



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

**DEBORAH COSTA DINIZ AUGUSTO**

**UNIÃO POLIAFETIVA E SUA CONSTITUCIONALIDADE**

**Assis/SP  
2017**



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**DEBORAH COSTA DINIZ AUGUSTO**

## **UNIÃO POLIAFETIVA E SUA CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Dra. Elizete Mello da Silva e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

**Orientando(a):** Deborah Costa Diniz Augusto  
**Orientador:** Dra. Elizete Mello da Silva.

**Assis/SP  
2017**

## FICHA CATALOGRÁFICA

A923u Augusto, Deborah Costa Diniz.  
União Poliafetiva e sua Constitucionalidade/ Deborah  
Costa Diniz Augusto. Assis, 2017.

72 páginas

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação  
Educativa do Município de Assis - FEMA

Orientadora: Dra. Elizete Mello da Silva

1.Casamento 2. União Poliafetiva. 3. Liberdades Fundamentais  
CDD 342.1628

# UNIÃO POLIAFETIVA E SUA CONSTITUCIONALIDADE

**DEBORAH COSTA DINIZ AUGUSTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

**Orientador:**

---

Dra. Elizete Mello da Silva

**Examinador:**

---

MAURÍCIO DORÁCIO MENDES

Assis/SP

2017

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, meu agradecimento primordial é a Deus, pois foi Ele quem permitiu que tudo isso acontecesse ao longo dessa jornada, e não somente nestes anos como universitária, mas em todos os momentos. Deus é o meu maior mestre, bem como é o maior mestre que alguém pode conhecer. Acredito que sem Ele não podemos fazer nada, pois Ele deu seu único filho para morrer em nosso lugar e para que pudéssemos viver aqui na terra. Por isso, creio piamente na sua grandeza e no seu poder de nos manter vivos e com saúde. Agradeço a Ele todos os dias por renovar minhas forças, me dar saúde, e, ainda, nos momentos em que eu estava cansada, querendo muitas vezes desistir, Ele me deu forças para continuar e concluir esse trabalho. Essa jornada ainda continua, e sei que, com Ele, serei vitoriosa, pois tenho fé que está ao meu lado todos os dias, em todos os momentos.

A minha família, aos quais farei menção pela grande ajuda diretamente, e aos que indiretamente também me ajudaram, serei eternamente grata.

Ao meu esposo Marcos, pessoa com quem amo partilhar a vida. Com você me sinto completa. Obrigada pelo carinho, paciência e por sua capacidade de me trazer paz nos momentos da correria de cada semestre. Agradeço por você ter me mostrado esse caminho tão belo que é a vida acadêmica do Direito, e, ainda, por estar ao meu lado desde o início, me incentivando, encorajando para cada dificuldade vivenciada.

Ao meu filho Theo, que embora não tenha conhecimento disto, veio em um momento muito oportuno nas nossas vidas, trazendo ainda mais alegria para a nossa família. E, aqui, gostaria de ressaltar que a maternidade é uma experiência maravilhosa. Percebi que o significado de ser mãe é descobrir um amor especial, diferente de todos outros que já conheci anteriormente, pois é um amor incondicional. Minha vida passou a ter um novo sentido, ter um filho é um sonho, uma plenitude, é dádiva de Deus.

Agradeço ainda, aos meus pais, Sergio e Vera, e aos meus sogros, Renato e Roseli, que considero e os tenho como pais, os quais sempre me incentivaram a estudar. Posso dizer que com toda a correria do dia a dia, eles estão sempre dispostos a me ajudar. Serei eternamente grata à minha mãe, que é também uma grande amiga, ajudando nos cuidados com meu

filho para que eu possa estudar para as provas, bem como a desenvolver o estágio.

Aqueles com quem estagiei na Justiça Estadual e Justiça Federal, com especial carinho a 2ª Vara Cível da Justiça Estadual, pois, desde o primeiro ano da faculdade, aprendi que ser profissional é, antes de tudo, ser humano, ser correto, comprometido e gentil com as pessoas.

Aos meus professores que são os grandes responsáveis pela conclusão dessa etapa acadêmica.

A minha orientadora Elizete Mello, por acreditar na minha capacidade e contribuir imensamente como professora, profissional e como amiga, para que este trabalho, assim como os projetos de iniciação científica, fosse concluído da forma como planejada.

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo dissertar a respeito da constitucionalidade dos novos modelos de entidade familiar, mormente, as uniões poliafetivas. Analisando o contexto familiar que surgiu muito antes do direito, dos códigos, da influência do Estado e da igreja na vida das pessoas, verifica-se que a humanidade sempre se portou e se mostrou de forma aglomerada, tendo em vista a necessidade do homem em viver em sociedade. Com efeito, família é uma sequência de relações, que muda a cada geração, que se transforma com a evolução social. Assim, a presente dissertação versa sobre as modificações no âmbito familiar, como a afetividade como base nas relações familiares e a própria União Poliafetiva. A instituição do casamento sofreu várias alterações no âmbito social, econômico, religioso e jurídico. Alguns princípios nortearam o valor legal e moral da instituição familiar. Portanto, o objetivo é contribuir com o debate da evolução histórica da família em nosso ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Poliafetividade; Família; Moralidade; Constitucionalidade; Sociedade.

## ABSTRACT

This paper aims to show about the constitutionality of the new models of family entities, especially poly-affective unions, analyzing the family context that emerged long before law, codes, influence of the state and the church in people's lives. Mankind has always behaved and showed itself in an agglomerated way, in view of man's need to live in society. Indeed, family is a sequence of relationships that changes as each generation, which changes with the evolution of culture. This paper deals with changes in the family context, and we currently have family relationships based on affectivity, as is the case of the Poliaffective Union. The institution of marriage has undergone several changes in the social, economic, religious and legal scope. Some principles guided the legal and moral value of the family institution. Therefore, the objective is to contribute to the debate on the historical evolution of the family in our legal system.

