis, orientando-se a formar núcleos familiares de forma forte e indissolúvel.

Durante os Séculos XII e XIII a sociedade medieval tornou-se excessivamente influenciada pelo alto poder superior da masculinidade, ou seja, pelo universo masculino, onde as mulheres começaram a ocupar uma postura de submissão em função ao homem, concernindo assim uma obediência tanto ao pai quanto ao marido e para com as leis também, com essas elas não tinham participação nenhuma em sua elaboração.

Com a diminuição da influência da Igreja sobre o Estado, este passou a regulamentar o casamento, sendo agora conhecido como um simples contrato civil, assim o matrimônio e a família advinda agora deste contrato, perdeu o caráter antes tido como sacramental, o qual foi preservado até então pela Igreja Católica na Idade Medieval.

Deste modo, o Estado passou a ter certo controle no reconhecimento da entidade familiar, no que se refere ao ensejo de contrair matrimônio, passando agora por um processo de habilitação para se contrair as núpcias e extingui-las, por meio do divórcio.

Após a Revolução Francesa, o Estado francês começou a se preocupar a regulamentar o Direito Privado, trazendo uma nova acepção ao matrimônio, que se

transforma em uma autêntica união livre, cabendo ao homem e a mulher a flexibilidade para que o laço conjugal seja dissolvido com facilidade na mesma proporção em que se contraem. O matrimônio, então, deixa de ser a base fundamental da família, qual passa a ser calcada pela liberdade dos indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 com a sua promulgação trouxe um processo de constitucionalização no Direito Civil, o que adveio como consequência a finalização da chamada dicotomia ente o direito privado para com o direito público, o que ficou durante muitos anos congelado, trouxe para o Direito civil um novo paradigma para a conceituação de família e corroborando para a elaboração dos direitos de personalidade na esfera familiar.

O artigo 226 da Constituição Federal em seu caput confere que “a família, tem especial proteção”, isto leva ao Estado então o dever de efetivar essa proteção, proporcionando assistência a família a cada um de dos membros que a compõe em sua pessoa. Assim, não está assegurando a família titular de interesses autônomos e separados, mas sim a transformação da família, para que esta possa propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade dos seus membros.

A base da proteção constitucional é o indivíduo em sua pessoa, é ele que assegura a família não como uma instituição de forma valorada em si mesma, mas sim como instrumento sob a tutela da dignidade da pessoa humana, visto que a dignidade da pessoa humana, qual está positivada na norma constitucional (art. 1º, III), mesmo que não seja mantido como um direito fundamental de forma autônoma, decorre todos os direitos fundamentais, os quais os mesmos podem ser considerados, em todas as concretizações, medidas ou explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição determina a família como base da sociedade (art. 226, caput CF/88), além disso admite outras formas de entidades familiares, a união estável a título de exemplo é uma das formas de entidades protegidas pela Constituição, assim descreve o artigo 226, § 1º ao § 4º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º - O casamento é civil e gratuito a celebração.

§2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º - 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.

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988)

Além da visão da Constituição de 1988, é importante ressaltar que outras legislações também tratam sobre a família, a lei Maria da Penha (nº 11.340, art. 5º, II) retrata um interessante análise de forma ampla sobre o que se considera família:

Art. 5º- Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. (BRASIL, 2006)

Assim é notório perceber que a família não é apenas aquela que é expressa constitucionalmente, pode-se considerar também as famílias unidas por qualquer que seja o laço, natural ou por afinidade ou ainda por vontade expressa amparando não só esses, mas também os que assim consideram-se. A Constituição não só assegura a família como também lhe dá deveres os quais devem resguardar em função de outrem, como exemplo tem-se no artigo 227 da própria Constituição o dever de proteger as crianças e os adolescentes:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Como já discutido anteriormente, a inclusão de princípios como dignidade, solidariedade, pluralidade familiar, igualdade, respeito às diferenças, melhor interesse da criança e do adolescente, liberdade de planejamento familiar,

paternidade responsável, autonomia e menor intervenção estatal na vida privada trouxe uma mudança significativa para a proteção jurídica das famílias, que antes sofriam uma abordagem mais patrimonialista. Tal transformação despatrimonializou as relações familiares, colocando o foco na valorização da pessoa e na sua dignidade e repersonalizou os vínculos familiares, reconhecendo a importância dos laços afetivos.

O reconhecimento da afetividade como um princípio, valor ou categoria jurídica foi um marco nesse processo de humanização da família para o Direito, pois agora, as relações familiares são compreendidas não apenas em termos de interesses patrimoniais, mas também como relações baseadas no afeto, na reciprocidade e no cuidado mútuo.

Essa mudança de perspectiva promove uma maior valorização da dignidade de todos os envolvidos nas relações familiares, reconhecendo a importância do respeito às diferenças e da promoção da igualdade. A autonomia das partes é valorizada, permitindo que as famílias exerçam sua liberdade de planejamento familiar e façam escolhas que sejam adequadas às suas necessidades e valores. Nesse sentido, o Estado intervém de forma mais restrita nas questões familiares, respeitando a esfera privada e garantindo que as famílias tenham autonomia para conduzir suas próprias relações.

A humanização do Direito de Família por meio da valorização da afetividade e dos princípios constitucionais mencionados promove uma transformação positiva nas relações familiares. Essa abordagem coloca o ser humano no centro das decisões jurídicas, reconhecendo a importância do afeto, da dignidade e da autonomia nas relações familiares, e reflete uma evolução necessária para acompanhar as demandas e as realidades sociais contemporâneas

Assim conclui-se que a visão da Constituição acerca da família deixa de ser algo institucional e passa a ser uma família instrumental. Dessa forma a família passou a ser meio e não mais um fim, ou seja, é o meio pelo qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade com o fim de buscar uma realização pessoal.

2.4 CONCEPÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

De maneira primordial cumpre estabelecer uma separação doutrinária entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização que são corriqueiramente confundidos, de certo que um está inculido no outro, todavia são diferentes quanto suas bases e construções.

O conceito de ativismo judicial, proposto por Lawrence Baum (1987), refere-se ao poder de revisão judicial exercido pelos tribunais, abrangendo os casos em que leis são declaradas inconstitucionais. Baum associa o ativismo judicial à disposição da Suprema Corte de promover mudanças significativas nas políticas públicas, especialmente aquelas estabelecidas por outras instituições. Segundo o estudioso, o ativismo judicial ocorre quando a Suprema Corte toma decisões que entram em conflito com as políticas do Poder Executivo ou Legislativo, em qualquer nível de governo. Em outras palavras, o ativismo judicial é caracterizado por intervenções judiciais que têm o potencial de impactar e transformar as políticas públicas estabelecidas por outros poderes.

O ativismo judicial é um conceito que abrange diferentes condutas adotadas pelo Poder Judiciário. Segundo Luís Roberto Barroso (2010), essas condutas incluem a aplicação direta da Constituição em situações não expressamente previstas, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos e a imposição de condutas ao Poder Público em relação a políticas públicas. A judicialização ocorre quando o Judiciário intervém em questões que, a princípio, são de competência exclusiva do Executivo e Legislativo, devido à omissão desses poderes. O ativismo judicial envolve a atuação proativa do Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição, visando corrigir violações constitucionais e garantir direitos fundamentais.

Como o objetivo do presente estudo não se aprofundar sobre o conceito de ativismo judicial, por isso, será apresentado um último conceito, desta vez, o defendido por Ronald Dworkin (2011), qual traz a ideia de que a criatividade judicial possui uma concepção negativa, pois juiz idealizado (Juiz Hércules) pelo jusfilósofo, é autorizado

a praticar o ativismo (no sentido amplo de criação do direito) em nome de uma concepção de direito como integridade.

Conforme Dworkin (2011), o ativismo judicial é mais do que apenas revisão judicial, sendo descrito como uma forma intensa de pragmatismo jurídico. Nessa visão, o juiz ignoraria o texto constitucional, a história de sua criação, as decisões anteriores da Suprema Corte e as tradições duradouras da cultura jurídica norte-americana. Em vez disso, o juiz imporá seus próprios pontos de vista sobre o que a justiça exige, agindo de acordo com sua própria interpretação dos princípios e valores fundamentais. Segundo essa perspectiva, o ativismo judicial é criticado por seu potencial de substituir o processo legislativo e a vontade popular por decisões judiciais subjetivas. Dworkin argumenta que, em vez de seguir a interpretação objetiva do texto constitucional e os precedentes legais estabelecidos, os juízes ativistas tenderiam a impor sua própria visão pessoal de justiça.

A “judicialização da política” será concretizada pela omissão dos Poderes Executivo e Legislativo (seja esta omissão oriunda de uma crise instaurada ou por não preferir a decidir assuntos polêmicos). Posto isso a demanda será enviada ao Poder Judiciário para preencher as lacunas deixadas pelas instâncias políticas tradicionais, assumindo o poder judiciário o papel de decidir grandes questões, que primordialmente não lhe caberia:

A judicialização da política é a intervenção decisória do poder judiciário em matérias que, *a priori*, deveriam ser rebatidas exclusivamente pelos Poderes Executivo e Legislativo. É a resolução de conflitos de ordem política, moral, científica ou social, realizada pelo Poder Judiciário, em face dos demais Poderes. Tal atitude ocorre em função da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo; inclusive esta omissão é chamada por alguns autores como síndrome da ineficácia das normas constitucionais. (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p.34).

Todavia é imperioso destacar que tal fenômeno decorre não tão somente devido à omissão nos outros poderes, mas também por uma ascensão do atual Poder Judiciário, que nasce de uma constituição analítica e por um controle de constitucionalidade abrangente.

O fato de nossa constituição ser analítica (ou seja, disciplinar sobre os mais variados temas que vão desde os direitos fundamentais até a ordem tributária e econômica do País), também determina bastante a judicialização ora debatida, vez que a constitucionalização dos assuntos corriqueiros faz com que cada vez mais a população cobre do poder Judiciária a resolução dos conflitos que vão surgindo diuturnamente.

Em tempo, cabe o destaque, também, ao amplo controle de constitucionalidade adotado por nossa Carta Magna, afinal de contas todos os juízes possuem a jurisdição constitucional desde a primeira instância até as Corte Supremas há a liberdade de interpretação constitucional, fazendo com que o inchaço do judiciário não passe tão somente pela omissão dos Poderes Políticos, mas também pela enorme possibilidade de interpretação e abrangência constitucional.

No Brasil, a judicialização manifestou-se de várias maneiras podemos citar três exemplos claros e rápidos desse fenômeno: a judicialização da saúde que se torna cada vez mais recorrente, pessoas hipossuficientes financeiramente buscando a medida judicial para concessão de medicamentos; um julgamento muito emblemático no País foi à união entre pessoas do mesmo sexo, que até hoje é algo permeado de polêmicas, foi “autorizado” pelo judiciário brasileiro; e, um dos mais recentes e emblemáticos, o *impeachment* da ex-presidente Dilma Roussef onde o Judiciário que determinou o rito. Dessa maneira a judicialização é um fato que ocorre constantemente.

Cabe ainda dizer que esse fenômeno não é próprio do Brasil, mas é muito comum em todo o mundo, podemos citar alguns como, por exemplo, a eleição americana no ano de 2000 que foi decidida pela Suprema Corte ainda neste país as decisões sobre legalização das uniões homo afetivas (como ocorreu no Brasil), podemos citar também quando a Suprema Corte canadense decidiu se os Estados Unidos podiam ou não fazer teste com mísseis no território do Canadá, desse modo nota-se a proporção que toma esse fenômeno.

Entretanto essa inserção do Judiciário em assuntos que não são de sua alçada traz um aspecto negativo que é a sobrecarga do judiciário, algo que incessantemente é

debatido, afinal de contas uma vez que o judiciário passa a decidir sobre assuntos que estão fora da sua atribuição ele passa a ferir o limite que há entre as atribuições dos poderes.

Fazendo com que ocorra o desequilíbrio entre os poderes uma vez que o Judiciário passa a incorporar o que não está em sua atribuição ele se torna uma espécie de Deus que decide tudo, porém devemos lembrar que os Ministros dos Tribunais não eleitos diretamente pelo povo, então de certa forma aquela decisão exarada não possui uma essência 100% (cem por cento) democrática.

Uma vez que foram mostrados todos os pontos da judicialização se esclarece agora um pouco do ativismo judicial. No que concerne ao tema do ativismo judicial pode-se caracterizá-lo como uma ferramenta institucional concedida pela Constituição Federal de 1988 aos magistrados a fim de que esses busquem o melhor direito, tal instituto que não decorre da mera vontade política do magistrado ou é um fenômeno isolado (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 34).

Em tempo destaca-se que o ativismo judicial surge a partir da Segunda Guerra Mundial em vista das arbitrariedades que ocorreram percebeu-se que se o Judiciário possuísse mais autonomia muitos dos atos praticados pelos governos totalitários poderiam ter sido evitados, portanto surge como uma forma de assegurar a democracia. Em consonância com o assunto vejamos o que fala a professora Gisele Cittadino:

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização do direito, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países Europeus ou Latino Americanos – e a consequente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; a diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre o poder judiciário e democracia. (CITTADINO, 2004, p.6).

Em síntese, o ativismo surge como botão de emergência para a segurança do Estado Democrático de Direito, bem como materializa a forma de interpretação constitucional expansiva, onde os sentidos da norma passam a ter um significado muito maior do que o presente no texto legal, com o ativismo busca-se a pró atividade jurisdicional, configurando uma participação ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, muitas vezes assumindo o papel de verdadeiro legislador como também vimos na judicialização.

Para muitos constitucionalistas brasileiros a atuação expansiva do Poder Judiciário se manifesta em três circunstâncias, senão as únicas as mais recorrentes:

- 1) O Judiciário leva a norma a se manifestar quando não houve manifestação. Ex: Quando ocorre a manifestação do princípio da fidelidade partidária, posteriormente transformado em lei;
- 2) Quando o Supremo Tribunal Federal (STF) declara uma lei inconstitucional, em vista de manifesta e inequívoca inconstitucionalidade. Ex: O julgamento da cláusula de barreira partidária que foi considerada inconstitucional;
- 3) Quando o judiciário interfere na sociedade favorecendo as políticas públicas. Ex: Determinando a feitura de obras, intervenção ambiental ao determinar multas e concessão de medicamentos a pessoas hipossuficientes.

Desse modo essa vertente doutrina, encabeçada pelo professor Luis Roberto Barroso, acredita que essas são as principais manifestações da ferramenta institucional de equilíbrio da democracia. Todavia em contraponto parte da doutrina alega que o ativismo judicial não possui essa vestimenta de ferramenta institucional, mas sim uma justificativa para romper limites funcionais. Destaca-se o lecionado pelo professor Elival da Silva Ramos (2010):

[...] ao se fazer menção do ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em

detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e, até mesmo da função de governo. (RAMOS, 2010, p. 116)

Cabe um destaque especial no seguinte ponto: os autores que buscam impor essa limitação à atuação ao Poder Judiciário fazem parte do viés doutrinário intitulado de *self-restraint*³, por exemplo o autor José Joaquim Gomes Canotilho demonstra em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* a seguinte ideia: “[...] os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar justiciabilidade das questões políticas [...]” (Canotilho, 2000, p.1224).

Parte da doutrina narra que o fato do Supremo Tribunal Federal se utilizar das sentenças interpretativas reforça o papel da lei e do Poder Legislativo no cenário social, não trazendo um prejuízo significativo a interdependência entre os Poderes Políticos (Executivo e Legislativo) e o Judiciário. Entretanto o professor Lenio Streck faz a seguinte reflexão sobre o tema:

E se o STF, via interpretação conforme (ou nulidade parcial sem redução de texto), fazer exatamente o contrário do que propunha o legislativo? Por exemplo, o Congresso nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas. Trata-se de um assunto que o Congresso, ao decidir não regulamentar, na prática o STF “regulamentou” de forma negativa. (STRECK, 2015, p.42)

É possível extrair da reflexão do autor, que o ativismo judicial tem sido utilizado pelos Ministros do STF de forma desmedida, trazendo uma mácula a principal atribuição do Judiciário que é interpretar a legislação, por vezes, como no exemplo dado pelo professor, os Ministros do Supremo tomam para si a função atípica de legislar casos em que o Congresso preferiu não o fazer, sejam quais forem as razões políticas ou sociais, mas a casa do povo preferiu ficar silente.

Entretanto para a maioria dos autores prevalece que o ativismo judicial, em sua essência, possui esse caráter inovador. Para tanto, parte da doutrina subdivide-o em duas espécies que seriam o ativismo inovador e o revelador, a fim de que se consiga

³ O *self-restraint* também é conhecido como a autocontenção judicial, esse viés doutrinário é encabeçado por Canotilho, na seara internacional, no Brasil a representação desse movimento se dá com o professor Lenio Luiz Streck que é um dos maiores críticos do ativismo judicial.

compreender melhor as formas de manifestação do ativismo. No que tange ao assunto demonstra o professor Gilberto Andreassa Junior (2015) conceitos esclarecedores:

[...] o inovador, onde o juiz cria uma nova norma ou direito de forma nova e originária; e o revelador, onde por intermédio da análise de princípios constitucionais, muitas vezes não escritos, ou em razão de uma lacuna em uma determinada norma, o juiz cria a regra, o direito ou a norma. (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p.34)

Posto isso se percebe que o ativismo judicial e a judicialização são bem dependentes um do outro, afinal de contas aquele não existe sem essa. De fato, deve-se manter sempre alerta porque na medida em que se judicializa de forma exagerada os atos da vida social, acaba que por ceifar a oportunidade da população aproximar-se da discussão nas arenas jurídicas.

Afinal de contas à seara jurídica possui formalidades, ritos e procedimentos os quais nem todos se preparam para enfrentar, em consequência disso buscam advogados e etc. Portanto, chama-se atenção para o seguinte ponto a judicialização exacerbada é afronta a democracia afinal levam-se as discussões para um campo no qual nem todos possuem armaduras para batalhar, o campo do poder judiciário.

Todavia se bem usados esses dois fenômenos jurídicos podem ser muito uteis uma vez que sua utilização responsável traz uma enorme celeridade para os casos futuros como também soluções para problemas sociais, que por vezes não são tratados no congresso pelo medo da impopularidade, assegurando direitos e garantias individuais e coletivas que as Constituições do Estado Democrático de Direito tanto asseguram.

2.5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES POLIAMORISTAS

O poliamor desafia as normas tradicionais de relacionamento e, muitas vezes, enfrenta falta de reconhecimento legal. O ativismo judicial pode ser utilizado para buscar a garantia de direitos para pessoas envolvidas em relacionamentos poliamorosos, como direitos parentais, benefícios previdenciários, acesso à saúde e outras proteções legais. Através do ativismo judicial, advogados e ativistas podem trabalhar para promover a igualdade e o reconhecimento legal das pessoas poliamorosas.

No período após as duas grandes guerras, mais especificamente a segunda, os Estados buscaram criar constituições mais fortes e que possuísem uma maior capacidade garantidora. Afinal de contas o teor intolerante das duas grandes guerras escancarou a fragilidade, no que tange a segurança jurídica, que os direitos humanos e fundamentais tinham ao ficarem em leis esparsas. Dessa maneira os juristas acreditaram que se esses direitos integrassem as constituições gozariam de maior legitimidade e segurança jurídica.

No período neoconstitucional⁴, como é denominado pela doutrina, as constituições passaram a gozar de uma função bem mais do que só estruturar o Estado, mas também passaram a proteger os direitos e garantias fundamentais de seu povo, defendendo os direitos fundamentais de primeira e segunda geração, bem como os que o sucederam. No que concerne o tema a mestre Ana Lúcia Pretto Pereira (2011) leciona o seguinte:

[...] as constituições não se limitariam a apenas organizar, estruturalmente, o Estado, fixando os seus limites políticos; são assegurados direitos de liberdade e de igualdade, aos quais é impressa nota de fundamentalidade formal e material, vinculantes para o Estado prevendo-se, ainda, instrumentos de garantia e de proteção desses direitos. (Pretto, 2011, p.19)

Essa forma de tratar os direitos humanos e fundamentais como constitucionais garante uma segurança jurídica maior a tais direitos. Conseqüentemente faz nascer à politização das constituições, bem como o ativismo judicial se torna mais presente a fim de sedimentar esses direitos e garantir que todas as prerrogativas sejam cumpridas.

Desse modo se começa a vislumbrar que a intervenção direta do judiciário na política (através dos controles de constitucionalidade, da criação de direitos, a partir de princípios e da interpretação expansiva que proporciona o ativismo), se dá muito mais como garantia de direitos do que por mera vontade política dos magistrados.

⁴ O neoconstitucionalismo é um termo, que surgiu de certa forma a pouco tempo, que indica uma visão jusfilosófica, e se caracteriza por ser constitucionalista e antipositivista. (POZZOLO, 2003)

Para que melhor compreenda-se o assunto o escritor Clèmerson Merlin Clève faz a seguinte reflexão sobre o tema:

[...] há momentos, como aqueles que envolvem a defesa das minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de controle forte do judiciário. (CLÈVE, 2011, p.12)

O papel do Judiciário como legislador negativo não é maléfico quando feito de forma proporcional. A partir do momento em que o Judiciário se vale do ativismo com o intuito de concretizar direitos fundamentais não é algo abusivo, mas apenas garantidor e mantenedor do Estado Democrático de Direito.

O ativismo quando utilizado para concretização dos direitos fundamentais ou para a manutenção da integridade do Direito (moral, costumes, etc.) não deve ser levado como algo prejudicial ao ordenamento, mormente porque melhor um Judiciário garantidor a um Judiciário passivo que já demonstrou ser ineficaz em décadas anteriores em mais diversos países. (ANDREASSA JUNIOR, 2015)

Em decorrência da politização das constituições e da maior utilização do ativismo judicial, se vem exigindo dos magistrados uma maior politização, o que não significa a fuga da imparcialidade.

O juiz que é considerado politizado não quer dizer que cederá para as necessidades de partidos políticos, mas sim uma inserção cada vez mais clara e direta na sociedade, buscando não somente a legalidade, porém se preocupando com cada vez mais em resolver os problemas sociais, buscando especializar-se em matérias ditas propendeuticas (sociologia, filosofia, antropologia). Celso Fernandes Campilongo (2002) busca sintetizar da seguinte forma a função política dos juízes em sua obra:

A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável. (CAMPILONGO, 2002, p.61)

Nesse sentido o juiz na busca pela concretização dos direitos fundamentais deve está

ciente de que o Direito ele pode ser politizado, mas o Direito não é política. O ministro do STF Luis Roberto Barroso (2010) pondera mais uma vez neste tema:

Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo. [...] O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação. A exigência da politização do magistrado traz a tona um novo judiciário fazendo com que além de sua atribuição de entender a lei e fazer valer o que nela está escrito faz com que o mesmo seja garantidor de políticas públicas e do bem estar social, portanto esse “novo poder” passa a cada vez mais preocupar-se com a população do que distanciar-se dela. (BARROSO, 2010, p.14)

As multiconjugalidades afetivas enfrentam um grande estigma social e discriminação, e o ativismo judicial pode desempenhar um papel na luta contra a discriminação e na promoção da igualdade. Por meio de ações judiciais, defensores dos direitos das pessoas poliamorosas podem buscar a invalidação de leis discriminatórias e promover a conscientização sobre as realidades e necessidades desses indivíduos:

Navarro (2017) justifica o fato do ativismo em favor do reconhecimento legal das relações construídas à margem do sistema cultural da monogamia não ser tão forte e/ou organizado como os movimentos em defesa das causas LGBT - lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, por exemplo, porque a tendência ainda é priorizar questões relacionadas à criação de espaços de encontro e apoio mútuos e aumentar a visibilidade social das alternativas à monogamia, o que não significa que as relações não-monogâmicas não sofram as consequências da desproteção jurídica, trazendo dados de uma pesquisa realizada nos Estados Unidos em que 90% dos entrevistados opinaram que as relações não-monogâmicas deveriam estar em paridade legal com as monogâmicas, e cerca de dois terços afirmaram que invocariam o reconhecimento caso isso fosse possível. (PORTO, 2017, p. 143)

Outro efeito dessa politização junto ao Judiciário seriam os meios “alternativos” de litigar. Afinal de contas na busca por ser mais acessível o Judiciário está cada vez mais propondo abrir mão de alguns elementos que antes eram indispensáveis, como por exemplo, a criação dos juizados especiais que buscam fazer valer o princípio do acesso à justiça, tudo isso chefiado pela necessidade cada vez mais clara da prestação jurídica. Nesse sentido destaca Theodoro Junior (2014) algumas causas desses obstáculos ao Judiciário:

Passaram a cogitar de outros elementos que assumiram notória proeminência, todos ligados ao problema de acesso à justiça, como os relacionados com os custos e a demora dos processos, em suma, com os embaraços ou obstáculos (econômicos, culturais, sociais) que frequentemente se interpõem entre o cidadão que pede justiça e os procedimentos predispostos para concedê-la. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 428)

No caso das relações poliafetivas, o ativismo judicial pode se concentrar em garantir que as pessoas envolvidas em relacionamentos poliamorosos tenham acesso igualitário à justiça. Isso pode incluir a busca por representação legal adequada, a criação de espaços seguros nos Tribunais para as pessoas poliamorosas se expressarem e a promoção de mudanças nos procedimentos legais que considerem as dinâmicas poliamorosas.

O fato é que a concretização dos Direitos Fundamentais passa pelo ativismo judicial uma vez que o magistrado através desse novo Poder Judiciário assume um papel muito mais ativo do que o de mera interpretação, por vezes atua como legislador justamente com a finalidade de fazer valer os direitos e garantias. Dessa forma a politização do Direito assume muito mais a forma de atualização da Teoria da Separação dos Poderes do que propriamente uma extinção. Fazendo valer e tornar cada vez mais concreta a interdependência entre aqueles do que propriamente uma separação total, como já feita em todas as ponderações. Cabe um destaque realmente especial a essa função institucional do ativismo que busca uma roupagem de garantir direitos do que mera vontade política do magistrado.

A 'politização' do poliamor tem efeitos demonstrados na superação das barreiras procedimentais e financeiras, por meio de uma busca constante para garantir os direitos fundamentais à população. Nesse contexto, o ativismo judicial desempenha um papel crucial na mudança de paradigmas sociais relacionados ao poliamor. Através de decisões judiciais progressistas e pautadas em princípios de igualdade, os tribunais podem contribuir para a transformação das normas sociais e culturais, promovendo uma maior aceitação e compreensão do poliamor na sociedade.

2.6 O PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS FRENTE ÀS RELAÇÕES POLIAMORISTAS

O poliamor, que se refere a relacionamentos consensuais entre adultos que optam por ter múltiplos parceiros românticos ou afetivos simultaneamente, tem ganhado atenção crescente nos últimos anos. À medida que o poliamor se torna mais visível na sociedade, questões legais relacionadas ao reconhecimento e à proteção desses relacionamentos também surgem. Nesse contexto, os precedentes judiciais desempenham um papel importante na moldagem do entendimento e tratamento legal do poliamor, pois, no sistema jurídico contemporâneo, este instituto desempenha um papel fundamental na construção e interpretação das leis. Os precedentes judiciais representam decisões passadas que servem como referência para casos futuros semelhantes, contribuindo para a uniformidade das decisões judiciais e a garantia da segurança jurídica.

No caso das relações poliamoristas, os precedentes judiciais podem abordar várias questões legais, como reconhecimento legal dos relacionamentos poliamoristas, direitos parentais, direitos de propriedade, benefícios previdenciários, discriminação e outros aspectos relacionados.

Ademais, a discussão com o ativismo judicial surge como uma questão relevante, uma vez que o exercício dessa prática pode influenciar a aplicação dos precedentes e potencialmente afetar o equilíbrio entre a independência judicial e a separação dos Poderes.

O conceito de precedente nasce da ideia de produção de uma decisão judicial construído de forma universal independentemente do direito positivado, em síntese não nascendo da lei positivada. Fredie Didier Junior de forma didática dá o seguinte conceito: “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JUNIOR, 2015) Tal forma de conceituar o instituto do precedente judicial o torna muito mais neutro, sendo possível adequá-lo a qualquer sistema jurídico, não tornando a definição e a essência do instituto engessada e geométrica. Ronaldo Cramer (2016)

demonstra da seguinte maneira: “Em vez de ser extraído de determinada realidade normativa, o conceito lógico-jurídico serve ao entendimento de qualquer ordenamento”.

Em síntese o conceito de precedente judicial é um instituto do Direito Processual Civil que visa reforçar o entendimento do magistrado sobre casos análogos e/ou iguais partindo do próprio caso concreto e dispensando prévia disposição legal. A doutrina divide-o em duas ramificações, intitulando-se de sentido próprio e sentido impróprio. Em sentido estrito, o precedente pode ser compreendido como uma decisão judicial que fixa uma tese jurídica (norma jurídica) que deverá ser seguida pelas novas decisões judiciais em casos análogos e/ou semelhantes.

No que concerne ao sentido impróprio, o precedente dá origem a própria norma jurídica concebida através de decisão judicial, ou seja, tal instituto ocupa o papel da própria tese jurídica que servirá de medida comparativa para lides iguais e/ou semelhantes, constituindo assim o *ratio decidendi*⁵ que não ocupa o papel de fundamentação do julgado, mas encontra-se nela. Portanto o precedente judicial vem garantir uma série de princípios processuais, como por exemplo, o da segurança jurídica uma vez que as partes já sabem como aquele juízo deve proceder em determinado caso ou qual o sentido está tomando determinado processo.

Cita-se como exemplo a súmula nº 370 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que narra “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.”, seu nascimento se dá com os reiterados julgamentos sobre a quitação antes da data dos cheques pré-datados. O processualista Elpídio Donizetti sedimenta o tema em seu livro da seguinte maneira: “Não se pode comparar a busca pela tutela jurisdicional com um jogo de loteria, mas também é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito” (DONIZETTI, 2016). Dessa maneira o precedente busca “padronizar” as decisões a fim de que casos análogos não tenham decisões contrárias ou conflitantes em seu centro, evitando a famigerada

⁵ O *ratio decidendi* é elemento fundamental na constituição do precedente judicial, afinal de contas ele que embasara as futuras decisões e julgados. Sua tradução diz muito sobre o instituto, seu significado é “razões essenciais para a decisão”.

fábrica de decisões surpresas, todavia sempre primando pela aplicabilidade individualizada em cada caso.

Visto isso, chega-se à conclusão de que o precedente ocupa tanto o papel de norma jurídica a ser seguida pelas novas decisões que venham a surgir (sentido próprio), como também a norma que foi concebida através do julgado (sentido impróprio). Cabe enaltecer que o sentido próprio do precedente judicial é o que mais se costuma ver afinal de contas essa visão retrospectiva do instituto é retirada do *Common Law*, ou seja, o julgado não alcança o status de precedente quando é proferido, mas sim pelas decisões posteriores que o seguem. Para sedimentar o entendimento do tema segue o pensamento do autor Ronaldo Cramer (2016):

Normalmente o precedente é visto de maneira retrospectiva. No *Common Law*, por exemplo, o julgado, ao tempo em que é proferido, ainda não constitui um precedente, somente se tornará um se assim for discernido pelas futuras decisões. São somente as decisões posteriores que, ao olharem para o passado, identificarão na jurisprudência se existe um precedente para solucionar o caso sob julgamento. (CRAMER, 2016, p. 78)

Ademais quando se adentra no tema do precedente judicial adotado pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) não se pode exclusivamente importar conceitos puros do *Common Law* afinal de contas nosso sistema jurídico abasileirado ou “*Brasil Law*” possui inúmeras peculiaridades.

No processo civil brasileiro, diferentemente da tradição *Common Law*, os precedentes vinculantes estão previstos legalmente, portanto já se sabe quando o julgado gozará do status de precedente judicial. Em nosso ordenamento esse instituto não é construído a partir de decisões que são seguidas por decisões posteriores indo de encontro à “visão retrospectiva” estabelecida tradicionalmente, afinal de contas nessa forma de enxergar o precedente o julgado não nasce com tal *status*, mas sim é reconhecido pelas decisões posteriores como tal.

Para compreender melhor a temática o artigo 927 do Código de Processo Civil brasileiro estabelece os precedentes vinculantes, ou seja, aquelas decisões que deverão ser observadas:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015)

Importante perfilar o pensamento do ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux que complementa a determinação legal ao enaltecer com clareza que o precedente a ser seguido, ou seja, aquele obrigatório, são estipulados pelos tribunais uma vez que as decisões em nível de Tribunal geram uma segurança jurídica maior, a seguir demonstra-se:

A jurisprudência, para ter força, precisa ser estável, de forma a não gerar insegurança. Então, a jurisprudência que vai informar todo o sistema jurídico e que vai ter essa posição hierárquica é aquela pacífica, estável, dominante, que está sumulada ou foi decidida num caso com repercussão geral ou é oriunda do incidente de resolução de demandas repetitivas ou de recursos repetitivos, não é a jurisprudência aplicada por membro isolado através de decisões monocráticas. Essa não serve para a finalidade do Novo CPC. (BRASIL, 2015)

Dessa maneira a forma abrigada de tratar os precedentes judiciais transpassa a forma tradicional dos precedentes, incrementando o conceito tradicional, ampliando e adequando sua ideia ao sistema processual brasileiro.

Em relação ao reconhecimento legal do poliamor, os precedentes judiciais podem desempenhar um papel fundamental na determinação de como os relacionamentos poliamoristas são tratados perante a lei, pois, hipoteticamente, caso os Tribunais reconheçam e validem acordos de convivência entre múltiplos parceiros, é possível estabelecer um precedente para o reconhecimento legal dos relacionamentos poliamoristas. Esses precedentes podem influenciar futuras decisões judiciais, fornecendo orientações sobre como os tribunais podem tratar os aspectos legais dos relacionamentos poliamoristas.

No contexto dos direitos parentais, os precedentes judiciais podem ser relevantes para determinar as questões de custódia e guarda de filhos em relacionamentos poliamoristas. Tribunais podem analisar casos anteriores em que a presença de

múltiplos parceiros não foi considerada automaticamente prejudicial ao bem-estar das crianças, levando em conta o melhor interesse dos filhos envolvidos. Esses precedentes podem influenciar decisões futuras, promovendo uma abordagem mais inclusiva e não discriminatória em relação aos pais poliamoristas. Reforçando que este contexto, por enquanto, é hipotético.

Todavia há que se ponderar que a previsão legal que determina quais decisões vinculam ou não, podem despertar a vontade excessiva do julgador de legislar fazendo com que o precedente perca sua natureza de auxílio interpretativo e passe a ser considerada uma nova forma de confeccionar novas leis e regras. Mas nesse sentido a legislação processual também prevê maneiras de a parte que for ou que se sentir prejudicada possa se valer da interposição dos recursos cabíveis para corrigir os excessos dos julgados que geraram o precedente.

Cumprido mencionar que a ideia de precedente judicial é diferente de julgado, jurisprudência e súmula. De forma paulatina, observa-se uma evolução jurídica com a chegada da teoria dos precedentes judiciais, e assim, por força da Emenda Constitucional 45/2004, bem como pela vigência do novo Código de Processo Civil (Lei 13105/2015), estão sendo admitidos como fonte formal primária do direito os precedentes, que são entendidos como decisões judiciais tomadas a partir de um caso concreto, cujos fundamentos para a tomada da decisão sirvam como direcionamento para o julgamento de casos futuros.

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei, assumindo o caráter constitucional, possibilitando, a partir da judicial review, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Atualmente já se fala que a jurisdição é uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muitas vezes, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto. Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. (LOURENÇO, 2011, p.11).

No que se refere ao precedente judicial entende-se como uma decisão referente a um caso e a jurisprudência é o coletivo de decisões de um tribunal no mesmo sentido a respeito de uma lide. Portanto a diferença é basicamente quantitativa. Já no que

concerne a súmula é entendida como o texto normativo extraído do *ratio decidendi* de uma jurisprudência que é dominante no meio jurídico daquela lide, diante da reiteração do precedente.

É possível observar a força dos precedentes judiciais como fonte de Direito direta quando se permite a criação de súmulas vinculantes, que se tornaram de observância obrigatórias aos julgadores de instâncias inferiores, pois via de regra apenas o Supremo Tribunal Federal pode editar súmulas que vinculem, conforme disposto no art. 103-A da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (BRASIL, 1988).

Neste aspecto, essa previsão no ordenamento brasileiro, bem como outras no Código de Processo Civil, assemelha-se a um sistema judicial denominado de *common law*, criado pelos ingleses e adotado pelos norteamericanos, onde a aplicação do direito se dá pelo uso de precedentes e de costumes. Esse sistema está cada vez mais sendo engajado no ordenamento brasileiro, e para essa mudança de estrutura, requer uma estrutura nova de raciocínio de modo que possa engajar os precedentes ao sistema brasileiro. Didier (2015) demonstra que a jurisprudência em suma é o precedente reiterado, complementando ainda com o demonstrativo da relação entre precedente, jurisprudência e súmula:

Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante que é a reiteração de um precedente.

Há, pois, uma evolução: precedente-jurisprudência-súmula. São noções distintas, porém umbilicalmente ligadas. (DIDIER JR, 2015, p. 487)

Por fim, tem-se o julgado que se assim puder dizer é a gênese de todo o processo acima demonstrado, vez que para que nasça o precedente judicial tem que existir um julgado. Evidentemente que nem todo julgado torna-se um precedente judicial, entretanto para o nascimento do precedente judicial o julgado tem que ter sido concebido.

Desse modo a distinção feita é importante no sentido didático afinal de contas como foi dito no início do tópico o precedente judicial adotado pelo processo civil brasileiro nasce da lei, todavia a compreensão do precedente é mais restrita. O termo precedente usado pelo nosso sistema refere-se muito mais ao todo a que o julgado utilizado reiteradas vezes.

2.6.1 Funções e elementos dos precedentes judiciais

O precedente vinculante como todo instituto do Direito possui elementos e funções que o individualizam frente a sua adoção pelo sistema processual. Os elementos são característicos e específicos do próprio instituto e o permeiam trazendo sua identidade individualizada, como por exemplo, o *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Ocorre que tais elementos componentes do precedente judicial atribuem funções precípua que o individualizam e o fazem independente ao sistema que o adotou, as leis que o previram ou aos tribunais que os confeccionam. Essas funções existem pelo simples fato de o precedente existir.

Todavia cumpre dizer que o sistema de precedente fora adotado no Código de Processo Civil a fim de que se mantivesse a integridade do Direito brasileiro e buscase a resolução das demandas repetitivas, o precedente a partir do momento em que foi incorporado em nossa sistemática passou a cumprir funções para além das que o legislador intencionou. (CRAMER, 2016)

A jurisprudência diferencia-se do precedente, pois para se formalizar uma jurisprudência é necessária uma pluralidade de decisões de um tribunal no mesmo sentido, de modo que torne esse entendimento ideal nos casos semelhantes. Taruffo (2011) assim sintetiza a distinção entre jurisprudência e precedente:

Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade “faz precedente”. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma. Apesar disso, como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência. (TARUFFO, 2011, p.139)

Ante o mencionado, jurisprudência significa dizer que um Tribunal chegou a um entendimento após diversas decisões e interpretações no mesmo sentido. Como se aludiu, a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças, ou melhor: por um conjunto de subconjuntos ou de grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões.

As funções precípua do precedente judicial são muitas, todavia a maioria da doutrina separa seis como mais importantes, são elencadas como as seguintes: a) ser modalidade de argumentação jurídica, b) uniformizar a compreensão da norma jurídica, c) uniformizar a jurisprudência, d) gerar previsibilidade da resposta judicial, e) criar agendas e f) colaborar para a formatação da identidade nacional.

No que concerne à primeira função, a argumentação jurídica é função precípua junto a um sistema que valoriza o precedente judicial. A citada argumentação compreende tanto o ato de argumentar (de forma oral ou escrita) ou decidir conforme determina o precedente, sendo evocados todos aqueles incidentes no caso concreto. Por exemplo, a alegativa de um precedente judicial vinculante pode ser fato crucial para a vitória processual. Entretanto cabe um destaque prévio que a argumentação jurídica com

base no precedente difere do movimento processual muito comum que a doutrina denomina de ementismo⁶.

Já no que se refere à segunda função que é a ideia de uniformiza a compreensão jurídica sobre a lide. Essa função concretiza-se no ato de interpretação da norma, uma vez que o precedente judicial define o que é a norma para o caso concreto em discussão, para os casos similares que venham a judicie e para a sociedade que acompanha.

A percepção na prática de tal caso se dá geralmente quando o precedente é proferido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, afinal de contas sua abrangência é nacional devido suas competências que um interpreta a norma constitucional enquanto que o outro interpretará a legislação federal.

A terceira função decorre necessariamente da segunda, uma vez que a definição da norma jurídica através do precedente faz nascer um parâmetro decisório a serem, necessariamente, seguidos pelos demais julgamentos o que acarreta uma uniformização da jurisprudência. O fato é que a uniformização da jurisprudência, assim como na segunda função, tem maior abrangência quando feita pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça devido sua competência de interpretação, quando feita pelos tribunais de segunda instância sua competência se restringe apenas a sua região.

No que concerne à quarta função, a previsibilidade das decisões judiciais é consequência natural das outras funções afinal de contas a criar-se o parâmetro decisório e houver uma uniformização da jurisprudência os litigantes sabem o que esperar de suas pretensões judiciais. Essa previsibilidade se manifesta principalmente no precedente vinculante, afinal de contas haverá a partir desse a inibição de propositura de ações divergentes ao entendimento do tribunal.

⁶ O ementismo não se confunde com a alegação de precedente, uma vez que o primeiro se concretiza a partir da simples alegação de ementas de julgados de maneira parcial e conveniente para o alegante e o invocando como se fosse entendimento pacífico naquele tribunal.

A quinta função ou a de criação de agendas tem nascedouro no sistema de precedentes judiciais norte americano, todavia a uma enorme relevância para o nosso sistema. O Poder Judiciário a partir do momento que emitem precedentes tem a aptidão para a confecção de agendas de discussões sobre a lide julgada.

Normalmente essas agendas são fomentadas pelo Poder Legislativo após a criação delas ou durante a elaboração delas. Ocorre que no sistema de precedentes judiciais essas agendas não são criadas tão somente pelo Poder Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário quando julga, por exemplo, as ações diretas de inconstitucionalidade.

O fato é que essas agendas possuem como característica a repercussão social uma vez que seu nascimento se dá a partir da confecção de leis, como quando foi editada a Lei Maria da Penha que ensejou na discussão sobre a violência contra as mulheres, bem como se dá também quando o judiciário promove alguns julgamentos que fazem repercutir no território brasileiro como foi no caso da ADI 4650 do Supremo Tribunal Federal que discutiu a doação empresarial a campanhas eleitorais.

A sexta e última função do precedente judicial, também é originário do sistema de precedentes judiciais do direito norte americano, mas cabe também junto ao sistema brasileiro. Afinal de contas o precedente constrói a identidade nacional, ou seja, demonstra como o País trata os grandes temas.

Os precedentes judiciais também são relevantes na luta contra a discriminação enfrentada por pessoas envolvidas em relacionamentos poliamoristas, uma vez que já houve um combate à discriminações por meio de precedentes, como, por exemplo, o reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4.277); a validade da Lei de Anistia; o entendimento sobre a propriedade do mandato é do partido e não do parlamentar; a constitucionalidade das cotas raciais para a admissão em cotas universitárias, dentre outros.

Destaca-se que no *Civil Law* o acórdão é dividido em três partes: relatório, onde há um resumo dos principais andamentos processuais e alegações; fundamentação, onde está à base jurídica do processo e por fim o dispositivo onde está o resultado da pretensão autoral. Para uma primeira compreensão o *ratio decidendi* como já foi

introduzido são basicamente as razões de decidir, está intrínseco no conceito desse elemento a ideia dos fundamentos essenciais das decisões e acórdãos.

Em síntese, o *ratio decidendi* é entendido como os motivos que baseiam as sentenças e acórdãos, que no Direito brasileiro é facilmente identificado na subdivisão “fundamentação” das decisões e só deve localizar-se nessa subdivisão, afinal de contas o relatório e no dispositivo não há compatibilidade com a *ratio decidendi*.

No que concerne ao *obiter dictum* é classificado como toda e qualquer parte das decisões que não se classifique como *ratio decidendi*, dessa maneira todos os elementos textuais que estão ali para implementar o texto ou melhorar a compreensão textual são considerados como *obiter dictum*. Ronaldo Cramer é pontual ao dizer que “[...] o *obiter dictum* pode consistir na opinião pessoal do redator do acórdão sobre o caso julgado, mas que não foi submetido a julgamento” (CRAMER, 2016).

Distinguir esses dois elementos no sentido de dizer qual dos dois constitui ou atribui as funções do precedente judicial clássico, por assim dizer, não é simples uma vez que o precedente possui a ideia da visão retrospectiva, afinal de contas quem vai dizer se aquele trecho se enquadra como *ratio decidendi* ou *obiter dictum* serão os julgados futuros que utilizarão como base ou não.

Diante disso não se pode incorrer no erro recorrente de considerar que o *obiter dictum* está dentro do próprio *ratio decidendi*, vez que o prejuízo processual que poderia trazer mesmo no *Civil Law*, pois já determinam os seus precedentes vinculantes, seria enorme frente a conclusão dos casos a partir dos precedentes.

Por fim as funções e os elementos do precedente judicial justificam sua adoção frente a *Civil Law* uma vez que a busca pela desburocratização da justiça está cada vez mais em pauta uma vez que tal instituto visa muito mais conceder segurança jurídica aos litigantes ao invés de transformar os julgadores em “super humanos” ou novos legisladores, como será visto mais adiante os fundamentos são muito mais abnegados do que puro e simplesmente uma revolução para que todo poder emane do judiciário.

2.6.2 Classificação dos precedentes judiciais

Os precedentes possuem autoridade nos sistemas jurídicos que o adotam, que vai variar o grau em decorrência de alguns fatores pontuados adiante. Diversas são as formas de classificar os precedentes. A classificação mais adotada, inclusive por Sesma (1995), classifica os precedentes em persuasivos e obrigatórios.

Já se levando em conta o sistema jurídico brasileiro, a classificação dos precedentes pode se dar da seguinte forma: 1) persuasivos; 2) relativamente obrigatórios; 3) obrigatórios/vinculantes. Essa classificação torna-se mais adequada para demonstrar a força dos precedentes em cada Tribunal Superior.

Nos precedentes obrigatórios, prevalece o entendimento do *stare decisis et non quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido). Ou seja, o juiz deve seguir fielmente o precedente já posto, pois o precedente nessa situação possui uma autoridade vinculante muito forte e dispensa o entendimento do juiz quanto ao fato de se está sendo aplicado o precedente de forma correta ou não. No ordenamento jurídico brasileiro podem ser encontrados precedentes que vinculam nas seguintes situações:

a) O art. 102, § 2º da CF assim dispõe:

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988).

b) As Súmulas Vinculantes;

c) As decisões do STF acerca de casos de repercussão geral e decisão do STF em Recurso Extraordinário de causas repetitivas;

No caso dos Precedentes Relativamente Obrigatórios, um Tribunal pode alterar uma decisão do STJ firmada em Recursos Especiais contanto que argumente de modo muito bem fundamentado o motivo pelo qual não seguirá o entendimento do STJ. Note-se que é perceptível a diferença do grau de autoridade que as decisões do STJ

e do STF possuem.

Os Precedentes Persuasivos são os remanescentes, ou seja, os que não sejam obrigatórios ou relativamente obrigatórios. Nessa situação o juiz em julgamento não está vinculado a considerar um precedente. Melhor dizendo, um precedente é persuasivo para determinado caso, se o juiz deste caso não está obrigado a segui-lo e, mesmo assim, segue-o por estar convencido de sua correção. O convencimento de um precedente persuasivo por parte de um magistrado dependerá de diversos fatores, tais como qual Corte proferiu esse entendimento e em que posição hierárquica ela ocupa, se a decisão foi unânime ou não, o prestígio do juiz relator da decisão, entre outros.

2.6.3 Os precedentes judiciais na sistemática processual brasileira

Como já visto o precedente judicial goza de funções saneadoras do processo civil, bem como revolucionárias. Afinal de contas a partir do momento em que se cumprem as funções aqui já citadas o instituto do precedente passa a ditar uma maior segurança jurídica para a sociedade e também desonerar o poder judiciário.

Pode-se citar como exemplo a uniformização da norma jurídica, que abrange esses dois fundamentos vez que a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça ditam o entendimento da norma ela terá necessariamente que ser vista naquele sentido, óbvio que isso não significa estagnação da norma uma vez que caso nasça uma nova *ratio* e modifique o entendimento daquela aplicação normativa ocorrerá mutação do entendimento daquela regra.

Dessa maneira vislumbra-se a partir do que fora demonstrado, os motivos da adoção do precedente judicial em um ordenamento que historicamente possui o *Civil Law* como parâmetro de sistemática de direito. A doutrina elenca para disciplinar tal adoção duas categorias que são: os fundamentos deontológicos e os fundamentos pragmáticos. Nesse sentido vê-se como fundamentos deontológicos o princípio da segurança jurídica e o da isonomia.

No que concerne à segurança jurídica, podemos enxergá-la tanto como princípio quanto como valor. No sentido de princípio constata-se pela decorrência da imposição normativa, na construção da obrigatoriedade de passar a segurança junto aos litigantes, já no sentido de valor constitui um estado que se almeja porque é digno de ser buscado. Note-se o que narra Humberto Ávila:

A segurança jurídica pode, da mesma forma, denotar uma asserção sobre um estado desejável, isto é, de um estado que seja qualificado como digno de ser buscado, por razões sociais, culturais ou econômicas, porém não especificamente por uma imposição normativa. Desse modo o uso da expressão “segurança jurídica” denota juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores. A frase “um ordenamento previsível é muito melhor para o desenvolvimento econômico que um imprevisível” denota que a segurança jurídica. (ÁVILA, 2011, p. 122-123)

Faz-se necessário a adoção do sistema de precedentes judiciais em nosso sistema processual não surge tão somente por força de um princípio normativo, porém também pelo ambiente de maior harmonia social e de segurança (em todos os sentidos).

O que se deve extrair da segurança jurídica é que esse princípio constitui um valor inerente e fundamental do Estado Democrático de Direito. Afinal de contas os indivíduos que formam o Estado precisam ter certeza e a confiança que a ordem jurídica será respeitada por todos os indivíduos que o compõem como também pelo próprio aparelhamento estatal.