**Keywords:** Polaffectivity; Family; Morality; Constitutionality; Society.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>16</b>
<b>2. ORIGEM DA FAMÍLIA.....</b>	<b>16</b>
2.1 A FAMÍLIA NA GRÉCIA.....	18
2.2 A FAMÍLIA NA ROMA.....	19
2.3 A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO.....	20
2.4 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	21
<b>CAPÍTULO 2 – ANÁLISE DA DECISÃO DO STF DE EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>31</b>
<b>3. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>31</b>
3.1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.....	32
3.2 O VOTO DO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)	37
3.3 A APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.726, DO CÓDIGO CIVIL, NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS .....	41
3.4. OS EFEITOS DO DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO HOMOAFETIVA – ANTES DA ADIN 4277 .....	43
3.5 A ANÁLISE AO DIREITO SUCESSÓRIO HOMOAFETIVO APÓS A ADIN 4277 .....	48
<b>CAPÍTULO 3 - A UNIÃO POLIAFETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 1988 .....</b>	<b>52</b>
<b>4. CONCEITO DE UNIÃO POLIAFETIVA .....</b>	<b>52</b>

4.1 A PRIMEIRA ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO POLIAFETIVA REALIZADA NO BRASIL.....	54
4.2 REQUISITOS DA UNIÃO POLIAFETIVA.....	55
4.3 CASOS DE UNIÃO POLIAFETIVA NO BRASIL .....	56
4.4 DECISÃO A SER TOMADA PELO PODER JUDICIÁRIO.....	58
4.5 A MORAL E SEUS REFLEXOS DENTRO DA UNIÃO POLIAFETIVA	59
4.6 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A NOVA CONCEPÇÃO SOBRE FAMILIA .....	61
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>66</b>
<b>6. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>69</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A ideia de família surgiu muito antes do direito, dos códigos, da influência do Estado e da igreja na vida das pessoas. A humanidade sempre se portou e se mostrou de forma aglomerada, tendo em vista a necessidade do homem em viver em sociedade. Com efeito, família é uma sequência de relações que muda a cada geração e se transforma com a evolução social.

Analisando o fenômeno social sobre a família, seus conceitos e origens, fazendo uma análise histórica, a qual começou no direito antigo, passou para o direito intermediário e chegando ao direito contemporâneo, obtém-se uma perspectiva cada vez mais evolutiva em relação ao sentido primordial da família. Entretanto, o sentido de família pode apresentar inúmeros significados para diversas áreas das ciências humanas, como história, sociologia, psicologia, antropologia e direito.

Os princípios, valores e modelos de família foram se alterando, e, hoje, diante da Carta Magna de 1988, há um capítulo que trata especificamente do assunto, sendo, a família, base da sociedade, obtendo a proteção do Estado. Alguns princípios nortearam o valor legal e moral da família. Por sua vez, a instituição do casamento sofreu várias alterações no âmbito social, econômico, religioso e jurídico. Contudo, o que podemos afirmar é que a família existe, ainda que de forma involuntária e natural, com a função essencial à integridade e a dignidade de seus entes.

Deste modo, descrever a instituição familiar e sua origem é perceber suas diversas representações se transformando de acordo com o contexto na qual está inserida. Evidente que não se trata de uma forma simples e fácil de ser analisada, especialmente no âmbito jurídico.

Assim, o objetivo deste trabalho foi justamente contribuir com o debate da evolução histórica do direito de família em nosso ordenamento jurídico, percorrendo sua concepção e mutação histórica refletida nos códigos civis de 1916 e 2002, passando pelos princípios constitucionais do Direito de Família, bem como o princípio jurídico da Dignidade da Pessoa Humana, na qual se encontra no afeto o maior pressuposto da unidade familiar.

A base familiar contemporânea no afeto vem se transformando em outros padrões como união estável, união homoafetiva, a família monoparental e atualmente, como objeto deste trabalho, a união poliafetiva.

Nessa senda, observamos que a família vem alterando-se e sofrendo influências peculiares a cada época. No entanto, a sua notória importância social permanece inalterada, pois é a família a primeira expressão de afeto e interesse um pelo outro.

Os princípios constitucionais do direito de família evoluíram significativamente, principalmente no sentido de reconhecer o pluralismo familiar existente no plano fático, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo desse tempo.

Diante do princípio da pluralidade familiar, a norma constitucional passa a proteger todas as espécies de família, reconhecendo outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, sendo as uniões e as famílias monoparentais. Dentre elas, está, também, a união estável entre casais do mesmo sexo, que fora reconhecida nas jurisprudências, não constando no Código Civil ou expressamente na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, a maior Corte de Justiça do Brasil reconheceu em maio de 2011, através de votação unânime a união homoafetiva como entidade familiar, oferecendo a estes todos os efeitos jurídicos advindos da união estável, já que a família homoafetiva é uma dentre as várias formas de famílias adquiridas através do afeto, meio este único para que seja composta uma família. As famílias se formam através dos vínculos, laços do amor e da afeição.

Apesar do vínculo que possuem junto ao direito, o Poder Legislativo não entende que este relacionamento gere efeitos jurídicos, os quais não são disciplinados por lei, desta forma os mesmos dispositivos que disciplinam as uniões estáveis heteroafetivas, também disciplinam as uniões estáveis homoafetivas.

Outra entidade que podemos citar é a família monoparental, sendo uma comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo hoje reconhecida constitucionalmente como entidade familiar com características próprias.

Tal entidade familiar foi reconhecida no Brasil com a Carta Magna, porém não possui uma regulamentação própria oriunda da Constituição infraconstitucional, mesmo sendo uma entidade diferente das outras habituais, tendo em vista que a primeira entidade não decorre da mesma situação da última.

A principal característica deste tipo de entidade familiar é a presença de apenas um dos genitores, diferenciando assim da família biparental, quando possuem, em sua composição, os dois genitores, que desempenham as funções de educadores em conjunto. Assim, na família monoparental existe apenas uma única pessoa, um genitor para desempenhar os dois papéis.

Podemos dizer que é mais comum a monoparentalidade na ala feminina, principalmente quando ocorre com a cessação do casamento, pois na maioria das vezes a prole permanece sob a tutela da mulher.