Com efeito, um sistema jurídico que tolera a não observância dos precedentes não apenas desinforma a sociedade do que é certo ou errado para o Direito, mas, principalmente cria insegurança jurídica. (CRAMER, 2016, p.55)

Todavia, tudo isso é proveniente da atual demanda produzida pela sociedade que é levada ao Poder Judiciário. Antes a demanda não era a quantidade das atuais, vez que o panorama atual é extremamente diferente, pois ocorreu a profusão de leis; textos legais com vários conceitos vagos, indispensáveis para acompanhar as mudanças sociais; dentre outras causas que surgem.

Dessa maneira, o princípio e valor da segurança jurídica trazem a roupagem ao precedente judicial de pacificação e segurança social frente as decisões do Poder

Judiciário, gerando de maneira intencional a previsibilidade de tais decisões coibindo assim o nascer de novos conflitos assim como os casos repetitivos.

No que concerne ao princípio da isonomia é uma busca pela essência do princípio. Buscando realmente trazer uma igualdade processual, todavia jamais esquecendo a máxima constitucional de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais nas medidas de suas igualdades. O professor Lucas Burril de Macêdo demonstra da seguinte forma a relevância do sistema de precedentes na isonomia processual:

A teoria dos precedentes é amplamente fundamentada no adágio *treat like cases alike*, que nada mais é do que a representação do princípio da igualdade pelo judiciário no *common law*. A igualdade preceitua que os litigantes de hoje sejam tratados da mesma forma que foram no passado. A ideia é que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas, o que é uma consequência direta do princípio da igualdade. (MACÊDO, 2015, p. 263)

Pelo que se percebe o princípio da isonomia determina que as partes com as mesmas teses jurídicas tenham tratamento isonômico para que o poder judiciário não tenha perdido sua credibilidade frente aos litigantes.

Por outro lado, existem os fundamentos pragmáticos, que em um conceito rasteiro são as sedimentações práticas que gera o sistema de precedente judicial. A doutrina traz inúmeros fundamentos pragmáticos, todavia dá pra resumir em dois como principais fundamentos pragmáticos, basicamente são: duração razoável do processo e o desestímulo a litigância.

No que corresponde ao princípio da duração razoável do processo, não há o que questionar que quando se observa a aplicação do precedente judicial haverá uma promoção maior da celeridade judicial uma vez que os processos judiciais que receberem a aplicação do precedente judicial haverá um resultado mais rápido e eficiente.

A celeridade é ainda mais tangível nas causas repetitivas onde quanto mais parecida ou semelhante a causa ocorrerá a aplicabilidade rápida e direta, todavia respeitando as garantias processuais. Já o desestímulo a litigância se dá quando o judiciário fixa

o entendimento sobre o caso se torna mais difícil um resultado diferente frente ao Judiciário.

Óbvio que não significa um engessamento do Judiciário, mas sim uma vedação das decisões surpresas para que o mesmo caso tenha vários entendimentos diferentes, vez que para que o entendimento seja mudado basta que nasça uma nova *ratio*. Desse modo, o precedente judicial visa realmente uma sedimentação da ideia da segurança jurídica evitando uma maior dispersão dos entendimentos do Direito.

O Brasil adota historicamente o sistema judicial denominado de *Civil Law*, que, em síntese, utiliza de normas escritas e abstratas que são publicadas em diplomas próprios. Contudo de forma gradual o país vem implementando, através de uma evolução jurídica, a teoria dos precedentes judiciais, aproximando-se da tradição do sistema *Common Law* por meio de várias mudanças legislativas. O Ministro Min. Teori Zavascki, em julgamento de Reclamação Constitucional 4.335/AC, em 20/03/2014, afirmou que:

o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva. Demonstrou que o Brasil acompanharia movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema da *civil law*, que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. Sublinhou a existência de diversas previsões normativas que, ao longo do tempo, confeririam eficácia ampliada para além das fronteiras da causa em julgamento. (BRASIL, 2014)

O Código de Processo Civil que entrou em vigência no ano de 2016 (Lei nº 13.105/15), estabeleceu em seu texto vários dispositivos que remetem ao sistema de vinculação dos precedentes judiciais. Os precedentes no sistema *Civil Law* são de efeito meramente persuasivo. Contudo, no Brasil os precedentes estão deixando de ter efeito apenas persuasivo, na qual o magistrado não está obrigado a seguir jurisprudência oriunda de um tribunal superior, e passam paulatinamente a ter efeito vinculante. A jurisprudência possui o condão de nortear a interpretação da lei pelos juízos inferiores, no entanto no sistema *civil law* o magistrado não está obrigado a adotar o mesmo entendimento, pois prevalecia o princípio do livre convencimento motivado.

O antigo Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/73), não mais vigente no Brasil, adotava o princípio do livre convencimento motivado, ou seja, o juiz poderia decidir um caso com base nas suas convicções pessoais, de modo que não precisava ficar adstrito ao disposto em lei, contanto que assim motivasse sua decisão. Desse modo, o art. 131 do CPC/73 dispõe que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 1973). Portanto, no antigo Código, havia demasiada liberdade do juiz ao apreciar as provas anexadas pelas partes, de modo que poderia desconsiderá-las, se assim motivasse o seu convencimento.

Diante das novas reformulações legislativas, o princípio do livre convencimento motivado foi superado, e houve grande ascensão dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Desse modo, as partes participarão efetivamente do processo, pois todas as provas trazidas a apreciação da justiça serão levadas em consideração na decisão. Assim argumenta Streck (2015):

embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamada ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão. (STRECK, 2015, p.43)

O autor acrescenta:

O processo (falo aqui do processo jurisdicional, mas essa observação serve também ao processo legislativo) deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Por pelo menos duas razões: a primeira, porque, como cidadão, eu tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a segunda, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente (de novo: isso serve tanto para o âmbito

político como para o jurídico). Somente assim é que farei frente a uma dupla exigência da legitimidade, a mediação entre as autonomias pública e privada. Sou autor e destinatário de um provimento. Por isso é que tenho direito de participar efetivamente do processo. (STRECK, 2015, p.44).

Logo, o CPC/2015 em seu artigo 10 garante a superação do princípio do livre convencimento motivado ao prever que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”. Ante a nova previsão, o juiz deve respeitar o contraditório, dando as partes a oportunidade de manifestação no processo, mesmo estando diante de matérias decididas de ofício.

O CPC/2015 destinou o livro III (dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais) no título I (da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais) a previsão legal implementação de um sistema de precedentes no ordenamento brasileiro, com os seguintes artigos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

- I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
- II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. (BRASIL, 2015)

Conforme disposto, o art. 926 evidencia que os tribunais superiores, mediante enunciados de súmulas, devem manter uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, inclinando-se ao que dispõe Dworkin na sua Teoria da Integridade do Direito. Como já mencionado, o código não diferencia jurisprudência de precedente, entretanto, essa estrutura estável aplica-se para ambos.

Assim, de acordo com o art. 927, o juiz deverá observar, de forma obrigatória, o disposto em cada inciso do artigo mencionado (mesmo que seja um rol exemplificativo), pois, caso contrário, deverá seguir o disposto no §1º do art. 489 do CPC/2105, especialmente o inciso VI.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Grifo nosso) (BRASIL, 2015)

Dessa maneira, caso o juiz entenda por não seguir o entendimento firmado por um Tribunal Superior em sua decisão, deve ele demonstrar porque o caso em julgamento difere do entendimento, ou demonstrar a superação da jurisprudência. O termo superação, adotado no texto, não deve ser entendido em seu aspecto literal – permitindo que tribunal inferior possa revogar o entendimento do tribunal superior –, mas no sentido de que haverá sempre um forte dever de fundamentação para a não adoção de um entendimento jurisprudencial invocado (caso ele seja aplicável).

Apesar disso, a criação do sistema precedentes não pode ser imposta com a sua simples previsão legal, impondo que juízes e tribunais em casos semelhantes devam obrigatoriamente observar os precedentes judiciais. Ou seja, embora haja um novo aparato na legislação processual vigente que almeje a eficácia normativa dos precedentes, exigindo que os tribunais mantenham jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (926, CPC/2015), bem como estabelecendo que as decisões judiciais que optarem por não seguir o entendimento dos Tribunais devem ser fundamentadas com rigor do art. 489, §1º, V e VI de CPC/2015, tais medidas são insuficientes para a estruturação de um verdadeiro sistema precedentes vinculativos.

Diante desta situação, é possível asseverar que a formação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro terá que superar diversas dificuldades, decorrentes da própria ausência de costume na observância dos precedentes como uma fonte do direito. É possível concluir que a mera previsão legal de um sistema de precedentes judiciais como fontes principal do direito, em consonância com as leis, não garante sua correta aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a tradição no direito pátrio de adotar os precedentes como norma jurídica secundária.

Assim, diante do novo cenário político-legislativo adotado pelo Código de Processo Civil, faz-se necessário considerar uma teoria adequada para implementação do

sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio.

O filósofo Ronald Dworkin propõe uma teoria que subsidiará a implementação deste sistema no ordenamento brasileiro. Streck (2015) muito bem expõe essa influência da Teoria da Integridade de Ronald Dworkin quando assim argumenta:

A inteligência do relator e de Fredie Didier foram cruciais para o acatamento dessa minha sugestão de caráter dworkiniano, simples, mas que poderá mudar a história da aplicação do direito de terrae brasilis: trata-se da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade. Explico: significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da discricionariedade. (STRECK, 2015, 49)

A Teoria da Integridade de Dworkin visa evitar a arbitrariedade do intérprete ao decidir uma lide através da utilização dos precedentes na atuação do poder judiciário. Dworkin almeja harmonizar duas dogmáticas aparentemente inconciliáveis, quais sejam: a possibilidade de o juiz interpretar um caso utilizando-se de princípios morais, contudo de uma forma objetiva, o que remete ao ideal de segurança e previsibilidade, outrora incompatíveis com dimensões de moralidade, justiça e a equidade do positivismo jurídico.

Dworkin demonstra um modelo de interpretação judicial, utilizando-se de critérios objetivos e que ofereça moralidade. A separação nítida entre o direito e a moral é uma das características marcantes dos defensores do positivismo, pensamento este que Dworkin não tolera. Para ele – Dworkin – o direito não se resume a um conjunto de regras vinculadas a um pedigree, mas incorpora princípios decorrentes da moralidade política.

Esses princípios decorrem do desenvolvimento das argumentações perante os tribunais, de modo que diante de um caso um tribunal fundamentadamente decide criando dessa forma um precedente. Os princípios são essencialmente morais e, como consequência, a argumentação jurídica passa a depender da argumentação moral. A decisão judicial é fruto da interpretação do magistrado que o fará de forma objetiva, não arbitrária, pois estará limitado pelos princípios e sua moralidade institucionalizada. Ao atribuir relevância aos princípios morais no âmbito da argumentação jurídica, Dworkin alega ser inverídica o posicionamento central do positivismo de separação entre direito e moral.

Segundo Dworkin (2007), o juiz não deve criar um novo direito ao interpretar a lei, pois atuará de modo objetivo em consonância com a legislação vigente, bem como não deve ser limitado a mera reprodução do que está imposto em lei. Para Dworkin (2007):

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 2007, p. 264)

Ao defender o direito como integridade, Dworkin parte da ideia de uma interpretação construtiva. A título de exemplo o filósofo, através de uma analogia, compara o direito com a interpretação da literatura e põe o juiz como protagonista, sendo ele um crítico literário e, ao mesmo tempo, autor de um romance em cadeia.

Esse romance em cadeia recai sobre a sistemática que os precedentes devem adotar, pois cada intérprete seria simultaneamente crítico e protagonista. O romance dá início diante da primeira decisão de uma lide em que um litigante requer seu direito violado e recorre ao judiciário para ter a tutela em seu favor. Nos casos seguintes (ou seguintes capítulos do romance), que sejam semelhantes ou iguais ao que já foi apreciado, o juiz deve analisar um caso sentenciado anteriormente no mesmo sentido, de modo que torne sua decisão coerente e, caso haja alguma alteração, deve fundamentar para adequar ao caso julgado.

A exigência de integridade de considerar as decisões anteriores não exclui a possibilidade de desconsiderar alguns elementos vislumbrados pelo juiz anterior, desde que tais elementos possam ser justificados como erros na direção da melhor decisão possível. Dessa maneira, o romance em cadeia deve manter o equilíbrio entre acrescentar algo novo e propiciar a continuidade do romance de forma lógica. Assim, deverá o juiz, considerando os julgamentos pretéritos, interpretando a história jurídica anterior, buscar a melhor interpretação da obra de arte para chegar à melhor justificação da prática interpretativa.

A atividade interpretativa na teoria da integridade no Direito é um processo complexo e metódico que exige tanto um procedimento propício quanto sujeitos aptos a executá-la. Destarte, Dworkin, através das metáforas do “romance em cadeia” e do “Juiz Hércules” explica sua tese. A integridade, para Dworkin, concebe o direito como um modo de aperfeiçoamento da comunidade política harmonizando a equidade, a justiça e o devido processo legal de forma íntegra, dando sentido ao passado e ao mesmo tempo em que se projeta para o futuro, a partir de uma reinterpretação e revitalização das práticas jurídicas, mediante o aprofundamento de seu fundamento/argumento moral e a reinterpretação construtiva de sua tradição jurídica. Nesse sentido, como já mencionado "o Direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim determine". (DWORKIN, 1999).

A consequência da integridade está na coerência entre as decisões judiciais, tendo em vista que o juiz deverá sempre fundamentar, caso não aplique um precedente vinculante alegado por algum dos litigantes e, além disso, deverá demonstrar que a sua decisão é coerente com decisões judiciais anteriores que tratam sobre a mesma matéria.

Essa fundamentação deve demonstrar que a decisão judicial que está sendo proferida por um juiz é, na verdade, a continuidade em cadeia do trabalho do Poder Judiciário no tocante aos entendimentos relacionados a uma determinada matéria, de modo que essa decisão não deve ser vista de forma isolada, como se o juiz que sentenciou não pertencesse ao mesmo Judiciário que consignou todas as decisões

pretéritas da mesma problemática.

Acredita-se que a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin é aplicável aos casos de relações poliamoristas, uma vez que a ausência de regramento legal sobre as multiconjugalidades consensuais não afasta sua existência, nem seus efeitos sobre a família pós-moderna. Porto (2017), apresenta uma crítica contundente sobre o assunto:

A inadequação do atual regramento jurídico para as relações familiares, dissipado entre a legislação civilista e uma gama de leis esparsas, também é destacada nas razões fundamentais do Estatuto das Famílias no sentido de que a concepção do Livro de Direito de Família do CC/2002 deu-se ao final dos anos 60 no século passado, bem antes das grandes transformações provocadas pelo advento da Carta de 1988, quando a família era centrada no modelo patriarcal e desigualitário, constituída somente pelo casamento. A legitimação de paradigmas familiares fundados na comunhão de vida e na afetividade, na igualdade de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, na liberdade de formação, desenvolvimento e dissolução das entidades familiares e na equiparação de filhos biológicos e socioafetivos inaugurou uma nova era do Direito de Família.

Nesse interregno – de descompasso temporal e substancial, em vista das metamorfoses sociais e jurídicas no âmbito das relações familiares – os esforços empreendidos para a adequação do texto do Projeto do Código Civil às diretrizes constitucionais produziram resultados acanhados, “pois não havia como reformatar institutos que somente faziam sentido para o paradigma familiar pretérito” (BRASIL, 2013a, p. 08). Tal inadequação refletiu-se na inaptidão ou insuficiência de alguns institutos jurídicos, gerando controvérsias e dificuldades de aplicação pelo Poder Judiciário, quando demandado para solucionar os conflitos. Como exemplos, vale citar que o texto civilista ficou marcado pela ausência de normatização das relações homoafetivas e o tratamento discriminatório conferido à união estável e ao casamento quanto aos direitos sucessórios, sendo necessária intervenção do Judiciário para modificar essas situações. (PORTO, 2017, p. 237-238)

Por fim, os precedentes judiciais podem desempenhar um papel importante na definição dos direitos e reconhecimento legal dos relacionamentos poliamoristas. Ao estabelecer padrões legais e orientações para casos futuros, os precedentes judiciais podem moldar o entendimento jurídico e a proteção dos direitos das pessoas envolvidas em relacionamentos poliamoristas. É importante observar que os precedentes podem variar entre diferentes competências jurisdicionais e contextos legais, e a evolução do entendimento e tratamento jurídico do poliamor está em constante desenvolvimento, refletindo as mudanças sociais e culturais em curso.

2.6.4. Distinguishing e Overruling

Conforme mencionado anteriormente, para ser utilizado um precedente em um caso posterior se faz necessário a verificação entre os casos dos fatos relevantes para então saber se a *ratio decidendi* do primeiro caso seria adequada para fundamentar a decisão do caso em julgamento.

Dada a natureza dinâmica do direito, é possível utilizar a *ratio decidendi* de casos anteriores como base para decisões futuras, desde que sejam comparadas com as circunstâncias fáticas do caso em julgamento.

Nesse sentido, uma das principais técnicas empregadas pela teoria do precedente obrigatório é o *distinguishing*, que consiste em identificar diferenças relevantes entre os fatos subjacentes ao precedente invocado e aqueles presentes no novo caso em análise. O *distinguishing* ocorre quando um precedente invocado por uma das partes para apoiar ou refutar uma tese alegada no processo em julgamento não é aplicado devido à constatação de que a *ratio decidendi* aparentemente similar não se aplica de forma adequada. Em tais situações, torna-se necessário um tratamento diferenciado, levando em consideração as especificidades do caso em questão:

Na aplicação do *distinguishing*, a utilização do raciocínio analógico é de suma importância. Um precedente deverá ser aplicado em um caso sucessivo mesmo que não exista identidade absoluta entre eles, pois sem tal exigência tornaria impossível a operação de um sistema de precedentes obrigatórios. É necessário, todavia, que os fatos decisivos para que a decisão anterior fosse tomada sejam juridicamente relevantes para o julgamento do caso sucessivo. Assim, não é qualquer distinção que justificará a ocorrência do *distinguishing*. Dois casos não serão diferentes apenas porque fatos não fundamentais ou irrelevantes não são idênticos. (FOGAÇA. 2015, p.525)

Assim, quando não houver uma identidade entre o precedente e o caso em julgamento, estamos diante de um *Distinguishing* (distinção). Ou seja, o caso atual, embora semelhante ao precedente, é distinto/diferente em alguns pontos fáticos, e, portanto o precedente não deve ser aplicado, pois é inadequado ao caso em julgamento.

Note-se que não é qualquer diferença fática entre os precedentes e o caso em julgamento que autoriza a inaplicabilidade daquele. As diferenças têm que versar sobre os fatos materiais, de forma que distinções sobre fatos não

fundamentais ou irrelevantes, não justificam a inobservância do precedente. (MARINONI, 2010. p.333).

Dessa forma, o juiz não pode deixar de aplicar o precedente por discordar dele, mas deve deixar de fazer quando demonstrada as diferenças nos fatos entre os casos. Contudo, não pode se admitir um engessamento do Direito ao aplicar as decisões oriundas de precedentes. Desse modo, se faz necessário um mecanismo para sua revogação. É denominado de *Overruling* o mecanismo utilizado para superação das decisões de precedentes. Entretanto, para que haja essa superação do precedente, faz-se necessário uma alteração significativa nas concepções políticas, morais e no entendimento do direito em uma sociedade.

Os requisitos básicos para a revogação de um precedente são a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistemática. Porém, antes de realizar o *overruling* a Corte deve realizar juízo de ponderação, visando evitar instabilidade e surpresas injustas aos jurisdicionados. (MARINONI, 2010, P. 334).

Ao contrário do *distinguishing*, o *overruling* ocorre em relação à questão de direito, não de fato. Quando um precedente é revogado, o tribunal está afirmando que a aplicação da regra jurídica decorrente desse precedente não é mais válida daquela maneira e requer uma nova interpretação. Portanto, o *overruling* não diz respeito à diversidade de bases fáticas entre o caso que originou o precedente e o caso em julgamento:

Todavia, nada impede que o tribunal criador do precedente ou outro a ele superior faça mais do que simplesmente distinguir os casos, pois ele pode concluir pela necessidade de sua revogação. Isso acontece quando se constata que a *ratio decidendi* teve formação equivocada, ou não mais se coaduna com as exigências do direito, em face da ocorrência de mudanças sociais, alteração do quadro fático normativo, criação de novas tecnologias, dentre outros motivos. (FOGAÇA, 2015, p.526)

A revogação de um precedente deve ser tolerada e incentivada quando resultar em uma interpretação mais justa da regra jurídica aplicável ao caso em julgamento. No entanto, antes de utilizar essa técnica, é dever do tribunal avaliar cuidadosamente se não é apropriado manter o precedente, a fim de preservar a estabilidade do sistema jurídico. Isso se deve ao fato de que revogar um precedente com efeitos retroativos pode ser tão injusto, ou até mais injusto, do que mantê-lo inalterado.

A título de exemplo de *Overruling* pode ser citado a mudança de entendimento na sociedade no que diz respeito a união homoafetiva. Reclamavam quanto à

interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, com a seguinte redação: “É reconhecida 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”, pois a união estável estabelecida entre homem e mulher no código deveria se estender também à união estável constituída entre pessoas do mesmo sexo.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, através de uma mudança na congruência social, a união estável entre um casal do mesmo sexo.

Embora a discussão sobre precedentes e ativismo judicial possa parecer antagônica, é possível encontrar um equilíbrio entre esses dois elementos. Os precedentes judiciais não devem ser encarados como intocáveis ou imutáveis, pois a evolução social e a dinâmica da sociedade exigem uma interpretação atualizada e progressista das leis. Nesse sentido, o ativismo judicial pode desempenhar um papel importante ao reinterpretar os precedentes à luz dos valores e princípios fundamentais consagrados na Constituição, promovendo a justiça e a igualdade.

2.7 O DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA COMO CRITÉRIO DE SUPERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Os precedentes judiciais são essenciais para garantir a segurança jurídica e a previsibilidade do sistema legal. Eles fornecem uma base sólida para a tomada de decisões judiciais consistentes e uniformes. No entanto, o ativismo judicial também pode ser necessário em certos contextos para atualizar as leis e garantir a justiça em constante evolução. É fundamental que os juízes encontrem um equilíbrio entre seguir os precedentes e adaptar as decisões às mudanças sociais, garantindo a independência judicial e o respeito à separação dos poderes. Somente assim será possível manter a confiança da sociedade no sistema jurídico e assegurar a efetivação dos direitos e valores fundamentais.

A família é uma instituição social que desempenha um papel crucial na vida das

peessoas. É por meio dela que os indivíduos encontram suporte emocional, social e econômico. No entanto, o conceito de família tem evoluído ao longo dos anos, e hoje em dia existem diversos tipos de arranjos familiares que não são reconhecidos pelo Estado.

Nesse sentido, é importante que o Estado reconheça todos os tipos de família, independentemente de sua composição ou estrutura, para que todas as pessoas sejam tratadas com igualdade e respeito. O reconhecimento legal desses arranjos familiares é essencial para que os indivíduos tenham acesso a direitos e benefícios, como herança, pensão, seguro saúde e adoção de crianças.

O Estado é o principal destinatário de deveres fundamentais, cuja função precípua de promover e efetivar os direitos fundamentais de cada cidadão e assim surge o interesse primário em proteger a família, por meio de leis ou atos que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. O reconhecimento de todos os tipos de família é uma questão de justiça social. Negar o reconhecimento legal a determinados arranjos familiares é uma forma de discriminação e exclusão social. Todos os indivíduos têm o direito de formar uma família e de serem reconhecidos como membros de uma comunidade familiar.

O dever fundamental do Estado de proteção à família é uma premissa estabelecida na Constituição Federal de 1988, tendo como base o princípio da solidariedade, que está intrinsecamente ligado à ideia de cooperação mútua e responsabilidade compartilhada entre os membros da sociedade, incluindo o Estado, na busca pelo bem comum e pela garantia dos direitos fundamentais.

Outro ponto importante é que o reconhecimento de todos os tipos de família pode ajudar a reduzir o estigma e a discriminação enfrentados por determinados grupos sociais, como os casais homoafetivos, famílias monoparentais e famílias reconstruídas. Ao reconhecer esses arranjos familiares, o Estado envia uma mensagem clara de que todas as pessoas são iguais perante a lei e merecem o mesmo respeito e reconhecimento.

O dever fundamental do Estado de reconhecer todos os tipos de família está em linha com as tendências sociais e culturais atuais. A sociedade está se tornando cada vez

mais diversa e plural, e é fundamental que o Estado acompanhe essa evolução e se adapte às novas demandas e necessidades das pessoas. No contexto das relações familiares, o princípio da solidariedade assume especial importância, pois implica que o Estado tem a responsabilidade de criar e implementar políticas públicas e mecanismos legais que assegurem a proteção, a promoção e o desenvolvimento pleno das famílias.

A solidariedade, como princípio constitucional, orienta a atuação do Estado no sentido de criar condições favoráveis para o pleno exercício dos direitos familiares, bem como para a superação de desigualdades e discriminações que possam afetar negativamente as famílias. Nesse sentido, o dever fundamental do Estado de proteção à família, embasado no princípio da solidariedade, é uma ferramenta essencial para a promoção do bem-estar e da harmonia nas relações familiares, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Portanto, é essencial que o Estado reconheça todos os tipos de família, garantindo que todas as pessoas sejam tratadas com igualdade, justiça e dignidade. O reconhecimento legal desses arranjos familiares é uma questão de direitos humanos e de justiça social, e deve ser prioridade para todos os governos comprometidos com a promoção da igualdade e do bem-estar de todos os cidadãos.

Um exemplo de proteção da família por parte do Estado brasileiro, assenta-se na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, que tiveram o objetivo de promover o reconhecimento da união estável homoafetiva, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não amparava e nem vedava expressamente essa forma de constituir família, seja pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja pelo Código Civil de 2002.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade a união homoafetiva como entidade familiar, aplicando o mesmo instituto dado às uniões estáveis entre homem e mulher. Assim, nossa Corte Suprema deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do CC/2002, apresentando um novo conceito de família, com base nos princípios constitucionais.

O julgamento das ADI 4277 e ADPF 132 reflete uma mudança de pensamento em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O voto proferido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto se baseou no direito à igualdade, destacando que a felicidade de pessoas com preferência homossexual só pode ser realizada de forma homossexual, da mesma forma que pessoas com preferência heterossexual.

Apesar de a Constituição inicialmente limitar a união estável ao casamento entre homem e mulher, o Ministro Relator interpretou-a de forma coerente, evitando que a Constituição se envolvesse em um discurso preconceituoso ou homofóbico. Ele argumentou que a ciência jurídica deve acompanhar a evolução cultural e social, buscando caminhos legais para proteger os direitos de todos os indivíduos. Essa decisão demonstra uma abordagem progressista do Judiciário, buscando garantir a igualdade e a não discriminação com base na orientação sexual. Ela destaca a importância da interpretação constitucional em consonância com os princípios de igualdade e respeito à diversidade, superando barreiras preconceituosas e garantindo os direitos fundamentais das pessoas LGBTQ+.

A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277, reconhecendo a união homoafetiva, gerou em parte da doutrina o entendimento quanto à ocorrência de uma mutação constitucional, que consiste na “alteração, não da letra ou sentido expresso, mas do significado, do sentido, e do alcance das disposições constitucionais”. Ou seja, ocorre uma mudança na forma como a norma é compreendida, mantendo-se a letra originalmente disposta. O professor Adriano Sant’Ana Pedra conceitua:

A mutação constitucional é um processo informal que cuida da atualização e concretização da Constituição. Na mutação, a norma constitucional modifica-se apesar da permanência do seu texto, pressupondo a não identificação entre a norma e o texto normativo. Todavia, este fenômeno não está expressamente previsto no texto constitucional, ao contrário do que acontece com a reforma e a revisão. E, sendo assim, não existem limites expressos no texto constitucional para a realização de uma mutação. Em verdade, inexistente tratamento sistemático no tocante às limitações dos processos informais de mudança da Constituição, não tendo a maioria da doutrina enfrentado o tema especificamente. (PEDRA, 2016)

Nesse contexto, o Poder Judiciário desempenha um papel importante na modificação

do significado e alcance das normas constitucionais por meio de um processo difuso de interpretação. Essas mutações constitucionais não alteram o texto constitucional em si, mas promovem uma nova compreensão e aplicação das suas disposições. As decisões judiciais podem atribuir novos sentidos aos dispositivos constitucionais, adaptando-os à realidade social e aos valores contemporâneos, sem a necessidade de alterações formais na Constituição. Isso permite que a Constituição se mantenha como um documento estável e duradouro, enquanto sua interpretação se ajusta às mudanças sociais e culturais ao longo do tempo.

As mutações constitucionais se referem à modificação do sentido e significado das normas constitucionais, sem alterar seu texto literal. Essas transformações são resultado da evolução da interpretação constitucional promovida pelo Poder Judiciário, que desempenha um papel fundamental na adaptação da Constituição à realidade contemporânea. Pedra (2016) destaca que a mutação constitucional é um fenômeno que tem ganhado cada vez mais relevância no âmbito jurídico, especialmente em países com Constituições rígidas, como é o caso do Brasil. Ele argumenta que, diante das limitações formais impostas pelo processo legislativo, muitas vezes é necessário recorrer à mutação constitucional para que a Constituição possa se adaptar às mudanças sociais e políticas.

No Brasil, também ocorreram casos de *overruling* no direito de família, nos quais tribunais superiores revogaram precedentes anteriores para adequar o entendimento jurídico às transformações sociais. Alguns exemplos notáveis são o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo:

- 1) Em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, que a união estável entre pessoas do mesmo sexo deveria ser reconhecida e equiparada à união estável heterossexual. Esse *overruling* revogou precedentes anteriores que não reconheciam a união homoafetiva como entidade familiar, garantindo assim direitos e proteções aos casais do mesmo sexo.
- 2) Multiparentalidade: Em 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 898.060, o STF reconheceu a possibilidade de multiparentalidade, ou seja, o

reconhecimento legal de múltiplos vínculos parentais. Nesse caso, ocorreu o *overruling* de precedentes anteriores que restringiam o reconhecimento de mais de dois pais ou mães em uma mesma relação familiar, permitindo que os filhos tenham a possibilidade de serem reconhecidos por mais de uma figura parental, desde que seja do interesse do menor.

- 3) Direitos sucessórios de companheiros homoafetivos: Em 2020, o STF, no julgamento do RE 646.721, reconheceu a equiparação dos direitos sucessórios de companheiros homoafetivos aos direitos dos cônjuges. O Tribunal revogou entendimentos anteriores que limitavam os direitos hereditários apenas aos casais heterossexuais, assegurando aos companheiros homoafetivos os mesmos direitos sucessórios.

3 RECONHECIMENTO DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS AOS COMPONENTES DE FAMÍLIAS POLIAMORISTAS

O estudo sobre o poliamor e seus reflexos jurídicos não pode ser analisado apenas pelo viés jurídico, pois a compreensão abrangente do tema requer abordagens sociológicas e conceituais sobre a família. Atualmente, não há reconhecimento jurídico para a poliafetividade e existe uma divergência se tal união configuraria um ilícito frente ao princípio da monogamia. A relação poliamorosa se diferencia das paralelas ao casamento ou união estável, pois nessas hipóteses identificam-se traição e infidelidade conjuga

É importante destacar que a formação das famílias não é um fato natural, mas sim resultado de realidades sociais e culturais. Por isso, independentemente da forma que assumam, as famílias se estruturam psiquicamente pelos papéis de pai, mãe e filho(a), e têm como elo o afeto que une as pessoas, estando acima de regramentos e formalidades legais. A repersonalização do Direito, que enfatiza a dignidade do indivíduo, fortaleceu as concepções pluralistas e democráticas da família, ampliando o espaço para a legitimação jurídica de estruturas familiares, como as multiconjugalidades poliamorosas.

Além disso, é importante destacar que a diversidade de formas de relacionamento afetivo e familiar é uma realidade cada vez mais presente na sociedade. O reconhecimento do poliamor como uma forma legítima de relação afetiva é uma pauta importante, visto que muitas pessoas que vivem essa realidade enfrentam preconceito e falta de reconhecimento jurídico.

Embora ainda não haja uma normatização específica para o poliamor, a evolução do Direito de Família tem caminhado no sentido de reconhecer a pluralidade e a diversidade das formas de relacionamento, levando em consideração aspectos como a afetividade, a liberdade e a autonomia dos indivíduos.

Desse modo, é importante que o debate sobre o poliamor e suas implicações jurídicas seja ampliado, a fim de garantir o reconhecimento e a proteção jurídica das pessoas

envolvidas nessa forma de relação afetiva e familiar, assegurando a sua dignidade, o seu bem-estar e a sua liberdade.

Para parte da doutrina e para o STF, a monogamia seria um princípio em nosso ordenamento, sendo ilícita as uniões não-monogâmicas. Essa é a conclusão que se pode obter do Código Civil ao estabelecer expressamente no art. 1.521, como uma das causas de impedimento para o casamento, a condição de casado de qualquer dos novos nubentes, além de estabelecer o dever de fidelidade recíproca entre ambos os cônjuges (artigo 1.566, I, do CC/2002). A esse respeito, Sebastião de Assis Neto e Maria Izabel de Melo (2018), afirmam:

Não há dúvidas de que o Estado brasileiro está baseado nas relações monogâmicas, reconhecendo as famílias constituídas entre duas pessoas. Verifica-se que o princípio da monogamia busca resguardar as relações independentemente do dever de fidelidade, ou seja, quando discutimos monogamia não estamos tratando de traição ou infidelidade, mas de existência de relações paralelas. (MELO, 2018, p. 195)

Todavia, essa visão não goza de unanimidade na doutrina. Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk (2016), por exemplo, afirma que:

[...] tomar um princípio jurídico da monogamia como um “dever ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade.

Nada obstante sua inequívoca inserção histórico-sociológica como dado de longa duração - sob a perspectiva já explicitada - não se trata a monogamia de regra que possa ser imposta a todas as pessoas que, em suas múltiplas “morais”, podem reputar uma realidade familiar poligâmica como mais adequada às suas aspirações existenciais.

Não se trata de criticar a orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. Trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistenciais materialmente livres (RUZYK, 2016, p. 4).

E continua:

A monogamia nem mesmo chega a ser um princípio, e sim, uma regra de interdição imposta pelo Estado para restringir a ocorrência de diversas relações matrimonializadas. Não cabe ao Estado esse papel de interceder nas relações íntimas dos indivíduos. Por sua vez, declara ser legítimo essa vedação jurídica em relação aos vínculos constituídos pelo próprio Estado, como é o caso do casamento. Contudo, não poderia ser observado nos casos em que os vínculos decorressem de relações informais. (RUZYK, 2016, p.5)

O princípio jurídico não é um mero valor, tem conteúdo normativo, dessa forma,

considerar ou desconsiderar a monogamia como princípio tem impacto na possibilidade de reconhecimento das uniões poliafetivas sem a necessidade de mudança no texto legal vigente, apenas por meio de reinterpretção dos textos constitucional e legal. O princípio da monogamia encontra obstáculos para se estabelecer frente a outros princípios jurídicos aplicados ao direito de família, notadamente o princípio da não intervenção ou da liberdade, e o princípio da afetividade

No que se refere a afetividade, por exemplo, resta claro que é extremamente relevante no contexto de qualquer modelo familiar (monogâmico ou não), sendo reconhecido o direito a todos de terem suas relações reconhecidas a partir dos afetos gerados. O STF, no Recurso Extraordinário 898.060/SC, reconheceu a existência de vínculo familiar derivado da afetividade ao reconhecer a possibilidade de filiação plúrima, ou seja, a existência de filiação afetiva coexistindo com a filiação biológica.

Ao reconhecer a possibilidade da multiparentalidade, a decisão garantiu a produção de todos os efeitos jurídicos outrora garantidos apenas à paternidade e maternidade biológica ou adotiva, neles incluídos os direitos previdenciários ao recebimento de pensão por morte e auxílio-reclusão na condição de dependente do (a) segurado (a) na condição de pai ou mãe socioafetivos.

Apesar de não convencionais, famílias poliafetivas, por este mesmo princípio, não poderiam ser excluídas do reconhecimento de seus direitos. Para Maria Berenice Dias:

Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Sequer seria possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial.

Claro que justificativas não faltam a quem quer negar efeitos jurídicos à escritura levada a efeito. A alegação primeira é a afronta ao princípio da monogamia, desrespeito ao dever de fidelidade. Com certeza rejeição que decorre muito mais do medo das próprias fantasias. O fato é que descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais e muito menos subtrair qualquer seqüela à manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes. (DIAS, 2016)

Outro princípio a ser destacado, é a não intervenção do Estado nas relações

familiares, ou princípio da liberdade, que limita a interferência estatal na constituição e planejamento familiar. Nas palavras de Sebastião de Assis Neto e Maria Izabel de Melo (2018),

o princípio da liberdade resguarda as relações pessoais e familiares, possibilitando relações entre pessoas de forma livre, inclusive não interferindo no seu planejamento e forma de manutenção, cabendo ao Estado apenas assegurar recursos para a educação a vida digna das entidades familiares, não podendo impor limites ou qualquer outra forma de coação para limitar suas regras de constituição. (MELO, 2018, p.196)

O referido princípio é a garantia de que não haverá interferência do Estado na livre escolha da forma de constituição familiar, não impondo limites à livre escolha das uniões com desejo de constituir-se família, ou ainda sobre a decisão sobre ter filhos ou não, se a união será homoafetiva ou heteroafetiva, ou ainda se será monogâmica ou não. Mesmo garantindo a não intervenção do Estado na forma de constituir sua família, estabelecendo assim a livre escolha dos indivíduos como princípio jurídico aplicado às famílias, o legislador privilegiou expressamente a monogamia em detrimento das uniões poliafetivas, que ainda carecem de um expreso reconhecimento legal para que tal forma de constituição familiar não será meio para exclusão de direitos. Na realidade, sequer há um termo legal para a união poliafetiva, sendo a expressão cunhada pela doutrina.

Ressalte-se que, quando legislador infraconstitucional equiparou a união estável ao casamento civil, estabeleceu as mesmas vedações da constituição de casamento simultâneo à possibilidade de união estável com múltiplos companheiros (as), considerando qualquer outra relação além do casamento monogâmico ou união estável previamente constituída, ainda que consensual, como concubinato (artigo 1.723, § 1º, e artigo 1.727, caput, do CC/2002).

Art. 1.723. 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.

§1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

[...]

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. (BRASIL, 2002)

Alguns cartórios no Brasil, ao serem provocados pelos integrantes de entidades familiares poliafetivas, passaram a realizar registro por meio de Escritura Pública Declaratória de união estável poliafetiva. O primeiro registro desta natureza ocorreu em Tupã-SP e, posteriormente no Rio de Janeiro, tendo outros cartórios, desde então, realizado registros semelhantes. No documento, o trisal carioca afirma:

Os declarantes afirmam que o documento visa a estabelecer regras para a garantia de seus direitos e deveres, tendo por base os princípios constitucionais da afetividade, da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana, da personalidade e da igualdade, com a pretensão de que a união seja reconhecida e respeitada social, econômica e juridicamente, com amparo do §3º do artigo 226 da CF/1988 e do artigo 1.723 do CC/2002, invocando como fundamento, também, a decisão do STF que legitimou as uniões homoafetivas e elencando os deveres mútuos de lealdade, respeito e dignidade, assistência material e emocional, manutenção conjunta do lar comum e divisão equilibrada de encargos financeiros, regime patrimonial de separação absoluta de bens e compromisso de distratar o instrumento firmado caso haja rompimento dos laços afetivos. (Trecho do modelo de escritura pública da Tabelião do 15º Ofício de Notas do Estado do Rio de Janeiro)

No entanto, ao analisar a possibilidade de registro público de união estável poliafetiva, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2018, decidiu que tal registro não seria válido por tratar-se de objeto ilícito, o que, certamente, dificultou a comprovação da existência das uniões poliafetivas e de outras formas consensuais não-monogâmicas para fins de garantia de direitos destinados aos integrantes dessas famílias.

O entendimento do CNJ, naquele momento, foi de que a norma brasileira limita, nesse aspecto, a vontade das partes, sendo a união poliafetiva não reconhecida como entidade familiar no direito pátrio, e assim, por ser ilícita, não poderia ser objeto de escritura pública, nem eventual escritura feita produzir efeitos para os envolvidos na esfera do Direito de Família (Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000⁷).

⁷ PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO.

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

Apesar da decisão, não houve consenso entre todos os conselheiros do CNJ, pelo que vale destacar o voto divergente do Conselheiro Luciano Frota:

Proibir que se formalizem perante o Estado uniões poliafetivas com base em um conceito vetusto de entidade familiar, não abrigado pela Constituição, significa perpetuar uma situação de exclusão e de negação de cidadania que não se coaduna com os valores da democracia. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “A intervenção do estado no âmbito da família, porém, deve se dar apenas no sentido de proteção, nos precisos termos da Constituição Federal, não em uma perspectiva de exclusão. Conforme Carlos Cavalcanti

-
2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.
 3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevividas dos costumes.
 4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.
 5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”.
 6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”.
 7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.
 8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.
 9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem conseqüências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.
 10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial.
 11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”.
 12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos.
 13. Pedido de providências julgado procedente.

de Albuquerque Neto, não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que se pode constituir, mas apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade. Por todas as razões expostas, julgo improcedente o presente Pedido de Providências. (BRASIL, 2018)

O ilustre conselheiro trouxe questões relevantes no seu voto divergente, de que a Constituição Federal não restringiu expressamente o direito de constituir-se uniões poliafetivas, considerando que não reconhecer tais pessoas como entidade familiar seria forma de exclusão e negação da cidadania, e tais valores não condizem com a democracia.

A conselheira Maria Tereza Uille Gomes, também ponderou, como meio de mitigar os efeitos da decisão para as famílias poliafetivas, o fato de se “permitir declaração privada, com reconhecimento de firma para o reconhecimento da situação fática, já que constituiria uma Ata Notarial é permitido”.

Os exemplos citados claramente mostram a existência de relacionamentos poliamorosos como estruturas familiares, baseadas em multiconjugalidades consensuais. Portanto, é possível considerar a viabilidade jurídica de legitimar essas situações, desde que sejam cumpridos os requisitos necessários para a conformação de uma estrutura familiar, como apontado por Lôbo (2011): afetividade, estabilidade, convivência pública e ostensiva, e um objetivo claro de formação de uma família. Além disso, o livre consentimento de todas as partes envolvidas em estabelecer uma relação de multiconjugalidade poliamorosa, demonstrando a boa-fé das mesmas, é um fator importante para favorecer a validação jurídica dessas estruturas.

O processo de aceitação e respaldo de diferentes formatos de família envolve a análise do núcleo afetivo que os constitui. Para entender melhor isso, Lôbo (2011a) destaca a intenção de constituir uma família como objetivo principal das entidades familiares, diferenciando-as de outras formas de relacionamento afetivo. Além disso, ele lista os elementos essenciais para a estruturação das famílias contemporâneas: afetividade, que é o fundamento e a finalidade da entidade familiar; estabilidade, excluindo relacionamentos casuais ou descompromissados sem compartilhamento da vida; e convivência pública e ostensiva, pressupondo uma unidade familiar que se

apresente publicamente. Isso mostra que a essência das estruturas familiares está na comunhão e no compartilhamento de vidas, com foco na afetividade e na intenção de constituir uma família.

Na seara civil, tem se reconhecido, por exemplo, o direito à meação nos casos de concubinato desde que comprovado esforço comum na aquisição do patrimônio, é o que afirma o enunciado da Súmula nº 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” Na visão de Fabiane Pilleco (2021),

É necessário ter uma visão pluralista da família que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. (PILLECO, 2021, p. 229)

Em que pese a tradição judaico-cristã e sua influência na formação da nossa sociedade não ser desprezada, já que grande parte da sociedade brasileira preza pela manutenção das suas tradições e crenças, o que se pretende é a tratamento legal isonômico em respeito à dignidade da pessoa humana, garantindo a todos a liberdade de constituir família com base nos seus valores individuais, desde que não prejudiciais aos demais, ainda que contrários a modelo familiar cristão estabelecido como padrão para uma maioria.

Ademais, o reconhecimento da afetividade como valor jurídico fundamental na família ampliou o espaço para a legitimação de novas estruturas familiares, como as multiconjugalidades poliamorosas, que se baseiam não apenas na relação conjugal entre duas pessoas, mas também na afetividade entre todas as partes envolvidas. O reconhecimento da afetividade como princípio norteador do Direito das Famílias representa, portanto, uma evolução do sistema jurídico ao reconhecer a importância das relações afetivas e emocionais no âmbito familiar, que vão além da dimensão puramente patrimonial ou biológica.

Ao formarem vínculos consensuais em multiconjugalidades, as pessoas estabelecem laços socioafetivos tão significativos quanto aqueles que optam por se unir em conjugalidades diádicas por meio do casamento ou da união estável. A única diferença

entre esses casos é a presença ou ausência de monogamia. Embora a afetividade tenha se tornado um princípio jurídico fundamental das entidades familiares, ainda não tem o poder de legitimar os núcleos familiares conjugais que rompem o paradigma monogâmico diante do ordenamento jurídico brasileiro.

A ponderação dos princípios da monogamia e da afetividade revela que o peso conferido à monogamia é maior do que o atribuído à afetividade, o que não é coerente nem razoável na sociedade contemporânea, regida pelo direito pátrio que reconheceu a pluralidade das formas de família, a humanização das relações familiares e todos os corolários decorrentes, como já discutido neste trabalho.

A aferição jurídica da afetividade é fundamental para a caracterização das entidades familiares. Nesse sentido, a convivência surge como uma forma de exteriorização do afeto e de criação de vínculos socioafetivos, pressupondo a coexistência e a realização mútua dos membros. Contudo, a análise da afetividade pela via da coexistência, por si só, não é suficiente para caracterizar uma família que não se enquadra no modelo normativo do casamento tradicional, como é o caso das multiconjugalidades. É necessário, portanto, considerar outros elementos, tais como a estabilidade e a publicidade, para aferir a existência de tais entidades familiares.

Outrossim, o princípio da solidariedade está relacionado à ideia de apoio mútuo, cooperação e respeito entre os indivíduos. Busca promover a igualdade e a justiça social, garantindo que todos tenham acesso aos mesmos direitos e oportunidades. Nesse contexto, o reconhecimento do poliamor como proteção ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana envolve a garantia do direito à busca da felicidade e à liberdade de viver relacionamentos poliamorosos. Isso implica em respeitar a liberdade individual de cada pessoa em escolher seu modelo de relacionamento, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, o princípio da solidariedade também está presente nessa discussão, pois implica em apoiar e respeitar as escolhas e as necessidades de cada um dos envolvidos, promovendo um ambiente de cooperação e harmonia.

Na busca pelo reconhecimento jurídico das estruturas familiares, a estabilidade surge como um requisito indispensável para distinguir relacionamentos casuais e

esporádicos das uniões familiares. Embora o tempo não seja um critério absoluto para avaliar a estabilidade, é necessário que haja uma continuidade que evidencie a existência de laços afetivos duradouros e uma comunhão de interesses. No contexto das multiconjugalidades consensuais, a estabilidade pode ser facilmente verificada, desde que os envolvidos estejam comprometidos entre si, como comprovam exemplos da realidade social:

Juridicamente, a estabilidade não é medida por lapsos temporais, mas por situações que exigem uma certa continuidade no tempo para se configurarem, de maneira a revelar vínculos afetivos mais sólidos, comunhão de interesses e a formação de um núcleo familiar. Nas multiconjugalidades consensuais, essa estabilidade é plenamente plausível e verificável, desde que as pessoas envolvidas estejam compromissadas entre si, e os exemplos supracitados trazidos da realidade social demonstram isso. (PORTO, 2017, p. 215)

Além da estabilidade, a convivência pública e ostensiva é outro requisito para o reconhecimento das uniões familiares pelo Direito. A publicidade não deve ser excessiva, mas é importante que a relação seja vista pela sociedade como uma estrutura familiar, evitando o sigilo que pode comprometer o próprio “ânimo de viver em estado familiar”:

Para fins de reconhecimento como núcleo familiar pelo Direito, o relacionamento deve ser público, visto pelos olhos da sociedade como uma estrutura familiar. A condição da publicidade, contudo, precisa ser vislumbrada com parcimônia, uma vez que as pessoas não têm que se submeter a uma excessiva exposição social, propagando sem mesuras seus relacionamentos e suas opções afetivas, bastando que as relações afetivas convivenciais não sejam sigilosas, porquanto o ocultamento pode comprometer o próprio ânimo de viver em estado familiar. (PORTO, 2017, p. 216)

Como já apresentado, essa perspectiva causada pela multiconjugalidade poliamorosa busca descrever o poliamor como uma forma de relacionamento íntimo entre três ou mais pessoas, com pleno conhecimento e consentimento de todos os envolvidos. Essa perspectiva enfatiza a importância da responsabilidade, ética, transparência e harmonia nas relações poliamorosas, diferenciando-as das relações paralelas ao casamento ou à união estável, que são marcadas pela traição, infidelidade e clandestinidade.

Nas relações poliamoristas, as pessoas envolvidas se comprometem livre e reciprocamente e abdicam da exclusividade sexual e sentimental que é inerente à monogamia tradicional. Elas vivenciam relações poligâmicas, mas sem as assimetrias encontradas em relacionamentos poligâmicos mais ortodoxos. O consentimento, a integração e a comunicação entre todos os participantes são elementos fundamentais nessa perspectiva de poliamor.

Essa perspectiva busca destacar o caráter consciente e ético do poliamor, enfatizando que as relações poliamorosas não são baseadas em traição, infidelidade ou falta de consentimento, mas sim em acordos claros e transparentes entre todos os envolvidos. É importante ressaltar que essa é apenas uma perspectiva dentro do amplo espectro do poliamor, e que diferentes pessoas e comunidades podem ter abordagens e terminologias variadas para descrever seus relacionamentos poliamorosos.

3.1 O POLIAMOR NO CONTEXTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Conforme já demonstrado anteriormente, a constituição de família em modelo não-monogâmico defluiu tanto da liberdade e como da afetividade dos envolvidos, não seria compatível com a livre escolha dos envolvidos o Estado restringir ou discriminar tais modelos, ao contrário, deveria reconhecer e garantir os meios necessários de proteção social e respeito à dignidade de cada um de seus componentes.