No que tange a proteção em relação à entidade monoparental, a Constituição Federal garante, em seu texto, a proteção especial do Estado a essas famílias. No entanto, a realidade mostra a falta de intervenção estatal especificamente para este tipo de processo, sendo a falta de apoio ao genitor solitário na sustentação econômica da prole, bem como o descaso, posto que o Brasil não possui política governamental voltada ao auxílio desse genitor.

Explorando especialmente a união poliafetiva, observamos que, como as demais entidades existentes, nosso ordenamento jurídico tem aceitado por meio de decisões acerca de uniões constituídas pelo afeto, independentemente de serem ou não a ideia do casamento entre um homem e uma mulher.

Ademais, o fato de o art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal ter regulamentado a união estável entre duas pessoas não significa que teria ele negado proteção à união estável entre mais de duas pessoas. No entanto, essa entidade é mais um alvo de preconceito a ser enfrentado pela atual sociedade, a qual é baseada nos seus princípios, valores e na moralidade, sendo um precedente para abertura de novos modelos de entidades, tendo como base o direito a liberdade, o princípio da isonomia.

Considerando esses diversos modelos de família, observa-se a precedência do afeto nas relações familiares, não bastando à proteção constitucional à família matrimonial, à união estável e à família monoparental. O ordenamento jurídico deve estar atento às transformações sociais, de modo que o direito possa responder aos anseios das mais diversas formas de sociedade familiar, especialmente quando se discute a divisão do patrimônio na ruptura do afeto e na hipótese sucessão familiar, advindos dessas relações calcadas nos laços de afetividade.

Em suma, a despeito de jurisprudência contrária do STJ e do STF à possibilidade jurídica de uniões estáveis paralelas que diferem das poliafetivas (que não são “paralelas”, pois formam uma única união), a família conjugal poliafetiva que não gere opressão a nenhum de seus integrantes deve ser reconhecida e protegida pelo Estado Brasileiro, por força do princípio da pluralidade de entidades familiares oriundo da interpretação do caput do art. 226 da Constituição Federal e da ausência de motivação lógico-racional que justifique a negativa de reconhecimento à mesma.

Posto isto, pode-se visualizar que as novas uniões adquiridas através do afeto existem, devendo ser respeitadas, sendo que tais entidades possuem seus direitos, e que deixar de proteger tais direitos seria uma nítida discriminação para com as novas formações.

## CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO

### 2. ORIGEM DA FAMÍLIA

A palavra "família" vem do latim *famulus*, que tem como significado "escravo doméstico". Tal sentido caracteriza-se pelos escravos que trabalhavam na agricultura familiar das tribos ladinas, situadas onde hoje se localiza a Itália.

Com isso, pode-se afirmar que a família é considerada a entidade social mais antiga vivenciada pelo ser humano desde a pré-história, constituindo-se, inicialmente, como um grupo de pessoas que buscavam se relacionar a partir de um ancestral comum ou por meio do matrimônio. Nessas situações, recebiam a denominação de clã.

Desde os primórdios, a família já podia ser considerada a principal da base do ser humano, bem como da sociedade. Nesta época, as mulheres realizavam trabalhos na caverna, tidas como residências. De outro lado, os homens tinham como papel fundamental as funções de segurança da família, de caráter protetivo, pois, nesse momento, existiam as guerras entre os clãs, e a caça, qual era considerada um trabalho, pois os homens caçavam para ter o que comer e sustentar sua família.

Insta, ainda, trazer a baila alguns ensinamentos doutrinários do conceito de família:

Segundo Caio Mário (PEREIRA, 2007, p.19), a família, em sentido genérico e biológico, é o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

Já Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 2004, p.4), em um conceito mais amplo, afirma ser a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos. Num sentido mais estrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

Por sua vez, Maria Helena Diniz (DINIZ, 2007, pág. 9) discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade

ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito, é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

Assim, a família é uma entidade constituída com ancestrais comuns ou laços afetivos.

Nesse sentido, Lévy- Strauss descreve a família como um grupo social que:

Tem a sua origem no casamento, é formada pelo marido, esposa e filhos(as) nascidos do casamento, ainda que seja concebível que outros parentes encontrem o seu lugar junto do grupo nuclear, os membros da família estão unidos por: laços legais, direitos e obrigações econômicas, religiosas e de outro tipo, uma rede precisa de direitos e proibições sexuais, além duma quantidade variável e diversificada de sentimentos psicológicos tais como amor, afeto, respeito, temor, etc. (STRAUSS, 1980,p. 16)

A par disso, a família tem sua origem e seus princípios, mas não se trata de um instituto imutável. Ou seja, embora tenha sua essência pautada na consanguinidade e/ou afetividade, não ficou apenas no modelo patriarcal, existindo outros institutos formados pelo mesmo âmago.

Não se pode olvidar, contudo, que o nosso ordenamento jurídico deve acompanhar tais modificações, pois a sociedade vive em constante transformação, não devendo ser diferente com o instituto da família.

É mister destacar que, conforme a época vivida pela sociedade, os indivíduos têm seus valores e sua moral, o que acaba por interferir diretamente no âmbito familiar. Assim, é possível se observar, nas evoluções, que estes aspectos são de suma importância para a constituição de novos modelos.

Nessa senda, o trajeto familiar passou a ser regulado pelo direito, sobrevivendo o Direito de Família, cuja tese é “ajudar a manter a família para que o indivíduo possa inclusive existir como cidadão” (NOGUEIRA, s.d.).

Vislumbra-se que a sociedade se desenvolve conforme o seu momento histórico, até que as situações e fatos vivenciados pelos indivíduos se tornem notoriamente conhecidos, não restando outra alternativa ao legislador senão regulamentar.

Para melhor entendimento de seu significado, insta trazer a lume o contexto histórico da família, que surgiu em um período anterior ao próprio direito.

## 2.1 A FAMÍLIA NA GRÉCIA

Fazendo uma breve análise, vislumbra-se que as influências da antiga civilização grega ainda permeiam a cultura ocidental nos dias de hoje, portanto, é de suma importância o estudo dos moldes familiares das mesmas.