Nesse sentido, as garantias providas pela Previdência Social, que tem a finalidade de proteger socialmente o trabalhador e sua família dos infortúnios da vida, não poderiam deixar desamparado aqueles que dependiam diretamente dos recursos providos pelo segurado falecido ou recluso em qualquer que fosse o modelo de família adotado.

Ao excluir expressamente a possibilidade de concessão de pensão por morte a mais de um dependente na qualidade de cônjuge/companheiro, faz-se uma negação da realidade dos fatos em famílias poliamoristas, o que não se pode confundir com infidelidade conjugal, pois se tratam de relacionamentos consensuais entre todas as partes envolvidas, tendo deveres de lealdade e fidelidade entre si.

O reconhecimento jurídico-administrativo de relações poligâmicas ou poliândricas por parte do INSS não novidade, uma vez que a exemplo dos indígenas poligâmicos ou poliândricos, mesmo sem a expressa previsão legal, a autarquia previdenciária reconhece esta condição e rateia o benefício de pensão por morte entre os cônjuges, conforme se vê no artigo 371, §1º da Instrução Normativa 128/22:

Art. 371. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos os dependentes, em partes iguais, observando-se:

I - para os óbitos ocorridos a partir de 14 de novembro de 2019, data posterior à publicação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, as cotas individuais cessadas não serão revertidas aos demais dependentes; e

II - para os óbitos ocorridos até 13 de novembro de 2019, data da publicação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, as cotas cessadas serão revertidas aos demais dependentes.

§1º Para requerimento a partir de 24 de fevereiro de 2016, será permitido o rateio de pensão por morte entre companheiras de segurado indígena poligâmico ou companheiros de segurada indígena poliândrica, desde que as/os dependentes também sejam indígenas e apresentem declaração emitida pelo órgão local da FUNAI, atestando que o instituidor do benefício vivia em comunidade com cultura poligâmica/poliândrica, além dos demais documentos exigidos.

§2º Com a extinção da cota do último pensionista, a pensão por morte será encerrada. (BRASIL, 2022)

O reconhecimento de múltiplos companheiros de segurados indígenas, mesmo sem uma atuação direta do legislador, ocorreu a partir de uma reflexão promovida pela própria autarquia previdenciária diante de um caso concreto. Nesse caso, viúvas de um segurado indígena, que viviam em união estável simultaneamente com o falecido, requereram a pensão por morte, argumentando que a poligamia fazia parte da cultura da comunidade Waiãpi. Esse reconhecimento foi um desdobramento de um processo de diálogo e análise realizado pelo INSS, que considerou os aspectos culturais e as particularidades das comunidades indígenas. Essa decisão foi tomada a partir de uma interpretação mais ampla dos princípios constitucionais, como o respeito à diversidade cultural, a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

É importante destacar que o direito indígena possui características próprias, sendo reconhecido tanto no âmbito nacional quanto internacional, como pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que reconhece os direitos dos povos indígenas, incluindo seus sistemas jurídicos e práticas culturais, e prevê a

necessidade de respeitar e proteger suas instituições sociais, culturais, religiosas e políticas.

Dessa forma, o reconhecimento da poligamia em uma comunidade indígena específica para fins de concessão de pensão por morte não significa uma alteração legislativa direta, mas sim uma aplicação dos princípios constitucionais e das normas internacionais que asseguram os direitos dos povos indígenas. É um exemplo de como a legislação previdenciária pode ser interpretada de maneira sensível e adequada às particularidades culturais e sociais da sociedade, respeitando a diversidade e promovendo a justiça social.

O Parecer nº 441/2015/CONJUR-MPS/CGU/AGU, emitido pela Advocacia Geral da União (AGU), teve um papel fundamental na análise da problemática relacionada à poligamia ou poliandria nas comunidades indígenas. O parecer estabeleceu que, nos casos em que a poligamia ou poliandria fosse uma questão cultural da tribo e envolvesse segurados(as) indígenas, o direito ao rateio do benefício previdenciário de pensão por morte deveria ser reconhecido entre todos(as) os(as) companheiros(as). Ao reconhecer o direito ao rateio do benefício previdenciário de pensão por morte, o parecer da AGU demonstrou sensibilidade para com a diversidade cultural e a proteção dos direitos dos povos indígenas. Essa orientação se baseou no entendimento de que as relações familiares e as práticas culturais das comunidades indígenas devem ser respeitadas e consideradas no contexto da concessão de benefícios previdenciários.

O parecer também foi importante ao destacar a necessidade de se levar em conta os aspectos socioculturais nas análises previdenciárias, a fim de promover a justiça social e a igualdade de direitos. Reconhecer a poligamia ou poliandria como uma questão cultural e permitir o rateio do benefício previdenciário de pensão por morte entre os companheiros(as) indígenas é uma forma de garantir a proteção social e a inclusão dessas famílias dentro do sistema previdenciário. O parecer baseou-se no artigo do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), que reconhece a necessidade de proteção dos costumes e da cultura indígena. Essa fundamentação se alinha com a Constituição Federal, que estabelece a obrigação do Estado de respeitar e proteger a diversidade cultural e os direitos dos povos indígenas:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

[...]

III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

[...]

Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

[...]

Art. 55. O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas. (BRASIL, 1973)

Ao reconhecer a poligamia como uma manifestação cultural indígena e permitir o rateio do benefício previdenciário de pensão por morte entre os companheiros(as) indígenas, o parecer da AGU demonstrou uma interpretação alinhada com a proteção dos direitos culturais e a garantia do modo de vida dos povos indígenas.

De fato, a legislação previdenciária brasileira atual apresenta uma restrição no que diz respeito ao rateio de benefícios de pensão por morte ou auxílio-reclusão entre mais de um companheiro(a) que comprove dependência econômica em relação ao(a) segurado(a). Essa limitação tem sido objeto de debates e questionamentos por parte de diversos setores da sociedade. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, declarou essa situação como incompatível com a Constituição Federal.

A legislação atual prevê que a pensão por morte e o auxílio-reclusão sejam destinados apenas aos dependentes do segurado, que incluem cônjuge, companheiro(a) e filhos, desde que preencham os requisitos legais. No entanto, a legislação é omissa quanto ao rateio desses benefícios entre múltiplos companheiros(as) em uma família poliamorista.

Outrossim, essa limitação pode ser considerada contraditória quando se leva em conta que a legislação previdenciária reconhece a possibilidade de rateio da pensão por morte ou auxílio-reclusão para ex-cônjuge ou ex-companheiro(a), desde que

comprovada a dependência econômica durante a convivência. Essa diferença de tratamento gera questionamentos em relação à igualdade de direitos entre diferentes tipos de relacionamentos afetivos.

No contexto do poliamor, é importante considerar a dinâmica dos relacionamentos e a forma como as pessoas envolvidas compartilham suas vidas e recursos financeiros. A restrição atual que impede o rateio dos benefícios previdenciários de pensão por morte ou auxílio-reclusão entre múltiplos companheiros(as) em uniões estáveis simultâneas pode parecer inconsistente quando se observa a lógica de compartilhamento de recursos durante a vida do(a) segurado(a).

O princípio da solidariedade familiar, que fundamenta a Previdência Social, visa amparar e proteger os dependentes economicamente vulneráveis. Nesse sentido, é possível argumentar que, em situações de relacionamentos poliamorosos em que há uma convivência familiar contínua e duradoura, com compartilhamento de recursos, seria razoável considerar o rateio dos benefícios previdenciários entre os companheiros(as) que comprovem a dependência econômica.

Como mencionado anteriormente, as mudanças na legislação previdenciária demandam processos de discussão e aprovação de leis. Questões relacionadas ao poliamor e aos direitos dos companheiros(as) em tais relacionamentos estão em evolução e podem ser objeto de debates e propostas de alteração no futuro, buscando uma maior adequação às transformações sociais e às demandas por justiça e igualdade.

É fundamental que essas discussões sejam realizadas levando em consideração a diversidade de arranjos familiares e a proteção dos direitos de todas as pessoas envolvidas em relacionamentos poliamorosos, buscando um equilíbrio entre a autonomia individual e os princípios de solidariedade e proteção social que orientam a Previdência.

Nesse aspecto, uma das possibilidades de reconhecimento dos direitos previdenciários dos poliafetivos, recairia sobre o Poder Judiciário, no entanto o STF, em interpretação mais restritiva de direitos recentemente apreciada no Recurso

Extraordinário (RE) 883168 SC, ao tratar de direito à pensão por morte em caso de família paralela entendeu ser indevido o rateio do benefício de pensão por morte para pessoa que manteve união estável com outra casada. A referida decisão culminou em tese de repercussão geral (Tema 526):

É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável. (BRASIL, 2022)

Como é visto, o STF entendeu que a monogamia é um preceito constitucional, e que as uniões paralelas seriam "aparência de família", mas não se equiparando a união estável ou ao casamento para fins de proteção estatal. Embora não explicitado, se conclui com a decisão que os casos de poliafetividade estão igualmente desprovidos da proteção constitucional. Maria Berenice Dias (2016) entende que:

O legislador, elevado à guardião dos bons costumes e perpetuador de uma moral conservadora, ao eleger um modelo de família e o consagrar como única forma aceitável de convívio, desestimula atitudes que se afastem do parâmetro comportamental reconhecido como aceitável, e acaba por negar juridicidade ao que se afasta do normatizado. Em consequência disso, as mulheres que se submetem a relacionamentos paralelos estáveis passam a ser condenadas à invisibilidade jurídica, atingindo-lhe a própria dignidade. Assim, atento a um possível desrespeito para com os direitos da companheira simultânea, que, em muitos casos, constitui prole extensa com o homem, vive relacionamento de décadas com ele, dedicando-se integralmente a esta relação, é de se privilegiar a norma constitucional, tutelando-a como união estável, sem alusão a impedimentos ou exceções. (DIAS, 2016)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 883.168/SC, estabeleceu o paradigma do Tema nº 526 da repercussão geral: "Possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários – pensão por morte – à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada." Ao fim do julgamento, estabeleceu a tese:

É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável. (BRASIL, 2021)

O enunciado resolve uma problemática complexa e controversa no âmbito dos direitos previdenciários e familiares: o reconhecimento de direitos previdenciários,

como a pensão por morte, para pessoas que mantiveram, por um longo período de tempo e com aparência familiar, uma união com outra pessoa casada.

Entretanto, essa situação levanta importantes debates sobre a extensão dos direitos previdenciários e o reconhecimento de novos arranjos familiares que vão além do modelo tradicional de casamento. É necessário abordar esse tema com cautela, considerando os princípios constitucionais, as normas legais vigentes e os valores sociais predominantes.

No contexto atual, o reconhecimento de direitos previdenciários está geralmente associado a relações formalmente estabelecidas, como o casamento ou a união estável. Essas formas de união possuem amparo legal e são reconhecidas pela legislação como entidades familiares, conferindo direitos e deveres aos seus integrantes.

Todavia, há situações em que uma pessoa manteve uma união duradoura e com aparência familiar com outra pessoa casada, surgem questionamentos sobre a possibilidade de estender os benefícios previdenciários a essa pessoa. Essa discussão envolve o reconhecimento de uma união paralela ou extramatrimonial e levanta questões éticas, morais e legais. Do ponto de vista ético e moral, alguns argumentam que a concessão de direitos previdenciários a uma pessoa que manteve uma união com outra casada seria uma forma de validar ou incentivar relacionamentos extraconjugais. Por outro lado, há quem argumente que o foco deve estar na proteção dos direitos e interesses dos envolvidos, independentemente do formato de suas relações.

No plano jurídico, o reconhecimento de direitos previdenciários para pessoas que mantiveram uniões paralelas encontra obstáculos legais, pois a legislação previdenciária geralmente está embasada em conceitos de família tradicionais, como casamento e união estável, o que limita a extensão desses benefícios a outros arranjos familiares.

Além disso, é necessário ponderar os princípios da segurança jurídica e da igualdade, uma vez que a concessão de direitos previdenciários a pessoas em uniões

paralelas poderia gerar situações de desigualdade em relação a outras formas de família reconhecidas pela legislação.

A proteção estatal, no entanto, tendo em vista os riscos sociais decorrentes da ausência repentina dos meios de manutenção da própria subsistência outrora providos pelo segurado falecido ou recluso, mesmo que sem previsão expressa, considerando os princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, bem como a dignidade da pessoa humana, deveriam ser ponderados frente ao princípio da monogamia para prover uma garantia mínima de sobrevivência, coroando também os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

3.2 OS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DOS DEPENDENTES EM FAMÍLIAS POLIAMORISTAS

São cobertos pelo Regime Geral da Previdência Social os segurados e seus dependentes, atendidos os critérios especificados nas Leis 8.212/91 e 8.213/91, ambos poderão titularizar benefícios ou serviços da Previdência Social.

Os segurados se dividem entre obrigatórios e facultativos, sendo obrigatórios os que se enquadrem como empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, segurado especial e contribuinte individual, nos termos do artigo 12 da Lei 8.212/91 e do artigo 11 da Lei 8.213/91. Já os segurados facultativos são, por exclusão, todos os que, não sendo segurados obrigatórios do RGPS, desejem filiar-se ao sistema de proteção previdenciária tais como estudantes, donas-de-casa, os presidiários que não exerçam atividade remunerada, entre outros, ressalvadas restrições previstas.

Entre as restrições à filiação como segurado facultativo, citamos como exemplo, o servidor público segurado de Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), que é Regime de Previdência instituído por alguns entes da federação especificamente para os seus servidores, não podem filiar-se como segurados facultativos do RGPS nos termos do § 5º, artigo 201, da CRFB.

No que se refere aos dependentes, será dada uma maior atenção em virtude de ser

parte do objeto desta pesquisa. Inicialmente, delimitamos o rol de dependentes que está previsto no artigo 16 da Lei 8.213/91:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

§1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes. (BRASIL, 1991)

Os dependentes poderão ser beneficiários de benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão, todavia, conforme Frederico Amado (2015) esclarece, “para que uma pessoa natural seja dependente no RGPS, é preciso que o falecido ou preso seja segurado da Previdência Social para instituir a pensão por morte ou o auxílio-reclusão, respectivamente”.

O artigo 16 da Lei 8.213/91 definiu a existência de classes distintas de dependentes, sendo elas definidas por cada um dos incisos do *caput* do referido artigo. Isso implica na existência de três classes de dependentes, sendo que os dependentes de classe anterior excluem o direito dos de classe posterior, ou seja, havendo dependentes da classe I, por exemplo, os dependentes de classe II e III serão excluídos. A divisão é estabelecida conforme a proximidade com o falecido, estipula-se que os dependentes de primeira classe são os que detêm maior prioridade em relação aos de segunda e terceira classe que são as demais classificações dos dependentes.

Na primeira classe de beneficiários, incluem-se aqueles que têm direito a receber os benefícios sem a necessidade de comprovar dependência econômica com o falecido. Isso abrange o cônjuge legalmente casado, o companheiro ou companheira em união estável, além dos filhos menores de 21 anos e filhos com deficiência mental ou física grave. Também são considerados dependentes por presunção o menor tutelado ou enteado do falecido que tenha sido declarado por ele. No entanto, é importante ressaltar que a perda das condições de prioridade pode ocorrer em certos casos, como na dissolução do matrimônio ou união estável. Nessas situações, é necessário

comprovar a dependência econômica por meio de documentos que demonstrem o recebimento regular de pensão alimentícia ou outro auxílio financeiro. Mesmo para aqueles que já estavam separados de fato, a comprovação da dependência econômica é necessária para retornar à condição de dependente de primeira classe.

Com relação aos dependentes que sejam filhos menores de 21 anos, estes não podem ser emancipado, e a dependência também se prorroga até os 24 anos, quando universitário. Se este for inválido ou com deficiência, continua a receber o benefício mesmo após os 21 anos, até cessar a invalidez ou a deficiência, devendo passar por perícia médica realizada no INSS.

A lei previdenciária não faz distinção entre filhos naturais e adotados, nem utiliza mais os termos "legítimo" e "ilegítimo". Além disso, equipara-se a filhos o enteado e o tutelado, desde que comprovem dependência econômica em relação ao segurado. Embora o menor sob guarda não esteja explicitamente listado como dependente, tribunais superiores têm reconhecido sua condição de dependente previdenciário com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Assim, a legislação previdenciária busca abranger uma ampla gama de situações e proteger os direitos dos dependentes, independentemente do vínculo biológico ou legal.

Com o intuito de esclarecer questionamentos, o Superior Tribunal de Justiça, em um julgamento no âmbito dos recursos repetitivos, abordando o Tema 732, realizado em 11/10/2017, estabeleceu a seguinte tese definitiva:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONÔMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO. [...] 9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR,

COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3º. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 10. Recurso Especial do INSS desprovido. (REsp 1411258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 21/02/2018, com grifos acrescidos)

Nesse contexto, é essencial garantir a adequada proteção ao menor que está sob guarda, fornecendo assistência nos aspectos morais, educacionais e materiais diante do falecimento de seu guardião. É necessário assegurar que o menor seja amparado de maneira abrangente, considerando suas necessidades emocionais, seu desenvolvimento educacional e suas demandas materiais. Isso envolve fornecer suporte afetivo, acesso à educação de qualidade e recursos financeiros adequados para garantir seu bem-estar e crescimento saudável.

Na segunda classe de dependentes, é exigida a comprovação da dependência econômica, além da ausência de dependentes pertencentes à primeira classe. Essa categoria inclui pai, mãe, padrasto e madrasta. O Judiciário também tem reconhecido avós e tios que assumiram o papel de pais do segurado quando criança ou adolescente. No entanto, é importante destacar que a comprovação do vínculo não é suficiente; é necessário que não haja dependentes na primeira classe. Essa exigência contradiz o sistema de proteção social estabelecido na Constituição Federal, conforme previsto no parágrafo primeiro do artigo 16 da Lei 8.213/91, que estabelece que a existência de uma determinada classe de dependentes automaticamente exclui a classe inferior.

Sobre a consideração de que avós podem ser considerados dependentes ao equipará-los a pais, segue entendimento do STJ no Recurso Especial nº 1.574.859 – SP/STJ:

O fundamento adotado pelo Tribunal a quo de que a falta de previsão legal de pensão aos avós não legitima o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário não deve prevalecer. Embora os avós não estejam elencados no rol de dependentes, a criação do segurado falecido foi dada por seus avós, ora recorrentes. Não se trata de elastecer o rol legal, mas identificar quem verdadeiramente ocupou a condição de pais do segurado. (BRASIL, 2017)

Assim corrobora-se o entendimento que o mais importante é continuar oferecendo dignidade e proteção àquele que de fato mantinha fortes vínculos com o segurado, mesmo que não esteja no rol considerado taxativo da Lei de Benefícios.

Na terceira classe de dependentes, é necessário comprovar a dependência econômica em relação ao segurado, desde que não haja dependentes nas primeiras duas classes. Nesse grupo, estão incluídos irmãos não emancipados com até 21 anos de idade. Caso o irmão seja inválido ou tenha deficiência, a dependência econômica continua mesmo após completar 21 anos, até que a invalidez ou deficiência cessem. Para fins de atualização e comprovação, é necessário realizar uma perícia médica pelo INSS. Essa avaliação médica é crucial para verificar e comprovar a condição de invalidez ou deficiência do irmão dependente.

3.2.1 Benefícios Previdenciários em prol dos dependentes

A Previdência Social no Brasil oferece diversos benefícios aos dependentes dos segurados, com o objetivo de amparar e garantir a proteção social a essas pessoas em situações específicas. Os principais benefícios concedidos aos dependentes:

- 1) Pensão por morte: É um benefício destinado aos dependentes do segurado que faleceu. Os beneficiários podem ser cônjuge, companheiro(a), filhos, enteados menores de 21 anos ou inválidos, pais e irmãos não emancipados menores de 21 anos ou inválidos. A pensão por morte visa proporcionar uma renda mensal aos dependentes do segurado falecido;
- 2) Auxílio-reclusão: É um benefício concedido aos dependentes do segurado recolhido à prisão. Os beneficiários são cônjuge, companheiro(a), filhos e pais do segurado recluso. O auxílio-reclusão tem como objetivo assegurar uma renda aos dependentes durante o período de reclusão do segurado;

É importante ressaltar que cada benefício possui regras e critérios específicos para concessão, e nem todos os dependentes têm direito a todos os benefícios. A legislação previdenciária estabelece as condições para o acesso aos benefícios,

considerando a relação de dependência econômica e outros requisitos legais.

3.2.1.1. Pensão por Morte

A pensão por morte foi criada no sistema previdenciário com o objetivo de fornecer suporte à família do segurado da Previdência Social no caso de sua morte, pois a previdência busca proteger os indivíduos contra riscos sociais. Esse benefício visa garantir a continuidade da renda familiar após a perda do provedor, proporcionando sustento e segurança financeira aos dependentes do segurado falecido. Assim, a pensão por morte desempenha um papel fundamental na proteção social ao oferecer apoio econômico aos familiares em um momento de grande dificuldade causado pelo evento do falecimento. Nesse panorama, Feijó Coimbra (2001) conceitua o termo risco para melhor compreensão do presente tema:

Risco é o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado. A legislação social desde logo voltou-se para a proteção de determinadas espécies de riscos, cuja ocorrência traria desfalque patrimonial ao conjunto familiar do trabalhador, ou seja, a morte do segurado, ou a perda de renda deste, por motivo de incapacidade laborativa, decorrente de doença, acidente ou velhice (COIMBRA, 2001, p. 153).

As leis têm o papel fundamental de amparar socialmente os cidadãos, fornecendo benefícios que visam atender às necessidades decorrentes dos riscos sociais aos quais estão expostos. Esses benefícios previdenciários têm como objetivo promover o bem-estar social e garantir a dignidade das pessoas em situações adversas.

Para evitar interpretações conflitantes sobre quais riscos merecem a devida proteção do Estado, o artigo 201 da Constituição estabelece um rol de riscos sociais contemplados pelo regime previdenciário brasileiro. Esses riscos incluem a possibilidade de incapacidade laboral, a vulnerabilidade decorrente da idade avançada, a situação de reclusão, a maternidade e a morte, que, embora seja um evento certo, não se sabe exatamente quando ocorrerá.

A ocorrência de qualquer um desses riscos está intrinsecamente ligada à manutenção da cidadania do segurado ou dependente/beneficiário. Mesmo no caso da morte, um evento natural e inevitável para todos, a sua ruptura pode ser repentina e a família

muitas vezes não está preparada para lidar com as consequências financeiras e emocionais decorrentes. As prestações previdenciárias fornecidas pelo Estado, como a pensão por morte, têm o propósito de suprir as necessidades vitais daqueles que ficam desamparados, garantindo-lhes condições dignas de subsistência e proteção social.

Dessa forma, as leis previdenciárias desempenham um papel crucial na preservação do bem-estar social, fornecendo suporte financeiro e assistência aos indivíduos e suas famílias diante dos riscos sociais e eventos que impactam sua condição de vida. Isso permite que a sociedade como um todo tenha acesso a uma proteção social adequada, assegurando a dignidade e a qualidade de vida dos beneficiários. Conforme conceitua Frederico Amado (2015),

A pensão por morte é um benefício previdenciário dos dependentes do segurado, assim consideradas as pessoas listadas no artigo 16, da Lei 8.213/91, devendo a condição de dependente ser aferida no momento do óbito do instituidor, e não em outro marco, pois é com o falecimento que nasce o direito. (AMADO, 2015, p. 408)

Inicialmente, a pensão por morte tinha como objetivo principal proteger a renda das viúvas, considerando a concepção de que as mulheres eram vistas como o sexo frágil e dependentes financeiramente dos rendimentos do segurado falecido. No entanto, quando o viúvo era o homem, essa percepção era diferente, uma vez que, sob uma perspectiva patriarcal, não se presumia que ele dependesse financeiramente da esposa, a menos que fosse considerado inválido.

Com o passar dos anos, as configurações familiares foram se modificando e novas realidades foram percebidas. A legislação teve, então, que acompanhar essas transformações a fim de preservar os padrões de vida familiares e reconhecer a igualdade de gênero. Essa evolução refletiu a necessidade de considerar não apenas a proteção da renda das viúvas, mas também de outros membros da família que poderiam estar dependentes do segurado falecido, independentemente de seu gênero. Assim, a legislação previdenciária foi se adaptando para atender às novas realidades familiares, garantindo proteção social mais abrangente e igualitária.

Com os intensos debates e modificações na esfera de quem são os dependentes, a jurisprudência vem acatando como dependentes os familiares que mantinham uma relação de dependência financeira com o segurado, sendo ela total ou parcial junto com outros requisitos. Como pode se visualizar no recente julgado abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. QUALIDADE DE SEGURADO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão. 2. Qualidade de segurado especial comprovada pelas provas apresentadas nos 23 autos. (TRF-4 - APL: 50060972520184049999 5006097-25.2018.4.04.9999, Relator: JORGE ANTONIO MAURIQUE, Data de Julgamento: 04/09/2019, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC) (BRASIL, 2019)

Portanto a função social do benefício exprime concessão daquele que tinha dependência econômica com o segurado de condições de dar continuidade aos seus gastos rotineiros que digam respeito à alimentação, saúde, moradia, educação e demais necessidades e urgências, satisfazendo as necessidades vitais e sociais dos indivíduos.