Assim, para os povos gregos do passado, a família era monogâmica, com a figura do homem dominante sobre a mulher, tendo esta o único papel de procriação, como em muitas outras civilizações antigas.

A disparidade de direitos entre homens e mulheres era espantosa, sendo possível afirmar que os homens tinham o direito de romper o matrimônio, enquanto as mulheres deveriam ser fiéis e submissas aos seus maridos, pois eram meros instrumentos de reprodução.

A família grega se configura monogâmica, sendo a figura do homem predominante sobre a da mulher, a finalidade expressa daquela é a de procriar filhos, tendo esse a posse dos bens do genitor. Nessa modalidade familiar, apenas o homem pode romper o matrimônio, e somente este possui o direito de possuir várias mulheres. Já a figura feminina deve ser extremamente fiel ao seu marido, sendo apenas um instrumento de reprodução, devendo tolerar todas as atitudes masculinas. A característica fundamental dessa modalidade familiar encontra-se no poder paterno, o qual todos os seus membros, estão submetidos às vontades do *paterfamilia* (LOCKS, 2012).

Nessa trilha, Rodrigo Cunha Pereira acrescenta:

A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo matá-lo. (PEREIRA, 2003, p 61).

Com isso, a mulher ficou condenada aos afazeres do lar, bem como aos cuidados com os filhos, não podendo se ausentar de sua casa sem o consentimento do marido.

## 2.2 A FAMÍLIA NA ROMA

Orlando Gomes define a família romana como um “conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *pater familias*, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança” (GOMES, 2000, p 33).

Conforme salienta Engels, o homem possuía muito mais liberdade do que o restante da família seja ela civil ou moral. Assim, atitudes que para a mulher eram encaradas como crimes e penalizadas severamente, para o homem era algo considerado honroso, ou, quando muito, uma leve mancha moral que carregava com satisfação, como era o caso do adultério (DILL, 2011).

Ou seja, para o direito romano, a família era um grupo familiar que se organizava em torno da figura masculina, o pai, faltando direitos aos demais integrantes da entidade familiar, mormente no que diz respeito aos filhos e à mulher.

Portanto, existia uma concentração de poder, e quem o possuía era a figura do *pater*, o pai.

Para Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, 1997, p 31), o *pater* seria, simultaneamente, chefe político, sacerdote e juiz do lar, comandando e oficiando o culto dos deuses domésticos e distribuindo a justiça. Exerceria, ainda, o extremo direito de vida e morte dos filhos, podendo impor-lhes penas corporais, vender-lhes e tirar-lhes a vida. Enquanto isso a mulher viveria totalmente subordinada à vontade do varão e nunca adquiriria autonomia, pois a sua única transição seria de filha à esposa, sem alteração nenhuma de fato na sua capacidade, não possuindo direitos próprios perpetuamente, podendo ser repudiada por ato unilateral do marido.

Quando o *pater* vinha a óbito, o poder era transferido ao varão primogênito ou a outro homem inserido no grupo familiar. Nessa situação, a mulher ou as filhas não poderiam deter o poder.

Nessa toada, o direito romano fora marcado de maneira expressa para o direito de família. O conceito de família tinha seu alicerce no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do *pater*, dando origem ao termo pátrio poder, denominado poder familiar.

Entretanto, esse contexto não se manteve, pois o poder absoluto do *pater* perdeu seu vigor, ao passo que as mulheres e os filhos conquistaram seu espaço na sociedade.

## 2.3 A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO

O Direito Canônico foi marcado pelo advento do cristianismo, o que tornou possível constituir famílias por meio de cerimônia religiosa. Assim, a conjunção carnal passou a ter apenas o intuito procriativo, deixando de ser pecado apenas quando dentro do matrimônio.

A família é uma instituição divina. Ela é tão importante, que foi criada antes da Igreja, antes do Estado, antes da nação. Deus não fez o homem para viver na solidão. Quando acabou de criar o homem, Adão, o Senhor disse: ' Não é bom que o homem esteja só. Far-lhe-ei uma adjutora, que esteja como diante dele' (Gn 2:18). Deus tinha em mente a constituição da família, mas esta não está completa só com o casal. Por isso, o Senhor previu a procriação, dizendo: ' Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra' (GN 1-27-28). Fica mais clara a origem da família, quando lemos: 'Portanto, deixará o homem seu pai e sua mãe e se unirá a sua mulher e serão ambos uma só carne' (Gn 2.24). ' O homem' ai é filho, nascido de pai e mãe. Deus fez a família para que o homem não vivesse em solidão (SL 68.6, 113.9) (LIMA, s.d).

Assim, segundo o cristianismo, a família é um instituto que fora planejado antes mesmo da criação do mundo. Para tanto, Deus criou o homem a sua imagem e semelhança, e, pensando que não seria bom ele viver sozinho, criou a mulher. Deste casal nasceram as primeiras crianças, originando a primeira família da criação humana, constituída pelo homem e pela mulher.

Esse, portanto, é o modelo familiar instituído por Deus, pela igreja, no entanto, não é mais o único modelo de família atualmente vivenciada pela sociedade.

É mister destacar que a entidade familiar era tida como um "sacramento", ou seja, nada poderia separar a união do casamento entre o homem e a mulher, senão, a morte.

Atualmente, tal entendimento já não é absoluto, pois essa ideia de que apenas a morte irá separar os casais não tem prevalecido.

Ainda sobre o direito canônico, competia aos Juízes Eclesiásticos (ALVES, 2014, p. 18 apud LOCKS, 2012, p.3) “discutir sobre o vínculo conjugal, abrangendo todas as questões pertinentes a este”, ou seja, o papel da Igreja, no Direito de Família, tinha parte importante para esse período, tendo em vista que esta instituição tinha o poder de decisão dentro dos lares.

Ademais, foi nesse momento que se hostilizou tudo aquilo que pudesse trazer ameaça ao matrimônio e à família. É o que nos ensina Caio Mário Pereira, do aborto, adultério, e principalmente do concubinato, sob as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio, em meados da Idade Média (ALVES, 2014, p. 18).

Portanto, a Idade Média foi um período marcado pelo Teocentrismo, no qual a Igreja viu a família como emergida do sagrado matrimônio com a finalidade de gerar filhos.

## 2.4 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A nossa Carta Magna de 1988 positivou aquilo que já era costume, bem como aquilo que de fato já existia na sociedade, dando maior expansão o conceito de família e tutelando, de forma igualitária, todos os seus membros.

Importante destacar que não foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que a mudança no instituto familiar ocorrera, ou seja, a carta magna apenas codificou os valores já consolidados, reconhecendo a evolução da sociedade e as incontestáveis uniões de fato.

Com isso, os princípios norteadores do Direito de Família trouxeram uma relevância ao processo de evolução ao nosso ordenamento jurídico, maiormente no sentido do reconhecimento ao pluralismo familiar, existente no plano fático, em decorrência dos novos modelos de família que se constituíram ao longo do tempo.

De acordo com ensinamentos de Maria Helena Diniz, o moderno direito de família rege-se pelos seguintes princípios:

*Princípio da “ratio” do matrimônio e da união estável, segundo o qual o fundamento básico do casamento, da vida conjugal e do companheirismo é a afeição entre os cônjuges ou conviventes e a necessidade de que perdure*

completa comunhão de vida, sendo a ruptura união estável, separação judicial e o divórcio (CF, art. 226, § 6º, CC, arts. 1.511 e 1.571 a 1582) uma decorrência da extinção da *affectio*, uma vez que a comunhão espiritual e material de vida entre marido e mulher ou entre conciventes não pode ser mantida ou reconstituída. (DINIZ, 2007, p. 18).

Analisando o princípio acima, é possível identificar que a afeição entre os indivíduos envolvidos no relacionamento, é de suma importância, bem como a lei traz disposições para no caso de ruptura da união, que é o caso da separação judicial e o divórcio.

É o que preconiza o artigo 226, §6º, da Constituição Federal, que diz, *in verbis*: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". (VADEMECUM SARAIVA, 2017, p. 74).

Outro princípio que Maria Helena Diniz leciona:

*Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros*, no que atina aos seus direitos e deveres, que revolucionou o governo da família organizada sobre a base patriarcal. Com esse princípio desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituído por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. (DINIZ, 2007, p. 18).

Nessa senda, o patriarcalismo não mais integra com a época na qual vivenciamos, bem como não atende as necessidades da sociedade. Nesse sentido, juridicamente, o poder do marido é provido pela autoridade em conjunto, ou seja, não se justifica mais a submissão da mulher em relação ao marido, existindo uma igualdade de papéis, ao passo que a responsabilidade familiar passa a ser dividida igualmente entre os indivíduos.

A Carta Magna, em seu artigo 226, § 5º, estabelece, *in verbis*: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". (VADEMECUM SARAIVA, 2017, p.74).

Nesse diapasão, os cônjuges deverão exercer conjuntamente os seus direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, não podendo um restringir o exercício do direito do outro.

Maria Helena ainda sustenta:

Hodiernamente, com a quebra do patriarcalismo e da hegemonia do poder marital e paterno, não há mais, diante do novel Código Civil, qualquer desigualdade de direitos e deveres do marido e da mulher ou dos companheiros, pois em seus artigos não mais existem quaisquer diferenciações relativamente àqueles direitos e deveres. Esta é a principal inovação do Código Civil: a instituição material da completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais, visto que igualou seus direitos e deveres e também seu exercício na sociedade conjugal ou convivencial (DINIZ, 2007, p. 21).

Posto isto, vislumbra-se que não existe somente a figura do patriarca, e que muito embora as mulheres tenham demorado algum tempo para angariar seus direitos, buscando um espaço na sociedade, tais direitos devem ser exercidos de forma igual, sem ferir, portanto, o direito do marido.

Ainda, Maria Helena Diniz destaca o princípio do pluralismo familiar:

(...) uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental). Todavia, o novo Código Civil, apesar de em poucos artigos contemplar a união estável, outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, não contém qualquer norma disciplinadora da família monoparental, composta por um dos genitores e a prole, olvidando que 26% de brasileiros, aproximadamente, vivem nessa modalidade de entidade familiar (DINIZ, 2007, p. 21).

E continua: "Deveras, a família está passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização" (DINIZ, 2007, p. 23).

Com isso, qualquer mudança legislativa não abalará a estrutura essencial da entidade familiar e do matrimônio, que hoje está pautada no princípio da afetividade.

A Constituição Federal de 1988 representou uma inovação na forma de se compreender uma constituição familiar, agora não necessariamente proveniente de um casamento formal, mas fruto de uma "união estável", entre um homem e uma mulher, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º) (YASSUE, 2010).

Como vimos, a sociedade passou por muitas transformações, sendo elas políticas, econômicas ou religiosas. É notório o quanto a ideia e a forma de família foi evoluindo e um novo conceito, abrangendo novos arranjos familiares sem a formalidade que era exigida, como o casamento civil, foi surgindo.

Adentrando sobre a união estável e seu reconhecimento constitucional, vale lembrar que esta entidade foi ignorada pelo Direito por muito tempo, ao passo que dar direito a pessoas não casadas formalmente era desprestigiar o casamento. No entanto, este pensamento foi modificado.

É mister destacar a Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, que diz: "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" (VADEMECUM SARAIVA, 2017, p.2082).

Esta Súmula foi editada em 1964, bem como foi a primeira vez que a união estável foi reconhecida pelo Direito brasileiro.

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal (art. 226, §3), passou-se a dar proteção à união estável como família. Entretanto, a união estável não gera um estado civil, ou seja, o individuo continua sendo solteiro, mas os companheiros ou conviventes tem sua relação regida pelo direito de família.

Há que se diferenciar o concubinato da união estável: enquanto a primeira refere-se ao relacionamento de duas pessoas impedidas de contrair o casamento, para a segunda não existe esses impedimentos, pois são pessoas solteiras, que estão livres para o relacionamento.