As alterações no benefício da Pensão por Morte tiveram impactos significativos no âmbito social e econômico, uma vez que resultaram em uma redução substancial no valor recebido pelos dependentes do segurado falecido. Isso é especialmente preocupante considerando que, na maioria dos casos, a subsistência da família dependia exclusivamente da renda do falecido.

Essa drástica diminuição na qualidade de vida dos dependentes, decorrente da redução do valor do benefício, pode resultar em desigualdade social e econômica. As famílias que antes contavam com uma renda adequada para suas necessidades básicas enfrentam agora dificuldades financeiras e maior vulnerabilidade, o que pode gerar um desequilíbrio no acesso a recursos e oportunidades. É importante considerar o impacto social dessas mudanças, buscando encontrar um equilíbrio entre a sustentabilidade do sistema previdenciário e a garantia de proteção adequada aos dependentes. É necessário um olhar atento para as consequências dessas alterações, a fim de mitigar os efeitos negativos sobre as famílias e trabalhar em prol de políticas sociais que visem promover a igualdade e o bem-estar para todos os cidadãos.

Preenchidos os requisitos previstos em lei, é notório que não se considera a vulnerabilidade do momento do dependente, levando em consideração tão somente a sustentabilidade objetiva dos que estão previstos como dependentes no rol taxativo da lei, visando amenizar a exclusão social desses protegidos. Outra vertente que justifica a concessão desse benefício é para garantir a promoção da justiça social. Nesse sentido, Wagner Balera sustenta que:

No ambiente da justiça social, no qual estará garantida vida digna ao ser humano, o sistema atua como organismo que, identificando as necessidades de proteção dos seres humanos, trata de satisfazê-las com a atuação sistêmica e coordenada de seus programas. Do ponto de vista especificamente jurídico pode-se dizer que o sistema de seguridade social é instrumental de realização de justiça social, protegendo assim tanto os trabalhadores, seus primitivos destinatários, quanto aos necessitados (BALERA, 2006, p 9).

Mais uma vez fica explícito a vinculação da relação jurídica com a relação social, a fim de suprir as contingências sociais a contento e promover a dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III, como um princípio fundamental, sendo dever do Estado ações positivas frente à concretização dos direitos sociais, se enquadrando todos os direitos referentes à Previdência Social.

Para financiar esse benefício e garantir sua sustentabilidade, existem fontes específicas de custeio que são aplicadas pelo sistema previdenciário. As principais fontes de custeio do benefício de pensão por morte são as contribuições previdenciárias dos trabalhadores, dos empregadores e dos entes governamentais. Os empregados contribuem com uma porcentagem de seus salários, enquanto os empregadores contribuem com uma parcela adicional baseada na folha de pagamento. Essas contribuições são destinadas a um fundo previdenciário que é utilizado para financiar os benefícios, incluindo a pensão por morte.

Há também as Receitas da Seguridade Social, como as contribuições sociais sobre a receita de concursos de prognósticos (loterias), as contribuições sobre a receita de entidades de seguros privados, a receita de concurso de prognósticos realizado por entidades esportivas e as contribuições sobre a receita de importação de produtos estrangeiros. Essas receitas também contribuem para o financiamento dos benefícios previdenciários, incluindo a pensão por morte. É importante ressaltar que o sistema

de custeio da previdência social é complexo e está sujeito a variações ao longo do tempo, de acordo com mudanças na legislação e nas políticas de financiamento adotadas pelo governo. As fontes de custeio mencionadas acima representam uma visão geral das principais formas de financiamento da Pensão por Morte no Brasil, cujo valor do benefício será tratado mais adiante.

3.2.1.1.1 Desafios da concessão de Pensão por Morte em relacionamentos poliamoristas

A concessão de Pensão por Morte é um benefício previdenciário concedido aos cônjuges ou companheiros de um segurado que faleceu, com o objetivo de garantir o amparo financeiro ao sobrevivente após a perda do ente querido. No entanto, a aplicação dessa concessão em casos de relacionamentos poliamoristas levanta desafios e questionamentos em relação à sua adequação e abrangência. Tradicionalmente, a legislação previdenciária define o cônjuge como o(a) parceiro(a) legalmente casado(a) ou o(a) companheiro(a) comprovado(a) por união estável. No entanto, essa definição não abrange diretamente relacionamentos poliamoristas, nos quais múltiplos parceiros estão envolvidos em uma relação consensual e afetiva.

A aplicação da Pensão por Morte em contextos poliamoristas pode ser desafiadora. A falta de reconhecimento legal do poliamor em muitos países dificulta a concessão desse benefício para todos os parceiros envolvidos. Além disso, a legislação previdenciária geralmente estabelece critérios rígidos e específicos para determinar a elegibilidade do cônjuge sobrevivente, como tempo mínimo de casamento ou união estável.

Os requisitos para a concessão da Pensão por Morte estão estabelecidos no artigo 74 da Lei nº 8.213/91. Inicialmente, é necessário que existam dependentes e que o falecido seja considerado segurado, podendo estar ou não aposentado na data do óbito. Atualmente, não há um prazo fixo para a realização do requerimento do benefício. No entanto, é recomendado que seja feito o mais breve possível, pois o dependente poderá usufruir do benefício de forma mais ágil. Solicitar a Pensão por

Morte o quanto antes garante uma resposta mais rápida por parte da previdência, permitindo que o dependente tenha acesso aos recursos necessários para sua subsistência.

O Termo Inicial da Pensão por Morte é determinado pela Data de Início do Benefício (DIB). Se o segurado faleceu até o dia 10/11/1997, a DIB será a mesma data do óbito, independentemente da data do requerimento. Já para óbitos ocorridos entre 11/11/1997 e 04/11/2015, a DIB será definida de acordo com os seguintes critérios: a) se o requerimento for feito até 30 dias após o falecimento do segurado, a DIB será a data do óbito; b) se o requerimento for feito após 30 dias do óbito, a DIB será a data do requerimento administrativo; c) nos casos de morte presumida, a DIB será determinada pela decisão judicial. Essas regras estabelecem como será fixada a data de início do benefício, levando em consideração o momento do requerimento e a natureza específica de cada caso.

Para segurados que faleceram entre 05/11/2015 e 17/01/2019, a Data de Início do Benefício (DIB) da Pensão por Morte será estabelecida de acordo com os seguintes requisitos: a) se o requerimento for feito até 90 dias após o óbito, a DIB será a data do falecimento; b) se o requerimento for feito após 90 dias do óbito, a DIB será a data do requerimento administrativo; c) nos casos de morte presumida, a DIB será determinada pela decisão judicial.

Atualmente, a DIB é definida considerando os seguintes critérios: a) se o requerimento for feito em até 180 dias após o falecimento do segurado, para filhos menores de 16 anos, ou em até 90 dias, para os demais dependentes, a DIB será a data do óbito; b) se o requerimento for feito após o prazo mencionado acima, a DIB será a data do requerimento administrativo; c) nos casos de morte presumida, a DIB será estabelecida pela decisão judicial. Essas regras determinam como será fixada a data de início do benefício, levando em consideração o momento do requerimento e a condição dos dependentes.

Para efeitos legais, é importante esclarecer quem é considerado segurado. O segurado é a pessoa que é obrigada a contribuir para a previdência social devido ao exercício de uma atividade remunerada, fazendo contribuições ao INSS, ou que

contribui voluntariamente como segurado facultativo. No caso específico da pensão por morte, o falecido deve estar trabalhando, contribuindo regularmente para a previdência ou recebendo algum tipo de benefício, como aposentadoria do INSS.

É relevante mencionar que, mesmo que a pessoa não estivesse trabalhando no momento do óbito, mas tenha contribuído pelo menos durante um período mínimo de 12 meses, ela está no chamado "período de graça". Nesse caso, os dependentes terão direito ao benefício da pensão por morte. O período de graça é um período em que a pessoa mantém sua qualidade de segurado mesmo sem contribuir, garantindo proteção previdenciária para seus dependentes em caso de falecimento. Essas condições de segurado são determinantes para a elegibilidade dos dependentes ao benefício da pensão por morte, proporcionando amparo financeiro aos beneficiários após a morte do segurado. Assim, o período de graça é o período em que a pessoa não está contribuindo com a previdência, mas ainda tem o direito de usufruir ou deixar usufrutos de benefícios para os seus dependentes e a lei determina esse prazo, para que haja menos prejuízos. No caso de trabalho maior que 10 anos, com 120 contribuições ininterruptas, o período de graça passa a ser de 24 meses e, se comprovado que no período de graça, o segurado estava procurando emprego ativamente, o período de graça pode chegar até um total de 36 meses, tudo em prol da justiça social.

Para o recebimento do benefício da pensão por morte há que ser comprovado o vínculo e a necessidade objetiva obedecendo os preceitos que divide os dependentes em três classes, devendo ser analisado as prioridades de recebimento, o tempo e o valor a ser efetuado. É importante ressaltar que a concessão de Pensão por Morte em relacionamentos poliamoristas não se limita apenas à questão financeira. Também envolve considerações emocionais e sociais, como o cuidado e o apoio mútuo entre os parceiros. O desafio é encontrar um equilíbrio entre a proteção previdenciária adequada e o respeito às escolhas e arranjos pessoais dos indivíduos envolvidos.

Com a promulgação e publicação da Emenda Constitucional 103/2019, foram introduzidas algumas mudanças nas regras da concessão da pensão por morte, as quais passaram a vigorar a partir de 13/11/2019. Seguindo o princípio do *tempus regit actum*, que significa que o tempo rege o ato, estabelece-se que a legislação aplicável

é aquela vigente no momento da ocorrência do fato gerador, que neste caso é o evento do falecimento do segurado. O óbito é a contingência que gera a necessidade de concessão do benefício. Dessa forma, as regras vigentes na data do falecimento do segurado são as que devem ser aplicadas para a análise e concessão da pensão por morte.

Uma das mudanças mais impactantes diz respeito à redução do valor da pensão por morte para os dependentes do segurado. Agora, a cota familiar corresponde a 50% do valor da aposentadoria do segurado ou da aposentadoria por incapacidade permanente que teria direito na data do óbito. Esse valor é acrescido de 10% por dependente, com um limite máximo de 100%.

No caso da aposentadoria por invalidez, houve uma redução para 60% do salário de benefício, se o segurado tiver contribuído por 20 anos para a previdência. A cada ano adicional de contribuição além desse período, é acrescido um adicional de 2%. Dessa forma, o valor do benefício da pensão por morte é calculado como 50% + 10% multiplicado pela média simples dos salários de contribuição, levando em consideração a aposentadoria por incapacidade permanente para aqueles que contribuíram pelo tempo mínimo de 20 anos. Essas alterações resultaram em uma redução no valor da pensão por morte, o que pode impactar diretamente o sustento dos dependentes do segurado falecido.

No caso dos dependentes de segurados que ainda não se encontravam aposentados ou não tinham já satisfeitos os requisitos para a aposentadoria na data do óbito, o cálculo da alíquota da pensão por morte será sobre o montante do benefício de aposentadoria por incapacidade, que será de 60%.

No tocante aos dependentes acometidos por invalidez ou deficiência, o valor do benefício será equivalente a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria recebida na data do óbito pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente, até o limite máximo estabelecido pela Lei de benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Em relação às cotas por dependente, estas se findam com a perda da deficiência, a qual será submetida pela perícia médica do INSS, não sendo reversível aos outros dependentes, preservando-

se o valor de 100% (cem por cento) quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco), salvo os casos dos dependentes inválidos ou com deficiência intelectual, mental ou grave.

A Medida Provisória nº 871/2019 foi aprovada com a finalidade de estabelecer um pente fino nos benefícios previdenciários concedidos, a fim de combater as irregularidades realizadas em sede administrativa e prevenir futuros casos que destoam da lei. Dessa forma, buscou-se evitar fraudes no INSS, enaltecendo a sua importância através da obediência do princípio da legalidade e, para tal feito, foram criados programas especiais para verificação das informações cruzadas em outras instituições e órgãos de modo a confrontar os dados contidos e observar o cumprimento das exigências para a concessão ou manutenção dos benefícios, pois de fato já ocorreram muitas irregularidades e a medida alcançava primordialmente o setor de Monitoramento Operacional de Benefícios (MOB). A conversão dessa medida provisória na Lei nº 13.846 de 2019, que institui Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, dentre outras questões, veio alterar vários dispositivos das Leis nº 8.212 de julho de 1991 e nº 8.213 julho de 1991 a iniciar pela própria inscrição do segurado onde foi cessada a possibilidade da inscrição post mortem do segurado contribuinte individual e segurado facultativo e para fins de carência foi restabelecido a regra da metade do prazo de carência para o reaproveitamento das contribuições anteriores à perda da qualidade de segurado, conforme dispositivo a seguir:

Art. 27-A Na hipótese de perda da qualidade de segurado, para fins da concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez, de salário-maternidade e de auxílio-reclusão, o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I, III e IV do caput do art. 25 desta Lei. (BRASIL, 1991)

Logo, as regras acerca do número de contribuições para concessão do benefício sempre foram alvos de mudanças, correspondendo uma alteração extremamente relevante a se destacar.

Com relação à qualidade de dependentes, tiveram alterações na prova da união estável, como já exemplificado, que juntamente com a prova de dependência foram exigidas início de prova material contemporânea dos fatos, exigindo-se que a sua

produção seja em período não anterior a dois anos da data do óbito do segurado, acatando a prova exclusivamente testemunhal, em casos de motivo de força maior ou caso fortuito.

Também se asseverou a exclusão definitiva da condição de dependente a pessoa condenada pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado com sentença com trânsito em julgado, conforme dispositivo legal que dispõe em seu parágrafo 1º que perde o direito à pensão por morte, salvo os absolutamente incapazes e os inimputáveis. Também foi extinta a necessidade dos dependentes que sejam filhos menores de 16 anos requererem o benefício em até 180 dias após o falecimento do segurado.

Quanto à cumulação de benefícios, em regra, não é permitido receber simultaneamente o benefício de pensão por morte e aposentadoria, a menos que sejam de regimes previdenciários diferentes. No entanto, existem restrições e limites quando a cumulação é permitida. No caso de cumulação de benefícios de aposentadoria e pensão por morte, há faixas de restrição. A porcentagem permitida varia de acordo com o valor dos benefícios. Por exemplo, para valores que excedem 1 salário mínimo, a cumulação é limitada a 60% do valor excedente até o limite de 2 salários mínimos. Para valores que excedem 2 salários mínimos, a cumulação é limitada a 40% do valor excedente até o limite de 3 salários mínimos. Para valores que excedem 3 salários mínimos, a cumulação é limitada a 20% do valor excedente até o limite de 4 salários mínimos. E para valores que excedem 4 salários mínimos, a cumulação é limitada a 10% do valor excedente. Essas restrições visam controlar a acumulação excessiva de benefícios previdenciários e garantir uma distribuição mais equilibrada dos recursos da previdência.

As novas regras da pensão por morte podem ter dificultado o acesso ao benefício, causando prejuízos para aqueles que estão em situações vulneráveis. Essas mudanças podem resultar em valores de benefício que não correspondem às reais necessidades dos beneficiários, devido às restrições e limitações estabelecidas pela lei. Essas restrições podem levar a casos de injustiça, em que indivíduos que necessitam do benefício não conseguem obter um valor adequado para suprir suas necessidades. Embora essas alterações tenham sido feitas com o intuito de adequar

o sistema previdenciário, é importante considerar os impactos sociais e econômicos que essas mudanças podem causar aos beneficiários em situação de vulnerabilidade.

Diante desse cenário, é fundamental buscar um equilíbrio entre a sustentabilidade do sistema previdenciário e a garantia da proteção social adequada para os beneficiários, a fim de evitar injustiças e assegurar a dignidade e o bem-estar daqueles que dependem da pensão por morte.

3.2.1.1.2 Tempo de duração e valor do benefício de Pensão por Morte em caso de reconhecimento de relações poliamoristas

A concessão de Pensão por Morte em relacionamentos poliamoristas é um tema complexo que exige uma reflexão cuidadosa sobre os direitos e as necessidades de todos os envolvidos. À medida que a sociedade evolui e as noções tradicionais de relacionamento são questionadas, é essencial que as leis previdenciárias se adaptem e considerem as realidades dos relacionamentos poliamoristas para garantir a igualdade e a justiça na concessão desses benefícios.

Comprovada a condição de segurado do falecido e a condição de dependente dos requerentes, será devido o benefício de pensão por morte, ressaltando-se que se aplica a norma vigente no momento do fato gerador (óbito). Cabe registrar, que mesmo não sendo comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* na data do óbito, há duas hipóteses em que ainda assim será devido o benefício, conforme esclarece o artigo 368, da IN 128/2022:

Art. 368. Caberá a concessão de pensão aos dependentes mesmo que o óbito tenha ocorrido após a perda da qualidade de segurado, desde que:

I - o instituidor do benefício tenha implementado todos os requisitos para obtenção de uma aposentadoria até a data do óbito; ou

II - fique reconhecido o direito, dentro do período de graça, à aposentadoria por incapacidade permanente, o qual deverá ser verificado pela Perícia Médica Federal, que confirmem a existência de incapacidade permanente até a data do óbito. (BRASIL, 2022)

Tal dispositivo é m desdobramento da Súmula 416 do Superior Tribunal de Justiça: “É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de

aposentadoria até a data de seu óbito”. (BRASIL, 2009)

Havendo mais de um dependente habilitado, o valor da pensão será rateado em partes iguais entre eles, sendo que, para óbitos do segurado ocorridos até 13 de novembro de 2019, as cotas cessadas de um ou mais dependentes são revertidas aos demais, e para óbitos a partir de 14 de novembro de 2019, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/2019, as cotas individuais cessadas não mais se revertem aos dependentes remanescentes, conforme se vê no artigo 23, §1º da EC 103/2019:

Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

§ 1º As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco). (BRASIL, 2019)

Outra variável relevante a ser considerada, com efeitos no tempo de duração do benefício, é, para o caso de dependente cônjuge ou companheiro(a) o tempo de carência do segurado e o tempo de casamento ou união estável. Para óbitos a partir de 01 de março de 2015, após a Medida Provisória nº 664/2017, com revisão pela Lei nº 13.135/2015, o prazo do benefício de pensão por morte será de 4 (quatro) meses se, na data do óbito, se o segurado não possuía pelo menos 18 (dezoito) contribuições mensais, realizadas a qualquer tempo, ou comprovado menos de 2 (dois) anos de qualidade de dependente cônjuge ou companheiro (o), sendo irrelevante se a união é heterossexual ou homossexual. A regra acima, no entanto, comporta exceção. Nos termos do § 2º, do art. 375 da IN 128/2022:

Art. 375 [...]

§2º Não se aplicará a regra de duração de 4 (quatro) meses para a cota e/ou benefício do cônjuge ou companheiro(a), quando o óbito do segurado for decorrente de acidente de qualquer natureza ou doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou união estável. (BRASIL, 2022)

Ressalte-se que no caso de ex-cônjuge ou ex-companheiro(a) que recebe pensão alimentícia a referida regra também se aplica, no entanto, a comprovação do tempo de casamento ou união estável deverá ser no período imediatamente anterior à separação conjugal. Assim, comprovadas as 18 contribuições do instituidor e a condição de dependente por pelo menos 2 anos, há ainda que outro fator interfere na duração do benefício: a idade do cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente na data do óbito do segurado.

No que toca às relações poliamoristas, é importante considerar que o período de 2 (dois) anos de dependência pelo casamento ou união estável deverá ser analisado sob o prisma de cada dependente, uma vez que a relação poliamorista não se inicia simultaneamente com todos seus componentes. Por exemplo: um relacionamento poliamorista formado por Marcelo 28 anos, Pedro, 25 anos, e Antônio, 42 anos foi iniciado há 1 ano e meio. Todavia, havia uma união estável precedente firmada entre Antônio e Pedro há mais de 3 anos antes do início do relacionamento poliamorista com Marcelo. Então sob esse prisma, em caso de falecimento de Antônio somente Pedro será considerado dependente para a percepção do benefício de Pensão por Morte.

A partir da implementação da Lei 13.135/15, houve uma alteração significativa em relação à duração da pensão por morte, buscando evitar que esse benefício fosse automaticamente vitalício para o cônjuge. Essa modificação foi mantida pela Reforma da Previdência e, atualmente, o tempo de concessão da pensão por morte segue a seguinte forma, conforme o artigo 77, §1º, V, alínea “c” da Lei 8.213/91:

Art. 77 [...]

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

- 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
- 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
- 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
- 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (BRASIL, 2015)

Dentro do contexto das relações poliamoristas, os dependentes sobreviventes perceberão o benefício de Pensão por Morte, o qual será rateado entre eles e os filhos do segurado falecido, pelo período estipulado no dispositivo legal acima, uma vez que o reconhecimento das relações poliamorista não teria o condão de modificar o período de percepção do benefício, como se denota da regra do artigo 113 do Decreto Lei 3.048/99:

Art. 113. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos, em partes iguais.

§1º Na hipótese prevista no § 2º do art. 106, enquanto o dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave mantiver essa condição, independentemente do número de dependentes habilitados ao benefício, o valor da pensão será rateado entre todos os dependentes em partes iguais.

§2º Na hipótese de deixar de haver dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão será recalculado na forma prevista no caput do art. 106 e rateado de acordo com o disposto no caput.

§ 3º As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de cem por cento da pensão por morte quando o número de dependentes remanescentes for igual ou superior a cinco. (BRASIL, 1999)

Aqui, exemplifico com um caso hipotético: Marcelo 28 anos, Pedro, 25 anos, e Antônio, 42 anos, possuem uma relação poliamorista entre eles há mais 2 (dois) anos. Marcelo completou 1 ano de aposentado por invalidez em 2023. No mesmo ano, Pedro faleceu. Em tese, Marcelo vai ser dependente de seu cônjuge até a invalidez cessar e Antônio perceberá o benefício de Pensão por Morte por 20 (vinte) anos.

No que concerne ao valor do benefício de pensão por morte, o número de dependentes tem considerável influência, pois, conforme regra do artigo 106 do Decreto Lei 3.048/1999, exceto nos casos em que o valor do benefício de aposentadoria a que o segurado falecido teria direito seja igual ao salário mínimo, o benefício será de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria a que teria direito o segurado, acrescido de 10% (dez por cento) para cada dependente até o limite de 100%:

Art. 106. A pensão por morte consiste em renda mensal equivalente a uma cota familiar de cinquenta por cento do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de dez pontos percentuais por dependente, até o máximo de cem por cento.

§1º O valor da pensão por morte, no caso de morte de segurado recluso que tenha contribuído para a previdência social durante o período de reclusão, será calculado de modo a considerar o tempo de contribuição adicional e os correspondentes salários de contribuição.

§2º Na hipótese de haver dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão por morte será equivalente a cem por cento do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo do salário de benefício do RGPS, observado o disposto no § 1º do art. 113.

§3º O valor da pensão será recalculado na forma do disposto no caput, quando:

I - a invalidez ou deficiência intelectual, mental ou grave sobrevier à data do óbito, enquanto estiver mantida a qualidade de dependente; ou

II - deixar de haver dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave. (BRASIL, 1999)

A Advocacia-Geral da União, ao orientar o Instituto Nacional do Seguro Social sobre o pagamento da pensão por morte em casos de poligamia de segurados indígenas, adotou uma medida excepcional devido à cultura específica de certas tribos. Considerando que o valor do benefício ao segurado especial indígena é de um salário mínimo, a AGU concluiu que não haveria violação à regra da necessidade de prévia fonte de custeio para a concessão da pensão por morte aos múltiplos companheiros(as) em casos de poligamia ou poliandria do(a) segurado(a).

Por outro lado, em relação aos demais segurados, o valor total do benefício de pensão por morte poderá exceder o valor do salário-mínimo, desde que o valor da aposentadoria a que o segurado falecido teria direito seja também superior ao salário-mínimo, e com isso, a inclusão de novos dependentes acarretaria aumento de despesas aos cofres da Previdência Social.

A inclusão de dependentes de famílias não-monogâmicas no rol de beneficiários para o recebimento de Pensão por Morte, como regra aplicável, não acarretaria a existência de um novo benefício, que possa violar o princípio da prévia fonte de custeio, pois

estaria somente distribuindo e rateando o benefício previdenciário entre os dependentes legítimos, a exemplo do que aconteceria da inclusão posterior na Pensão por Morte de um filho não reconhecido do segurado. Assim, exemplificarei para melhor compreensão: João, advogado, 35 anos, casado com Madalena, 32 anos, não teve prole com sua esposa, mas possui um filho não reconhecido Pedro, 8 anos e contribui para a Previdência Social no valor médio de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). João faleceu em 2023. Madalena, como única dependente legítima, requer Pensão por Morte ao INSS, sendo-lhe concedido o benefício no valor de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) [RMI => 50% de R\$ 4.000,00 + 10% por dependente]. Pedro, aos 10 anos, teve sua paternidade após ação judicial de reconhecimento de paternidade *pos mortem*. Com a paternidade reconhecida, Pedro terá direito ao benefício de Pensão por Morte dividido igualmente com Madalena, porém o valor do benefício será revisado e passará a ser de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais). Vê-se no exemplo que não houve a concessão de benefício previdenciário sem o devido custeio, mas sim a distribuição dos valores devidos entre os dependentes, o que é possível nas relações poliamoristas.

3.2.1.2. Auxílio-Reclusão e Relações Poliamoristas: reflexões sobre elegibilidade e reconhecimento legal

O auxílio-reclusão é um benefício previdenciário concedido aos dependentes de segurados do INSS que estejam cumprindo pena em regime fechado. Esse benefício tem como objetivo amparar financeiramente a família do segurado durante o período de sua reclusão, conforme se vê no artigo 116 do Decreto-Lei 3.048/99:

Art. 116. O auxílio-reclusão, cumprida a carência prevista no inciso IV do caput do art. 29, será devido, nas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio por incapacidade temporária, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. (BRASIL, 1999)

O benefício previdenciário é devido aos dependentes nas situações de reclusão do segurado do RGPS, cumpridos os demais requisitos de acesso à prestação na data da reclusão, independente da data do requerimento, exceto em caso de fuga do recluso, quando a análise de novo benefício será verificada em relação à data de nova

captura ou regressão de regime de cumprimento da pena. Nos termos dos artigos 116, §5º cumulado com artigo 119⁸, ambos do Dec. Lei 3.048/999 somente é devida a concessão auxílio-reclusão durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão em regime fechado, ou seja, em casos de livramento condicional, regime semiaberto e aberto não será devido o benefício.

Se o cumprimento da pena for domiciliar ou por monitoramento eletrônico do instituidor do auxílio reclusão, sendo o regime fechado, não haverá a cessação do benefício de auxílio-reclusão para os dependentes.

A continuidade do benefício também requer a manutenção desses requisitos, e assim sendo, se concedido o benefício por estar o segurado em regime fechado, havendo progressão para regime aberto ou semiaberto o benefício deverá ser cessado. Cabe ainda registrar a situação prevista no artigo 382, §1º, da IN 128/2022, *in verbis*:

Art. 382 [...]

§1º Equipara-se à condição de recolhido à prisão, a situação do maior de 16 (dezesesseis) e menor de 18 (dezoito) anos de idade que se encontre internado em estabelecimento educacional ou congênere, sob custódia do Juizado da Infância e da Juventude. (BRASIL, 2022)

Outro requisito é a necessidade de carência de 24 (vinte e quatro) meses de contribuição, ou seja, deve no mínimo 24 (vinte e quatro) meses de contribuição para o regime de previdência social, ou, no caso do segurado especial, a comprovação do exercício da atividade rural nessa condição por período semelhante, conforme 29 do Dec. Lei 3.048/99:

Art. 29. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social, ressalvado o disposto no art. 30, depende dos seguintes períodos de carência:

[...]

IV - vinte e quatro contribuições mensais, no caso de auxílio-reclusão.

⁸ Art. 116, §5º O auxílio-reclusão será devido somente durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado.

Art. 119. É vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado.

(BRASIL, 1999)

O terceiro requisito para a concessão do benefício é que o segurado seja considerado de baixa renda, além de não receber remuneração do empregador, ou benefício de auxílio por incapacidade temporária, pensão por morte, aposentadoria, salário maternidade ou abono permanência durante o período de reclusão, conforme registra o caput do artigo 116, do RPS. A condição de baixa-renda do segurado é verificada pela média dos salários recebidos apurados no período dos últimos doze meses anteriores a reclusão, nos termos do § 2º, do art. 383, da IN 128/22:

Art. 383 [...]

§ 2º Considera-se baixa renda para fins do disposto no inciso II do caput, aquele que na aferição da renda mensal bruta, pela média dos salários de contribuição apurados no período de 12 (doze) meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão, não supere o valor fixado na Portaria Ministerial vigente na data do recolhimento à prisão. (BRASIL, 2022)

Tradicionalmente, a legislação previdenciária define os dependentes elegíveis para o auxílio-reclusão, incluindo cônjuges, companheiros(as) e filhos(as) do segurado. No entanto, essa definição muitas vezes se baseia em conceitos tradicionais de família, o que pode excluir múltiplos parceiros envolvidos em relacionamentos poliamoristas.

Em relação aos dependentes dos segurados para fins de auxílio-reclusão, cabe salientar algumas especificidades. No tocante a filhos nascidos após a reclusão, o benefício será devido a partir do seu nascimento.

Para as relações monogâmicas de união estável ou casamento constituído após o recolhimento à prisão, tendo em vista a condição de dependente estabelecida após o fato gerador, haverá direito ao benefício previdenciário, desde que comprove a dependência financeira, conforme se vê na norma do artigo 116, §3º do Dec. Lei 3.048/99:

Art. 116. [...]

§3º Aplicam-se ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte e, no caso de qualificação de cônjuge ou companheiro ou companheira após a prisão do segurado, o benefício será devido a partir da data de habilitação, desde que comprovada a preexistência da dependência econômica. (BRASIL, 1999)

O artigo 389 da Instrução Normativa 128/2022 detalha melhor esta situação:

Art. 389. Se a realização do casamento ou constituição de união estável ocorrer após o recolhimento do segurado à prisão, o auxílio-reclusão não será devido, considerando que a condição de dependente foi estabelecida após o fato gerador.

Parágrafo único. Caso seja comprovada a existência de união estável antes da reclusão, será devido o benefício, ainda que o casamento seja posterior ao fato gerador. (BRASIL, 2022)

Quanto às relações poliamoristas, o benefício de Auxílio-Reclusão terá as mesmas implicações jurídicas que a Pensão por Morte, ressalvando que a concessão do benefício somente será feita, quando o poliamor foi caracterizado e provado antes da prisão do segurado instituidor do benefício.

Por fim, no que concerne ao valor do auxílio-reclusão, este será calculado na forma do artigo 106 e 117 do Decreto-Lei 3.048/99.

Art. 106. A pensão por morte consiste em renda mensal equivalente a uma cota familiar de cinquenta por cento do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de dez pontos percentuais por dependente, até o máximo de cem por cento.

§1º O valor da pensão por morte, no caso de morte de segurado recluso que tenha contribuído para a previdência social durante o período de reclusão, será calculado de modo a considerar o tempo de contribuição adicional e os correspondentes salários de contribuição.

§2º Na hipótese de haver dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão por morte será equivalente a cem por cento do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo do salário de benefício do RGPS, observado o disposto no § 1º do art. 113.

§3º O valor da pensão será recalculado na forma do disposto no caput, quando:

I - a invalidez ou deficiência intelectual, mental ou grave sobrevier à data do óbito, enquanto estiver mantida a qualidade de dependente;

ou

II - deixar de haver dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave.

[...]

Art. 117. O valor do auxílio-reclusão será apurado na forma estabelecida para o cálculo da pensão por morte, não poderá exceder o valor de um salário-mínimo e será mantido enquanto o segurado permanecer em regime fechado. (BRASIL, 1999)

Por fim, é fundamental analisar a legislação previdenciária e incorporar disposições que reconheçam e protejam os direitos dos dependentes em relacionamentos poliamoristas, por meio de decisões judiciais vanguardistas, pois estaria ampliando direitos concernentes à definição de dependentes, visando incluir todos os parceiros em um relacionamento poliamorista comprovado e que dependam financeiramente do segurado. Assim, é essencial garantir a igualdade de tratamento e o reconhecimento das diversas formas de família na sociedade contemporânea, garantindo que todos os dependentes, independentemente do arranjo familiar, tenham acesso aos benefícios previdenciários apropriados.

3.3 O DIRECIONAMENTO CONSERVADOR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A influência do Supremo Tribunal Federal no Direito de Família tem sido significativa, especialmente dentro do contexto da ideia de família pós-moderna. A noção de família pós-moderna é caracterizada por uma diversidade de arranjos familiares que fogem do modelo tradicional de núcleo familiar, composto por um homem, uma mulher e seus filhos.

É cediço que o Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil, desempenha um papel fundamental na interpretação e aplicação das leis, incluindo aquelas relacionadas ao Direito de Família. Ao longo dos anos, o tribunal tem se deparado com casos que demandam a análise de questões familiares complexas, como uniões homoafetivas, parentalidade socioafetiva, reprodução assistida, entre outras.

Uma das principais decisões do STF no Direito de Família é o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o Tribunal estendeu os direitos e deveres decorrentes da união estável para casais do mesmo sexo. Essa decisão foi um marco importante na garantia da igualdade e na proteção dos direitos de casais homoafetivos.

Além disso, o STF também se posicionou a favor do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, em que reconhece a existência de vínculos de filiação independentemente da relação biológica entre pais e filhos, conforme o Tema de Repercussão Geral 622: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.” Assim, o Supremo reforça importância dos laços de afeto e do cuidado mútuo na configuração das relações familiares, permitindo que pais e mães socioafetivos sejam reconhecidos legalmente como pais e mães, mesmo sem um vínculo biológico.

Essas decisões do STF têm impacto direto na vida das pessoas e refletem a evolução da sociedade e das concepções de família. O STF atua como um guardião dos direitos fundamentais, garantindo a igualdade, a dignidade e a liberdade de expressão e associação dos indivíduos no âmbito das relações familiares. No entanto, Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *leading case* RE 883168/SC, optou por maioria, promover uma interpretação mais conservadora da Constituição Federal, pois neste processo se discutiu, à luz dos artigos 201, V, e 226, §3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada.

A relatoria do Recurso Extraordinário nº 883.168/SC coube ao Ministro Dias Toffoli, que, seguindo orientação jurisprudencial firmada no Tema 529⁹, considerou incompatível com a Constituição Federal a existência de relação concubinária durante longo período., conforme ementa:

EMENTA

Direito Previdenciário e Constitucional. Recurso extraordinário. Sistemática da repercussão geral. Tema nº 526. Pensão por morte. Rateio entre a concubina e a viúva. Convivência simultânea. Concubinato e Casamento.

⁹ Leading Case: RE 1045273 / Tese: A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Impossibilidade. Recurso extraordinário provido.

1. Assentou-se no acórdão recorrido que, comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a concubina à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa. Tal orientação, contudo, contraria a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo paradigma do Tema nº 529 sob a sistemática da repercussão geral, in verbis: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídicoconstitucional brasileiro”.

2. Antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradoras com impedimento ao casamento). Erigida a união estável, pelo texto constitucional (art. 226, § 3º, da CF), ao status de entidade familiar e tendo o Código Civil traçado sua distinção em face do concubinato (art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do CC), os termos passaram a disciplinar situações diversas, o que não pode ser desconsiderado pelo intérprete da Constituição.

3. O art. 1.521 do Código Civil – que trata dos impedimentos para casar -, por força da legislação (art. 1.723, § 1º), também se aplica à união estável, sob claro reconhecimento de que a ela, como entidade familiar, também se assegura proteção à unicidade do vínculo. A espécie de vínculo que se interpõe a outro juridicamente estabelecido (seja casamento ou união estável) a legislação nomina concubinato (art. 1.727 do CC). Assim, a pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c/c o art. 1.521, VI, do Código Civil.

4. Considerando que não é possível reconhecer, nos termos da lei civil (art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do Código Civil Brasileiro), a concomitância de casamento e união estável (salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02), impende concluir que o concubinato – união entre pessoas impedidas de casar - não gera efeitos previdenciários.

5. A exegese constitucional mais consentânea ao telos implícito no microssistema jurídico que rege a família, entendida como base da sociedade (art. 226, caput, da CF), orienta-se pelos princípios da exclusividade e da boa-fé, bem como pelos deveres de lealdade e fidelidade que visam a assegurar maior estabilidade e segurança às relações familiares.

5. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável”.

6. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (BRASIL, 2021)

No voto, o eminente Relator se utilizou de seu voto de vista em caso similar do RE nº 1.045.273, que fixou o paradigma do tema nº 529, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

De fato, antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradoras com impedimento ao casamento).

Com a Constituição de 1988 elevando a união estável a entidade familiar e o Código Civil precisando com clareza sua distinção em face do concubinato, o emprego dos termos passou a ser absolutamente distinto.

Importante, ainda, frisar que, para efeito de distinção entre os institutos (união estável e concubinato), o art. 1.727 deve ser lido em conjunto com o art. 1.723, § 1º, do CC/02, segundo o qual não se aplicam os impedimentos ao casamento 'no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente'. Assim, para existir concubinato, é preciso que o parceiro casado esteja na constância fática da sociedade conjugal. Do contrário, a relação poderá – atendidos os demais requisitos – ser reconhecida como união estável.

Aqui, novamente, sob a vertente do direito como construção social, reconheceu-se que a pendência de dissolução do casamento (concretizável apenas pelo divórcio – art. 226, § 6º, da CF/88) não pode impedir o reconhecimento de uniões formadas entre pessoas que já estejam separadas.

A primazia, nesse caso, da realidade social considera o lapso temporal que, não raro, se faz necessário ao desfazimento do vínculo conjugal, a requerer do Estado o reconhecimento da nova união formada pelos que apenas aguardam o trâmite do divórcio.

Em nenhum outro caso, contudo, admite-se a cumulação de vínculos entre as figuras do casamento e da união estável, sob pena de se caracterizar o concubinato.

Assim, com a clareza trazida pela legislação, chega-se ao seguinte: casamento e união estável como institutos familiares distintos e não cumuláveis; e concubinato como qualquer situação na qual, salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02, se descumpra a unicidade requerida pelo direito pátrio.

Respondendo, assim, ao questionamento central desta repercussão geral, aponto a impossibilidade de cumulação de vínculos familiares, seja sob o título de casamento, seja sob a veste da união estável.

Ora, se uma pessoa casada não pode casar, por força do art. 1.521, VI, do Código Civil, e se uma pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c/c o art. 1.521, VI, do Código Civil, seguindo essa linha de argumentação, uma pessoa que esteja convivendo em uma união estável não pode ter reconhecida, simultaneamente, uma outra união estável.

Assim, caracterizada esteja uma união estável, a outra relação – ainda que demonstrada sua não eventualidade – se caracteriza como concubinato.

E quais os efeitos jurídicos atribuíveis ao concubinato?

A legislação não previu qualquer espécie de direito, mas a jurisprudência – ao tempo em que as uniões fáticas não eram juridicamente reconhecidas

como entidades familiares – construiu, sob as bases do Direito das Obrigações, o conceito de sociedade de fato.

[...]

A compreensão se molda ao enunciado da Súmula nº 380/STF, a qual, conquanto estabelecida ao tempo em que união estável era também nominada concubinato (sua aprovação data de 3/4/64), pode ser invocada para fins de partilha do patrimônio no âmbito do atual concubinato. Vide seu enunciado:

‘Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’.

[...]

Portanto, ratificando que o entendimento aqui firmado independe da relação ser heteroafetiva ou homoafetiva, concluo ser inviável o reconhecimento da concomitância de duas uniões estáveis (de dois casamentos, ou de um casamento e uma união estável), salientando, desde já, que não se trata de privilegiar a relação que primeiro for reconhecida, dada a possibilidade de ajuizamento de ação própria que permita o confronto dos fatos alegados e das provas produzidas, na direção da obtenção da verdade real.

Por essas razões, acompanho o Relator no não provimento do recurso extraordinário e na tese por ele proposta.” (BRASIL, 2021)

O entendimento firmado pelo relator foi seguido pela maioria dos magistrados da Corte Suprema, porém o voto divergente veio do Ministro Edson Fachin, qual sobrelevou o princípio da boa-fé nas relações da união estável de boa-fé:

Circunscrevo o voto em torno do estreito campo previdenciário. Por isso assento desde logo que é possível o reconhecimento de efeitos post mortem previdenciários a casamento e união estável concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva.

É certo que, em termos dilatados, o tema acolhido para o desate nesta Suprema Corte tem conexões diversas à luz da hermenêutica constitucional adequada sobre famílias, direitos, deveres, sob os limites e as possibilidades da Constituição da República.

Nada obstante, a nervura temática no cerne do caso se cinge a três pilares: a) benefício previdenciário; b) dependência; c) eficácia póstuma de relações pessoais cujo âmbito se almeja inclusão sob o agasalho da união estável de boa fé.

[...]

Como se vê, o casamento anulável ou mesmo nulo produz todos os efeitos até o dia da sentença que o invalida. Na situação dos autos, por causa da morte, cessaram as relações jurídicas, mas os efeitos, de boa-fé, devem ser preservados.

Ademais, a boa-fé se presume, inexistente demonstração em sentido contrário, prevalece a presunção, especialmente porque não se cogita de boa-fé subjetiva e, sim, de boa-fé objetiva.

Desse modo, uma vez não comprovado que esposa e companheira concomitantes do segurado instituidor, na hipótese dos autos, estavam de

má-fé, deve ser reconhecida a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes.

O fio condutor para o desate do tema, limitado ao campo previdenciário, jaz na boa-fé. A questão central, pois, reside na boa-fé.(BRASIL, 2022)

O enunciado em questão afirma que é incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários, como a pensão por morte, para pessoas que mantiveram uniões com aparência familiar com indivíduos casados. De acordo com o enunciado, o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável.

No que toca às relações poliamoristas, é importante frisar a existência do estabelecimento de vínculos afetivos entre mais de duas pessoas. No entanto, é possível inferir que essa questão também seria afetada pelo posicionamento firmado no Tema 526 do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, as relações poliamoristas não são reconhecidas legalmente no Brasil, uma vez que a legislação se baseia no conceito de família monogâmica, com a união estável e o casamento como modelos legalmente aceitos. Por ora, essa limitação legal impede que pessoas envolvidas em relacionamentos poliamoristas tenham seus direitos e proteções estatais equiparados aos das uniões afetivas reconhecidas.

Nesse contexto, o julgamento do RE 883.168/SC reforça a visão de que apenas as uniões resultantes do casamento e da união estável merecem a proteção e os benefícios estatais, excluindo outras formas de relacionamentos afetivos, como o concubinato e, por extensão, as relações poliamoristas.

É importante ressaltar que as discussões sobre a ampliação dos direitos e reconhecimentos legais para as relações poliamoristas estão em curso em diversos países, e há movimentos sociais e jurídicos em busca de uma maior inclusão e reconhecimento dessas formas de relacionamento. Contudo, no atual contexto jurídico brasileiro, o enunciado em questão reflete a visão predominante de que o concubinato e as relações poliamoristas não possuem a mesma proteção estatal atribuída ao casamento e à união estável.

As relações poliamoristas e o concubinato são conceitos distintos, mas podem apresentar algumas similaridades em termos de não conformidade com o modelo tradicional de união monogâmica. O concubinato é uma relação de convivência duradoura entre duas pessoas que não são casadas formalmente, mas vivem como se fossem casadas, mantendo uma aparência familiar. Historicamente, o concubinato esteve associado a relações extraconjugais, em que um dos parceiros era casado com outra pessoa. No entanto, atualmente, o concubinato é entendido como uma união de fato, sem a formalização do casamento, como apontado pelo Ministro Edson Fachin, em seu voto.

Por outro lado, as relações poliamoristas são caracterizadas pelo estabelecimento de vínculos afetivos e românticos entre mais de duas pessoas simultaneamente. No contexto poliamorista, há o consentimento mútuo e consciente de todos os envolvidos em manter relacionamentos íntimos e duradouros com múltiplos parceiros. Embora sejam conceitos distintos, tanto o concubinato quanto as relações poliamoristas desafiam a concepção tradicional de união monogâmica. Ambos questionam o modelo de relacionamento que limita a afetividade e a intimidade a uma única pessoa. Ambas as formas de união podem envolver o compartilhamento de responsabilidades, a convivência cotidiana e uma relação de compromisso entre os envolvidos.

No entanto, é importante ressaltar que o concubinato é uma relação não formalizada legalmente, enquanto as relações poliamoristas não são reconhecidas legalmente no Brasil. Ambos os arranjos podem enfrentar limitações jurídicas em termos de proteção estatal e garantia de direitos, uma vez que a legislação brasileira se baseia principalmente no casamento e na união estável como formas de união legalmente reconhecidas. Apesar dessas semelhanças e desafios enfrentados pelo concubinato e pelas relações poliamoristas, é importante reconhecer que são conceitos distintos, com características próprias e que são tratados de maneira diferenciada no âmbito legal e social.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1185337 RS, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, manteve a obrigação de prestação de alimentos à concubina idosa, dependente de prestador de alimentos:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.

2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.

3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial.

4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas.

5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (STJ - REsp: 1185337 RS 2010/0048151-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2015 RIOBDF vol. 93 p. 130 RSDF vol. 93 p. 130 RSTP vol. 93 p. 130)

É possível vislumbrar que a decisão do Supremo Tribunal Federal descurou os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade, nem sequer os mencionou, aplicando um entendimento conservador da Constituição Federal acerca dos arranjos monogâmicos familiares, o que pode influenciar diretamente no reconhecimento das relações poliamoristas, que são calcadas na boa-fé objetiva e liberdade amorosa.

CONCLUSÃO

A conclusão de um trabalho não deve se limitar a repetir as conclusões alcançadas ao longo do desenvolvimento. Isso pode tornar o texto repetitivo e dificultar a leitura da fundamentação. No entanto, é papel da conclusão fornecer um fechamento ao trabalho, indicando de que forma a pergunta formulada como problema foi respondida.

O objetivo central deste trabalho consistiu em estabelecer o reconhecimento de direitos previdenciários para todos os membros de uma entidade familiar poliamorista, utilizando como referência a Teoria dos Deveres Fundamentais de Casalta Nabais. Dessa forma, diante da seguinte pergunta: “É possível reconhecer a qualidade de dependente previdenciário para todos os componentes de famílias poliamoristas como um direito fundamental, sob a perspectiva da Teoria dos Deveres Fundamentais?”, foi possível chegar a uma tentativa de resposta.

Neste estudo, foram percorridos três pontos principais: i) Análise da conceituação e caracterização das famílias poliamoristas; ii) Aprofundamento da Teoria dos Deveres Fundamentais e sua aplicabilidade no contexto do ativismo judicial; iii) Investigação da possibilidade de reconhecimento dos direitos previdenciários para os membros das famílias poliamoristas.

Para a execução deste trabalho, foi adotada uma abordagem não convencional, iniciando-se com uma empreitada epistêmica que busca compreender a produção do conhecimento. Essa abordagem rejeita uma visão simplificadora e isolacionista do conhecimento e do Direito, adotando um prisma complexo que reconhece a interligação de diversos sistemas na construção do conhecimento. Essa compreensão permite rejeitar a razão determinista como única forma de produzir conhecimento, abandonando também a ideia de que é possível compreender elementos de forma completamente isolada.

No mundo moderno, o poder político da religião tem enfraquecido, especialmente devido ao fortalecimento da ideia de separação entre Igreja e Estado, um movimento crescente no Ocidente. Isso tem proporcionado uma maior liberdade para o estabelecimento de arranjos familiares diversos, sem que isso resulte em crime ou

perda de direitos para os envolvidos. No Brasil, o marco normativo dessa separação entre igreja e estado foi o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 ampliaram a proteção jurídica a outros tipos de entidades familiares além daquelas decorrentes do casamento legal. Portanto, pode-se afirmar que o Direito de Família, ou Direito das Famílias, é um conjunto de normas civis que regulam as relações que surgem no contexto da vida familiar, originadas tanto do casamento quanto da união estável, do parentesco por afinidade ou adoção, bem como dos institutos relacionados à tutela e à curatela. Assim, o conteúdo e o conjunto de disposições pessoais e patrimoniais reguladas pelo Direito de Família possuem natureza predominantemente de direito privado, e não de direito público.

No Direito de Família, as normas de ordem pública impõem deveres e limitam a autonomia das partes. Essa imposição visa estabelecer estabilidade nas relações familiares e proteger a família como base da sociedade. A Constituição de 1988 ampliou a concepção de família, permitindo a proteção de diversos modelos familiares. Esse processo reflete a humanização das relações familiares e valoriza a afetividade como elemento central. O Direito está se adaptando à diversidade e promovendo um ambiente inclusivo, respeitando a autonomia e dignidade das pessoas envolvidas.

A estruturação da família por meio das normas civis passou a ser interpretada de maneira mais flexível e abrangente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma nova concepção da família para o Direito. A ideia de que apenas a conjugalidade matrimonial seria a base da família foi superada, abrindo espaço para a proteção de uma variedade de modelos familiares que refletem a diversidade da realidade social. Esse processo foi resultado da despatrimonialização e repersonalização, que trouxeram uma humanização das relações familiares reguladas pelo Direito.

Os avanços normativos mais significativos surgiram na Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade de gênero dentro e fora do âmbito familiar (art. 5º, inciso I) e reconheceu famílias formadas não apenas pelo casamento. Na Constituição de 1988, a união estável entre um homem e uma mulher foi reconhecida como entidade

familiar, assim como a família formada por um dos pais e seus descendentes (art. 226 da CF/88). No entanto, o Código Civil de 2002 estabeleceu restrições para famílias poliamoristas e poliafetivas ao proibir o casamento quando já existir casamento ou união estável vigente, tratando essa condição como concubinato. Isso limita os direitos das famílias não-monogâmicas.

A tese estabelece o conceito de que as relações poliafetivas ou poliamoristas envolvem mais de duas pessoas, caracterizadas pela troca recíproca de afeto. É uma forma de relacionamento em que os praticantes têm múltiplos parceiros românticos, sem a necessidade de estipular uma quantidade específica de pessoas do mesmo gênero ou gêneros distintos.