Assim, não é adequado utilizar a palavra "concubinato" para se referir a pessoas que convivem em união estável, sendo o termo correto "conviventes" ou "companheiros"; já a palavra "cônjuge" é utilizada para referir-se aqueles que são casados formalmente, ou seja, "no papel".

Maria Helena Diniz, afirma que a união estável caracteriza-se pela:

(...) convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação (DINIZ, 2008, p 368).

Com isso, para que seja caracterizada como união estável e tenha o seu amparo constitucional garantido, é necessário que essa entidade preencha alguns requisitos, tais como: união pública, contínua e duradora. Também é possível a conversão da união

estável hetero ou homoafetiva em casamento, conforme dispõe o artigo 1.726 do Código Civil e artigo 226 §3º, da Constituição Federal.

Maria Helena Diniz, ainda, destaca os requisitos:

Os requisitos de ordem subjetiva são a convivência *more uxorio* e o *affectio maritalis*. O primeiro consiste na “comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas”. Este requisito envolve a mútua assistência moral, material e espiritual, caracterizada pelos interesses e atos comuns, inerentes à entidade familiar (GONÇALVES, 2008, p. 549).

Gonçalves, por sua vez, ainda continua: "O *affectio maritalis* consiste no ânimo de constituir família, isto é, que além do afeto (elemento componente de toda relação familiar), o propósito comum de formação de uma entidade familiar" (GONÇALVES, 2008, p. 551-552)

É de suma importância que esses requisitos subjetivos estejam presentes na união estável, pois é uma entidade que se equipara ao casamento, portanto, deve ter toda a assistência por trás de um relacionamento, seja material, moral ou espiritual. No mesmo sentido, o afeto é o alicerce do relacionamento entre os conviventes.

Há outro requisito também importante de ordem objetiva. Carlos Roberto Gonçalves sustenta:

Os requisitos objetivos para a constituição da união estável, na lição de Carlos Roberto Gonçalves, são a notoriedade, a estabilidade ou duração prolongada, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a relação monogâmica e a diversidade de sexos (GONÇALVES, 2008, p. 549).

Com isso, a convivência dos indivíduos deve alcançar a notoriedade na sociedade na qual frequentam. Assim, perante terceiros, o casal deve ter reconhecida a sua convivência semelhante ao estado de casados, e não como namorados. Portanto, a união estável seria o próprio matrimônio, todavia sem as formalidades exigidas pelo Estado.

Maria Berenice aduz sobre o tempo de convivência:

Certo que a Lei nº 8.971/941 – a primeira a regulamentar a união estável – estipulou o prazo de 5 anos ou a existência de prole para o seu reconhecimento. Porém, tais foram as críticas que, antes de haver passado ano e meio, foi promulgada a Lei nº 9.278/96,1 afastando a exigência de tempo mínimo, como *conditio sine qua non* para sua tipificação (DIAS, s.d.)

Quanto à estabilidade ou duração prolongada, não se exige um tempo mínimo de convivência, mas sim o suficiente para que se possa reconhecer a estabilidade do relacionamento, podendo ser de meses ou anos, contudo, deve ficar comprovado que nesse período houve a intenção dos indivíduos de constituir família.

No tocante ao requisito da continuidade no relacionamento, este deve ser sem interrupções, tendo em vista que a instabilidade causada por constantes rupturas pode provocar insegurança jurídica.

Por fim, é pressuposto para a caracterização da união estável a diversidade de sexo entre os companheiros. O artigo 226, § 3 da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil preceitua que, para efeito de proteção do Estado, será reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, “por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de não exigir a formalidade da celebração, a união estável só pode decorrer de relacionamento de pessoas de sexo diferente”. (GONÇALVES, 2008, p. 552)

Posto isto, resta cristalino que o legislador constitucional e infraconstitucional, ao tutelar a união estável, reconhece apenas a existência entre pessoas de gêneros opostos, ao passo que passa a existir uma lacuna, sendo omissa quanto à união entre pessoas do mesmo sexo, ou união entre várias pessoas, como a união poliafetiva.

Na seara do regime de bens, aplica-se o mesmo do casamento, ou seja, poderá ser um dos regimes previstos no Código Civil: separação obrigatória de bens, comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, salvo contrato escrito ou exceção da lei (art. 1.715 do Código Civil).

Analisando sob a ótica dos direitos dos companheiros, insta mencionar a pensão de morte. No caso do casamento, se o falecido era segurado do INSS, basta que o cônjuge leve a certidão de óbito e outros documentos pertinentes, e faça o requerimento. De outra

banda, o companheiro da união estável também terá direito, contudo, deverá provar ao INSS a união estável através de um procedimento administrativo.

O que ocorre na prática, é que muitas vezes o órgão do INSS acaba negando o benefício nos casos de união estável por falta de comprovação, no entanto, o companheiro poderá ajuizar ação para o reconhecimento da união no Poder Judiciário. É evidente que o juiz analisará as provas e o caso concreto.

Outro ponto importante é que atualmente com o reconhecimento das uniões homoafetivas, estas também terão direito a pleitear os benefícios por pensão por morte.

É importante analisar cada caso concreto e o Direito deve tutelar cada situação vivenciada, onde existe conflito de interesses.

Com isso, Eduardo Silva assinala que a família a partir da Constituição de 1988:

(...) despe-se da sua condição de unidade econômica e passa a ser uma unidade afetiva, uma comunidade de afetos, relações e aspirações solidárias”, deixando ainda, de ser percebida como mera instituição jurídica para assumir feição de instrumento para a promoção da personalidade humana, mais contemporânea e afinada com o tom constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, tratando-se do “ninho afetivo, onde a pessoa nasce inserida e no qual modelará e desenvolverá a sua personalidade, na busca da felicidade, verdadeiro desiderato da pessoa humana (NOGUEIRA, s.d.).

O princípio norteador da família, na Constituição, é a afetividade, deixando de ser somente em razão econômica.