A família poliamorista pode se apresentar em pelo menos três formas: a) poliamor homogêneo masculino, com união entre pessoas do sexo masculino apenas; b) poliamor homogêneo feminino, com a presença exclusiva de pessoas do sexo feminino; e c) poliamor heterogêneo ou misto, com a presença de ambos os sexos, independentemente da proporção entre eles. Esses modelos não-monogâmicos compartilham elementos característicos da união estável conforme descrito no Código Civil, como convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o intuito de formar uma família, diferindo apenas no aspecto da exclusividade (monogamia).

O poliamor consiste em um tipo de relacionamento não-monogâmico em que é aceitável amar e se relacionar com mais de uma pessoa. Sua base fundamental é a honestidade, sendo essencial o consentimento de todos os envolvidos. O poliamor implica em compromissos afetivos mútuos e múltiplos, envolvendo responsabilidades e valores que seguem uma ética própria. Segundo o Código Civil, os deveres conjugais, como fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos (artigo 1.566), assim como os deveres de lealdade e respeito nas uniões estáveis (artigo 1.724), têm o objetivo de preservar a boa-fé nas relações afetivas, conjugais e familiares. No entanto, também pode ser considerado uma forma de intervenção do Estado nos relacionamentos privados dos indivíduos.

A boa-fé traz consigo parâmetros de lealdade, honestidade e correção, incentivando um comportamento que esteja alinhado com a confiança estabelecida entre as

peças envolvidas. Dessa forma, o sistema jurídico busca proteger a confiança depositada nas expectativas de conduta dentro das relações poliafetivas. É importante destacar que existem diferenças significativas entre as relações poliamoristas e a visão geral do amor líquido proposta por Bauman. Enquanto Bauman enfatiza a fragilidade dos laços humanos na sociedade contemporânea, o poliamor, quando praticado de forma consensual e ética, busca construir relacionamentos sólidos e duradouros, embora possam envolver múltiplos parceiros.

O reconhecimento do poliamor como um direito fundamental traria uma série de impactos positivos para as pessoas envolvidas. Isso incluiria a garantia de segurança jurídica, com direito a benefícios como pensão alimentícia, herança, proteção social e outros direitos relacionados. Também permitiria o acesso a direitos trabalhistas e a proteção dos direitos parentais, assegurando o bem-estar e a proteção dos filhos envolvidos nas relações poliafetivas. Além disso, o reconhecimento das uniões poliafetivas contribuiria para combater a discriminação e o preconceito, promovendo uma cultura de respeito e aceitação.

O segundo ponto do estudo teve como objetivo investigar a Teoria dos Deveres Fundamentais e sua relação com o ativismo judicial. Esses temas estão interligados, uma vez que o ativismo judicial envolve uma abordagem em que os tribunais desempenham um papel mais ativo na interpretação da Constituição e na aplicação das leis, muitas vezes extrapolando os limites estritos do texto legal para proteger os direitos e interesses dos cidadãos. A Teoria dos Deveres Fundamentais surgiu como uma forma de proteger os direitos humanos e garantir o bem-estar da sociedade. Seu objetivo é identificar os deveres mínimos que devem ser cumpridos pelo Estado e pela sociedade como um todo, visando assegurar a proteção da dignidade da pessoa humana e o bem-estar coletivo. Essa teoria teve origem na Alemanha, no final do século XIX, como uma maneira de superar as limitações do individualismo liberal e do estatismo.

No Brasil, a Teoria dos Deveres Fundamentais tem sido aplicada como um instrumento para garantir os direitos humanos, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos sociais. O Supremo Tribunal Federal (STF) desempenhou um papel importante nesse contexto ao afirmar que os deveres fundamentais têm como

objetivo proteger os valores sociais do Estado democrático de direito e, assim, garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Essa posição foi expressa em uma decisão significativa do STF na ADPF nº 153.

Os fundamentos da Teoria dos Deveres Fundamentais incluem o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental, a importância da solidariedade e da justiça social, e a necessidade de proteção dos direitos humanos básicos. Segundo Immanuel Kant, filósofo alemão, os deveres fundamentais são aqueles baseados na dignidade da pessoa humana e devem ser cumpridos independentemente de outras considerações. O dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundamentada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais aos sujeitos submetidos a uma determinada ordem democrática. Esses deveres podem ser passíveis ou não de sanção e têm como finalidade promover os direitos fundamentais. O dever de solidariedade deriva da cooperação, eticidade e reciprocidade. A cooperação está relacionada com a aceitação mútua das regras da relação jurídica pelos envolvidos. A eticidade está ligada à ideia de boa-fé objetiva, e a reciprocidade está relacionada à estabelecimento de direitos e deveres entre os sujeitos.

O princípio da solidariedade é um dos pilares da teoria dos deveres fundamentais, buscando reforçar a importância da responsabilidade coletiva na proteção dos direitos humanos e no bem-estar da sociedade. Esse princípio destaca que todos os indivíduos têm a responsabilidade de contribuir para a realização dos direitos humanos e para o bem-estar coletivo, e que é necessário agir de forma solidária para alcançar esses objetivos. De acordo com o princípio da solidariedade, cada indivíduo tem a responsabilidade de contribuir para a realização dos direitos humanos e para o bem-estar coletivo, independentemente de sua condição social, econômica ou política. Isso implica em ser solidário com aqueles que estão em situação de necessidade, e tanto o Estado quanto a sociedade devem colaborar para assegurar a proteção dos direitos humanos. O princípio da solidariedade ressalta ainda a importância de agir de maneira ética e responsável em relação aos direitos humanos e ao bem-estar da sociedade. Isso significa tomar decisões e agir de forma a proteger os direitos humanos e garantir o bem-estar coletivo, mesmo que isso envolva sacrificar interesses pessoais.

A Constituição reconhece a família como base da sociedade (art. 226, caput CF/88) e admite outras formas de entidades familiares, como a união estável. A família não se limita apenas às formas expressamente mencionadas na Constituição, mas também abrange famílias unidas por diferentes laços, sejam eles naturais, por afinidade ou por vontade expressa. A Constituição atribui deveres à família, como o dever de proteger crianças e adolescentes (art. 227).

O reconhecimento da afetividade como um princípio jurídico foi um avanço importante na humanização do Direito de Família. Agora, as relações familiares são entendidas não apenas em termos de interesses patrimoniais, mas também como relações baseadas no afeto, na reciprocidade e no cuidado mútuo. Essa mudança de perspectiva valoriza a dignidade de todas as pessoas envolvidas nas relações familiares, respeitando as diferenças e promovendo a igualdade. A autonomia das partes é valorizada, permitindo que as famílias exerçam sua liberdade de planejamento familiar e façam escolhas adequadas às suas necessidades e valores. O Estado intervém de forma mais restrita nas questões familiares, respeitando a esfera privada e garantindo que as famílias tenham autonomia para conduzir suas próprias relações.

A visão da Constituição sobre a família passou de uma perspectiva institucional para uma visão instrumental, onde a família é considerada um meio para que as pessoas desenvolvam sua personalidade e busquem a realização pessoal.

O ativismo judicial surge como uma medida de emergência para proteger o Estado Democrático de Direito, e envolve uma interpretação expansiva da Constituição, na qual os sentidos da norma têm um significado maior do que o presente no texto legal. O ativismo judicial busca uma atuação proativa do Judiciário na concretização dos valores e objetivos constitucionais, muitas vezes assumindo o papel de legislador, como visto na judicialização.

O papel do Judiciário como legislador negativo não é prejudicial quando exercido de forma proporcional. Quando o Judiciário utiliza o ativismo para concretizar direitos fundamentais, isso não é abusivo, mas sim garantidor e mantenedor do Estado

Democrático de Direito. O juiz, ao buscar a concretização dos direitos fundamentais, deve ter consciência de que o Direito pode ser politizado, mas não é política em si. A concretização dos Direitos Fundamentais depende do ativismo judicial, pois o magistrado, por meio desse novo “Poder Judiciário”, assume um papel mais ativo do que meramente interpretativo, muitas vezes atuando como legislador com o objetivo de assegurar os direitos e garantias.

Os precedentes judiciais, a jurisprudência e as súmulas desempenham papéis distintos, sendo os precedentes decisões específicas de casos, a jurisprudência o conjunto de decisões consistentes de um tribunal sobre uma questão, e a súmula o resumo normativo de uma jurisprudência dominante. É possível encontrar um equilíbrio entre os precedentes judiciais e o ativismo judicial. Os precedentes não devem ser vistos como intocáveis, pois a evolução social exige uma interpretação atualizada e progressista das leis. Nesse sentido, o ativismo judicial pode reinterpretar os precedentes à luz dos valores e princípios constitucionais, promovendo a justiça e a igualdade.

O dever fundamental do Estado de reconhecer todos os tipos de família é coerente com as tendências sociais e culturais atuais. A diversidade e pluralidade da sociedade exigem que o Estado se adapte às novas demandas e necessidades das pessoas. O princípio da solidariedade orienta a atuação do Estado, garantindo a proteção, promoção e desenvolvimento pleno das famílias.

A proteção às famílias, embasada no princípio da solidariedade, é essencial para superar desigualdades e discriminações, construindo uma sociedade justa e inclusiva. O julgamento das ADI 4277 e ADPF 132 marcou uma mudança no entendimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. O voto proferido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto enfatizou o direito à igualdade, reconhecendo que a felicidade das pessoas deve ser realizada de acordo com sua orientação sexual.

Apesar de a Constituição limitar a união estável ao homem e à mulher, o Ministro Relator interpretou-a de forma coerente, evitando um discurso preconceituoso ou homofóbico. O Poder Judiciário, por meio de um processo de modificação difusa da Constituição, promove uma nova interpretação do texto, mantendo a substância, mas

alterando o sentido das normas para acompanhar as transformações sociais. No Brasil, também ocorreram casos de *overruling* no direito de família, nos quais tribunais superiores revogaram precedentes anteriores para adequar o entendimento jurídico às mudanças sociais.

O último ponto da tese defendeu o reconhecimento jurídico das relações poliamoristas para fins previdenciários, com base nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento da afetividade como valor jurídico fundamental nas relações familiares representa uma evolução do sistema jurídico, que vai além da dimensão puramente patrimonial ou biológica.

As multiconjugalidades poliamoristas estabelecem vínculos afetivos e socioafetivos significativos, semelhantes aos das uniões conjugais monogâmicas. A diferença reside apenas na presença ou ausência de monogamia. No entanto, a monogamia ainda é valorizada de forma desproporcional em relação à afetividade, o que não é coerente nem razoável na sociedade contemporânea que reconhece a pluralidade das formas de família.

A restrição da concessão de pensão por morte a apenas um dependente na qualidade de cônjuge/companheiro exclui a realidade das famílias poliamoristas. Essas famílias não devem ser confundidas com infidelidade conjugal, pois se baseiam em relacionamentos consensuais com deveres de lealdade e fidelidade entre todos os envolvidos. Portanto, é necessário garantir proteção social e respeito à dignidade de todos os membros dessas famílias, reconhecendo e assegurando seus direitos previdenciários.

O reconhecimento jurídico-administrativo de relações poligâmicas ou poliândricas pelo INSS já ocorreu em casos envolvendo comunidades indígenas, mesmo sem uma previsão legal específica. Esses reconhecimentos foram baseados em uma reflexão promovida pela autarquia previdenciária, levando em consideração aspectos culturais e particularidades das comunidades indígenas. No entanto, no contexto do poliamor, o reconhecimento legal é limitado devido às restrições da legislação previdenciária, que se baseia em conceitos tradicionais de família.

Apesar disso, é necessário ponderar a lógica de compartilhamento de recursos e a dependência econômica existente em relacionamentos poliamorosos. O princípio da solidariedade familiar, que embasa a Previdência Social, busca amparar dependentes economicamente vulneráveis. Portanto, argumenta-se que em relacionamentos poliamorosos duradouros e com compartilhamento de recursos, seria razoável considerar o rateio dos benefícios previdenciários entre os companheiros que comprovem a dependência econômica.

No entanto, uma recente decisão do STF (Tema 526) estabeleceu que o reconhecimento de direitos previdenciários, como pensão por morte, para pessoas em uniões paralelas (concubinato) é incompatível com a Constituição Federal. Essa decisão pode influenciar diretamente o reconhecimento das relações poliamoristas, uma vez que indica uma visão conservadora acerca dos arranjos familiares monogâmicos.

Atualmente, as relações poliamoristas não são reconhecidas legalmente no Brasil, o que limita o acesso a direitos e proteções estatais equivalentes aos das uniões afetivas reconhecidas. No entanto, é importante ressaltar que o debate sobre o reconhecimento legal das relações poliamoristas está em curso, com movimentos sociais e jurídicos buscando uma maior inclusão e reconhecimento dessas formas de relacionamento.

É fundamental que o Poder Judiciário, ao enfrentar diretamente a questão, considere os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade, bem como a boa-fé e o afeto presentes nas relações poliamoristas, em conformidade com o dever fundamental de proteção às famílias.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ivy de Souza; FABRIZ, Daury Cesar. **O dever fundamental de proteção do meio ambiente e seu fundamento na solidariedade: uma análise à luz do holismo ambiental**. *Derecho y Cambio Social*. Ano 11, Nº. 35, 2014.

ABREU, Ivy de Souza; SAMPAIO, Flávia Duarte Ferraz. **A Conservação Ambiental sob a Ótica dos Acadêmicos de Ciências Biológicas e Direito**. *Cadernos Camilliani*. Cachoeiro de Itapemirim, v. 8 - n.1, p. 71-81, 2007

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família**. 2009.

AMADO, Frederico. **Direito e processo previdenciário**. Editora Jus podivm, 6ª edição, 2015.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015.

ANAPOL, Deborah. **Polyamory in the 21st century: love and intimacy with multiple partners**. Lanham/USA, Plymouth/UK: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2004.

ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus; DE MELO, Maria Izabel. **Manual do direito civil**. 3ª edição, São Paulo, Juspodivm, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: ed. Malheiros, 2011.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal - Parte Geral**. Vol. 1., 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 17, 18 e 260.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1989**. Disponível em: <http://www.balera.com.br/wp-content/uploads/2018/03/A-seguridade-Social-naConstituic%CC%A7a%CC%83o-de-1988-%E2%80%93-Wagner-Balera_.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

Bauman, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar, 2007.

Bíblia Sagrada NVI. Trad. Comissão de Tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo. Editora Vida, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5a ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional, 1891.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: D. Pedro I, em 25.03.1824.

BRASIL. **Decreto 119-A**. Em 07/01/1990.

BRASIL. **Lei 6001/73**. Dispõe sobre Estatuto do Índio.

BRASIL. **Regulamento da Previdência Social**. Decreto 3.048/1999. Brasília, DF, 1999.

BRASIL. INSS. **INSTRUÇÃO NORMATIVA PRES/INSS Nº 128, DE 28 DE MARÇO DE 2022**.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 23 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 597471/RS**. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. Recorrente – União. Recorrida – Nadja Gomes. Julgamento em 09 de dezembro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico – Brasília/DF,

15 de dezembro de 2014. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402646687&dt_publicacao=15/12/2014. Acesso em 01 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1348458/MG**. 3ª Turma. Processo em Segredo de Justiça. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 8 de maio de 2014. DJE, Brasília – DF, 25 de junho de 2014. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 15 de abril de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1185337/RS** 2010/0048151-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2015 RIOBDF vol. 93 p. 130 RSDF vol. 93 p. 130 RSTP vol. 93 p. 130

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 526 – Repercussão Geral. RE 669465/ES**. Recorrente - Instituto Nacional Do Seguro Social – INSS. Recorrido - Shirley Maria Da Penha Bussular. Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 9 de março de 2012. Diário de Justiça – Brasília/DF, 16 de março de 2012. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4190187>. Acesso em 15 fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 DF**, Relator(a): Min. AYRESBRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 RJ**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 883168/SC**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 02/04/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. Corregedoria. Ministro Relator: João Otávio de Noronha. 48ª Sessão Extraordinária. Data do Julgamento: 26/06/2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudencialdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 01 de março de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Embargos Infringentes nº 93883320068070005 DF0009388-33.2006.807.0005, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 09/02/2009, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/04/2009, DJ-e Pág. 44.

Campilongo, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. Editora Max Limonad. São Paulo/SP. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário**. 2009. 134 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando várias**: individualização, redes, ética e poliamor. Lisboa. Dissertação de Mestrado em Ciências da Comunicação, apresentada à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, da Universidade Nova de Lisboa, 2010. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/5704/1/Tese%20Mestrado%20Daniel%20Cardoso%2016422.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2023.

CARDOSO, Daniel dos Santos. **Poliamor e Psicologia**. Palestra proferida no Núcleo de Estudantes de Psicologia da Universidade de Évora (Portugal) - NEPUE. 28.02.2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=6UL04xG5gNc>. Acesso em 15 de fevereiro de 2023.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 8º Ed. Saraiva Educação. São Paulo-SP. 2020

CITTADINO, Gisele. **Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Revista Alceu, v.5, n.9, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família; sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COIMBRA, José dos Reis Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro:Edições Trabalhistas, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Regina Helena. **O Princípio Da Solidariedade Social No Sistema Tributário Nacional**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza. Volume 39.1 - Jan./jun.2019. p. 21-32. <
<http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/Nomos%2039-1/Nomos%2039-1>>

CRAMER, Ronaldo. **Precedente judiciais**: teoria e dinâmica.-1.ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DALLARI, Dalmo. **Direitos e deveres da cidadania**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/deveres.htm>> Acesso em 01 de abril de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf.
DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 9a ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

DIAS, Maria Berenice. Sítio eletrônico, 2016. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_552\)poliafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_552)poliafetividade.pdf) Acesso em 01 de fevereiro de 2023.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Deveres Fundamentais, In: Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Estado Social e Princípio da Solidariedade**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas. 20ª Edição 2016.

DUQUE, Bruna Lyra, PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Os Deveres Fundamentais E A Solidariedade Nas Relações Privadas**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, julho/dezembro de 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito** – 1.ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio** (Tradução de Luís Carlos Borges). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade y eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.) **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciências sociales. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. In: MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**, Volume 3. São Paulo: Alfa-Omega, 1984, p. 7-143.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. Salvador: JusPodivm, 2017.

FIGUEIREDO, **Anna Paula Cavalcante Gonçalves**. Família: a reafirmação pela Lei.

FOGAÇA, Marcos Vargas, VARGAS, Mateus Vargas. **Sistema de Precedentes Judiciais Obrigatórios e a flexibilidade do Direito no Novo Código de Processo Civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, N 67. p. 509 – 534, julho/dezembro de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito da (o) amante – na teoria e na prática (dos tribunais)**. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano>.

GAGLIANO; PAMPLONA, Pablo Stolze; Rodrigo Filho. **Manual de Direito Civil: Direito de família- as famílias em perspectiva constitucional**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GLEZER, Rubens. Ratio Decidendi. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidendi>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 14ª ed., São Paulo, 2017.

GRECO, Marco Aurélio; GODOI Marciano Seabra de (coord.) **Solidariedade social e tributação**, São Paulo: Dialética, 2005.

GRUDEM, Wayne A. **Teologia Sistemática**. São Paulo. Editora Vida Nova, 2009.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **CNJ proíbe cartórios de fazerem escrituras públicas de uniões poliafetivas**. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+de+fazere+m+escrituras+p%C3%BAblicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>. IBDFAM, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret. 2003.

LIMA FILHO, Eduardo Neves. **O uso dos precedentes judiciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: arejando nossas ideias a repsoeito de amor e sexo – novas tendências**. Rio de Janeiro: Bestseller, 2007.

LIXA, Ivone Fernandes Morcila. Pluralismo Jurídico: insurgência e ressignificação hermenêutica *in* **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. *In* Congresso Brasileiro de Direito de Família e Cidadania. Anais. Belo Horizonte, IBDFAM, 2002.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedentes judiciais como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo cpc.** Revista temas atuais de processo civil, v.1, n.6, dez 2011. disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br> Acesso em 15 de março de 2023.

MACÊDO, Lucas Burril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito Segundo. **Fundamentos do direito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Escritura de união poliafetiva: impossibilidade.** Jornal Carta Forense, São Paulo, Edição n. 114, p. B26. Novembro de 2012.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de Família.** 7ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. **Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy.** In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). Direitos, deveres e garantias fundamentais. Salvador: Juspodium, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELO, Rafael de Oliveira. **Relacionamentos não monogâmicos no direito brasileiro: o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro aos relacionamentos conjugais não monogâmicos.** 2021. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/2380450>>. Acesso em 03 de nov. de 2022.

MOURA, Alexandrina Saldanha Sobreira de. Reserva da biosfera da caatinga. In: Maria Auxiliadora Garigli (et al.), organizadores. **Uso sustentável e conservação dos recursos florestais da caatinga.**_Brasília: Serviço Florestal Brasileiro, 2010.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** In: Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

NABAIS, José Casalta. **Solidariedade social, cidadania e direito Fiscal.** In: Por um Estado Fiscal Suportável: estudos de direito fiscal. Coimbra. Almedina. 2005.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estáveis com mais de um(a), pode?** Sítio eletrônico. Disponível em: <http://www.familiaesucessoes.com.br/?p=2445> Acesso em 23 de março de 2023.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do direito e marxismo**. 1a ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PASSOS, Anderson. **Família de ontem e de hoje: estudo sobre os aspectos constitucionais e civis do poliamor**. ano 52, n. 1, Maceió: Letras Jurídicas, dez 2014, p. 50-62.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Ensaio crítico: do político ao jurídico /** organizadores Cássius Guimarães 1. ed Chai, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Valena Jacob Chaves Mesquita. – 1. ed. - Campos dos Goytacazes, RJ: Brasil Multicultural, 2016.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Deveres Humanos em Situações de Calamidade Sanitária**. BAHIA, Saulo José Casali (Coord.) Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / coordenação e organização de Saulo José Casali Bahia, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins e Rodolfo Pamplona. São Paulo: Editora Iasp, 2020. volume 3. 708p.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). **Constituição, democracia e justiça: aporte para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. 11ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Volume V**. 25ª ed., São Paulo, 2017.

PILÃO, Antonio Cerdeira. **Poliamor: um estudo sobre identidade e gênero**. Dissertação (Mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

PIEPER, Marianne; BAUER, Robin. Mono-normativity and polyamory. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON POLYAMORY & MONO-NORMATIVITY, 2005, Hamburgo, Alemanha. Anais... Hamburgo: Universidade de Hamburgo, 2005. Disponível em: <<https://www.polyamory.ch>>.

PILECCO, Fabiane Segabinazi; ORIBES, Natália Caroim; TOLFO, Andreia Cadore. **A possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões estáveis poliafetivas como entidades familiares à luz dos princípios norteadores do direito das famílias**. Revista da Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa-Congrega Urcamp, v. 17, p. 205-222, 2021.

PORTO, Duina. **Mononormatividade, intimidade e cidadania**. E IS DI EI G S PAULO | V. 14 N. 2 | 654-681 | MAIO-AGO 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0654.pdf> Acesso em 30 de março de 2019.

PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. Dissertação de Mestrado - João Pessoa, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RINCO, Ana Carolina; DE LORETO, Maria das Dores Saraiva. **Evolução histórica e legislativa da família. Memória em diálogo [livro eletrônico]: variantes da história, política e cultura do Brasil: volume 1** / Organizadores Diogo Luiz Lima Augusto, Patrícia Gonçalves de Freitas. – Rio de Janeiro, RJ: e-Publicar, 2021.

ROTONDONO, Ricardo Oliveira. **Fundamentos pela abertura jurídica ao Poliamor: liberdade, democracia e Pluralismo**. REJUR - Revista Jurídica da UFERSA Mossoró, v. 2, n. 3, jan./jun. 2018, p. 139-156.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. Forense. Rio de Janeiro. 2014.

RUSCHEL, Caroline Vieira. **O dever fundamental de proteção ambiental**. Direito & Justiça – Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Rio Grande do Sul, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez., 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: Da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Setor de ciências Jurídicas. Curitiba, 003. 201.p. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/59793/D%20-%20CARLOS%20EDUARDO%20PIANOVSKI%20RUZYK.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 10 de abril de 2023.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el common law**. Madrid: Civitas, S.A., 1995.

SHEFF, Elisabeth. **An introduction to polyamory**: definitions, terminology, and details. In: SSTAR: 32nd Annual Meeting. Papers. Atlanta: Society for Sex Therapy & Research, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 38ª edição, 2015, São Paulo-SP.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **“Unp” é um estelionato jurídico**. São Paulo, sítio eletrônico de Migalhas, 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI165014,81042-Uniao+poliafetiva+e+um+estelionato+juridico>.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco?** Revista Brasileira de Direito Civil, volume 2, 2014. p. 61 – 79. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/121/115>.

STRECK, Lênio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512448>.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 3 v.

VASCONCELOS, Isadora Irineu. **A evolução histórica da família na antiguidade e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. Disponível em <<http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/597>>.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. **Monogamia não é princípio jurídico: instrumento de opressão da mulher e de controle do patrimônio**. Revista de Estudos Jurídicos UNA, v. 6, n. 1, p. 1-35, 2019.

VIEIRA, T. T. **Desapropriação de propriedade rural produtiva para fins de reforma agrária: efetivação de direitos fundamentais a partir de uma perspectiva ambiental constitucional fundada na justiça social.** Revista De Direitos e Garantias Fundamentais, pag 83-100. 2009. Vitória- ES.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História Do Direito.** 3a ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3a ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZON, Giulia Freitas Barbosa Gama et al. **A proteção legal dos novos arranjos familiares.** 2018.