Assim, o artigo 226, § 4º, da Constituição Federal, menciona outra espécie de família, a monoparental, aquela constituída por qualquer dos pais que viva com seus descendentes.

Sabe-se que a entidade familiar mudou e a sociedade também mudou a forma como encará-la.

Nesse sentido, Venosa ensina:

a lei não se adianta aos fenômenos sociais, vem sempre ao encontro deles. Desse modo há, sem dúvida, um novo Direito de Família no Brasil, a partir de 1988. Muitos postulados do Código Civil, ainda vigente, têm atualmente mero valor histórico. Nessas premissas, as novas gerações do final do século XX e do século XXI já nascem sob um novo paradigma social e também sob novos princípios jurídicos (VENOSA, 2011, p. 416, 417).

Por conseguinte, há outros modelos familiares a partir da Constituição Federal, e a sociedade a partir do século XX e XXI já tem novos conceitos sobre família, já não mais persistindo somente o casamento monogâmico.

Preconiza o artigo 226,§ 4º da Carta Magna: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (VADEMECUM SARAIVA, 2017, p. 74).

Ainda, segundo Santos (2011) "Com relação à nomenclatura, necessário esclarecer que o termo 'família monoparental' constitui um silogismo, o qual visa denominar a presença de um só genitor, homem ou mulher, no papel da criação, educação e manutenção da prole".

Insta mencionar que a família constituída por um só genitor requer mais trabalho, pois o provedor passa o dia trabalhando, e depois tem todo o cuidado e dever de proteção e educação de seus filhos. A ideia dessa família não é mais a procriação e sim a subtração dessa finalidade, tendo em vista a ausência do seu par.

Com isso, as famílias monoparentais podem ser aquelas constituídas por pais viúvos, pais solteiros que criam sua própria prole ou filhos adotados, bem como as mulheres que utilizam das técnicas de inseminação artificial ou, ainda, pais separados ou divorciados.

O autor José Sebastião de Oliveira afirma:

Como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental pode-se citar a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidades cogentemente estabelecidas, como decorre do casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na união estável (OLIVEIRA, 2002, p. 215).

Pode-se afirmar que, em relação aos pais viúvos, este modelo de família é a mais antiga, haja vista ao fator da eventualidade, pois no passado a única instituição aceita era o casamento, e quando um dos cônjuges falecia, forçosamente constituía-se a família monoparental.

Ingrid Maria Bertolino Braido, afirma que:

No que tange as famílias formadas por mãe solteira, pode existir tanto aquela mulher que engravida acidentalmente e se vê obrigada a assumir a criança como também aquela que deseja engravidar e, às vezes sem que o parceiro saiba, engravida e cria o filho sozinha (BRAIDO, 2003, p. 46).

Nesse diapasão, muitas mulheres, por várias circunstâncias, se deparam com a realidade de criar seus filhos, sozinhas, e com muita dificuldade.

Ainda, sabe-se que a liberdade conquistada pelas mulheres para por fim ao relacionamento que já não mais era baseado na afetividade contribuíram para grande mudança do casamento como constituição de família.

*A priori*, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto da família teve um novo conceito, saindo da esfera do casamento para união estável e a família monoparental.

Entretanto, após a Constituição, novos modelos surgiram, e o Poder Judiciário tem reconhecido outras formas de se constituir família. Esse é o caso da União Homoafetiva, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 2011.

*A posteriori*, temos a união poliafetiva, no entanto, esta ainda não teve seu reconhecimento pelo Estado, todavia, está caminhando para o reconhecimento de seus direitos.

No tocante a união homoafetiva, esta refere-se à união de duas pessoas do mesmo sexo, tendo como elo o princípio da afetividade. Contudo, a união homoafetiva não é bem vista na sociedade, tendo em vista o preconceito das pessoas.

Maria Berenice nos ensina sobre a união homoafetiva:

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce ainda lembrar que a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana (FACHIN, 1999, pg. 95)

Frise-se que toda discriminação fundada na orientação sexual do ser humano fica evidente o desrespeito à dignidade humana, princípio supremo consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Sabemos que o ordenamento caminha muitas vezes a passos lentos e, em relação à união homoafetiva, houve uma trajetória percorrida para a busca de seus direitos perante a sociedade, todavia, a questão de ordem moral ainda tem se sobrepujado.

De outra banda, ainda com o olhar constitucional voltado para as mudanças no sentido familiar, outra entidade que almeja a equiparação à união estável, consagrada na Constituição Federal, é a união poliafetiva. Esta trata de várias pessoas independentemente da composição do sexo, prevalecendo o princípio da afetividade.

Como explanado, a Constituição Federal de 1988 trouxe um novo conceito familiar, no entanto, sabe-se que ainda existem muitas lacunas, e não há como afirmar que esse conceito é único.

Não será fácil para o Poder Judiciário decidir sobre esses novos arranjos, tendo em vista que a sociedade ainda é muito conservadora e tem o casamento entre o homem e a mulher como a conduta mais correta a ser seguida.

Maria Berenice afirma:

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e da igualdade. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva (DIAS, s.d., p.9).

Posto isto, juntamente com o princípio da afetividade, há outros princípios que regem a sociedade. Nesse sentido, as relações homoafetivas e poliafetivas devem ser pautadas principalmente no respeito, na dignidade da pessoa humana, na liberdade de escolha, não devendo ninguém ser tratado com preconceito, nem repúdio social.

## CAPÍTULO 2 – ANÁLISE DA DECISÃO DO STF DE EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL

### 3. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*A priori*, importante salientar que determinados assuntos levam um tempo maior para que haja respaldo jurídico a seu respeito, como é o caso da união estável homoafetiva.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral (Site do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 05 de maio de 2011).

Nesse sentido, houve uma interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil, que diz: "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" (VADEMECUM SARAIVA, 2017, p. 273).

Ou seja, a decisão foi no sentido de ampliar o conceito de união estável no que se refere ao homem e a mulher, abrangendo a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Nessa esteira, o Ministro do Supremo ressaltou:

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. "O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica", observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF (Site do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 05 de maio de 2011).

O artigo 3º, da Constituição Federal, trata dos objetos fundamentais, elucidando, em seu inciso IV, que os mesmos devem ser promovidos a todos, sem discriminação sobre a origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra. Com isso, ninguém deve sofrer preconceito por suas escolhas, principalmente, neste caso, no que tange a preferência sexual.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (Site do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 05 de maio de 2011).

A ação fora protocolada na Corte, visando à declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, bem como os mesmos direitos e deveres, consagradas na Constituição Federal.

Ainda, diversas entidades foram ouvidas, como o *amicus curiae*, de forma a colaborar com suas experiências e de alguma maneira influenciar na decisão dos ministros.

### 3.1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF fora proposta em 22 de julho de 2009 pela Procuradora-Geral da República, e teve como escopo o obrigatório reconhecimento, na sociedade brasileira, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os pressupostos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, bem como pleitearam os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A despeito desse assunto, insta trazer a lume ensinamentos jurisprudenciais:

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.

HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea (BRASIL. ADI 4277 DF, EMENTA, Relator Min. AYRES BRITTO).

Assim, a autora da ação pontuou que, diante da inexistência de regulamentação legal, o exercício de direitos fundamentais por parte dos homossexuais está sendo impedido, bem como esses impedimentos se dão na sua maior parte pela via religiosa, ou seja, pela Igreja, sendo incompatível com o princípio da liberdade de religião e com a laicidade do Estado. Aduziu, também, violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proibição de discriminação odiosa, da igualdade e da liberdade de proteção à segurança jurídica.

Nessa senda, a Constituição Federal de 1988, ao usar a expressão “família”, não limitou sua formação aos casais constituídos por um homem e uma mulher, nem tampouco menciona sobre a formalidade, se deveria ser celebração civil ou religiosa, ou seja, a família não ficara mais sobre o plano formal, pois houve um avanço no sentido dos costumes, bem como uma visão sobre a direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural.

Sustentou que a homossexualidade não viola qualquer norma, bem como não viola qualquer norma jurídica, e ainda, não tem capacidade de afetar a vida de terceiros.

Ressaltou, ainda, que o papel do Estado e do ordenamento jurídico em uma sociedade democrática, deve ser o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos indivíduos, viabilizando que cada um realize os seus projetos lícitos de vida.

Vale destacar que, para a postulante, a legislação infraconstitucional, artigo 1.723 do Código Civil, nega aos integrantes de um determinado grupo a possibilidade de desfrutarem de direitos em consequência do preconceito ao não reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, devendo ter tratamento igual ao que é conferido a casais do mesmo sexo.

Contudo, ao negar o reconhecimento da união homoafetiva, o Estado nutre e da legítima uma cultura homofóbica, destarte, corroborando as injustiças culturais contra os indivíduos destes grupos.

Cabe mencionar que na mesma ação fora arguida sobre as pessoas que se relacionam sexualmente fora do padrão (homem e mulher), no âmbito dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro.

Daí sua legitimidade para a propositura da presente ADPF, pois nítida é a pertinência temática entre o cargo exercido pelo autor e o objeto da presente discussão. Até porque – alega o acionante – há numerosas controvérsias administrativas e judiciais sobre direitos alusivos a servidores estaduais homoafetivos, mormente no que tange às “licenças por motivo de doença de 'pessoa' da família ou para acompanhamento de 'cônjuge', bem como sobre previdência e assistência social”. Além do que, por ser a lei em causa anterior a Carta de 1988, “trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo dessa natureza será capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais” (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL, 05/05/2011).

Vislumbra-se que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos de ordem fundamental como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos pautados na Constituição Federal.

Ainda, em sua peça os autores fundamentaram sobre os princípios supracitados:

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º) (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL, 05/05/2011).

Por conseguinte, não deve existir uma diferenciação no tratamento em relação às pessoas, nem tampouco as situações nas quais estas vivem. No caso dos casais homoafetivos, igualmente não deverá existir tratamento diferenciado, de forma a menosprezá-los, voltando-se ao repúdio moral e social. Porém, ao que tudo consta, infelizmente a sociedade não está apta, ainda, para novas mudanças no que se refere à família.

II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL, 05/05/2011).

Este princípio está ligado diretamente à autonomia da pessoa em suas escolhas, seja ela de natureza sexual ou não. Assim, cada um tem o direito de liberdade sobre suas escolhas.

Lado outro, as pessoas, terceiros não ligados a tal decisão, gostam de interferir, manifestando seus sentimentos, o que não é errado, contanto que tais manifestações não firam os princípios que asseguram a liberdade do outro.

III - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL, 05/05/2011).

Nessa trilha, o ser humano não pode ser tratado com desrespeito, nem como um simples objeto, pelo contrário, é necessário que se tenha reconhecimento, valorização da pessoa humana.

IV - Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas conseqüências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade; (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL, 05/05/2011).

Atualmente, muitos dos partícipes da união homoafetiva não sentem a devida segurança jurídica, embora haja um reconhecimento perante o Poder Judiciário. Mister destacar que estes enfrentam muitas incertezas, medos e preconceitos.

Vale ressaltar, novamente, que a sociedade não está pronta para encarar as novas modificações familiares, sendo necessário, também, mudanças morais.

V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL, 05/05/2011).

Assim, a vida em sociedade e o modo de agir com razão, ou ser razoável nas decisões costumeiras, é benefício para intimidar a opressão aos mais fracos. Posto isto, a Constituição Federal acolhe o princípio da razoabilidade a ser perseguido, maiormente ao princípio da proporcionalidade. A razoabilidade é instrumento de valoração do fato concreto em relação ao direito a ser aplicado, todavia, a proporcionalidade é instrumento necessário ao operador do direito, tendo em vista que este princípio ajuda a balancear o meio ao fim pretendido.

Sobre o princípio da razoabilidade, Fábio Corrêa Souza de Oliveira conceitua:

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade (OLIVEIRA, 2003, p.92).

E sobre o princípio da proporcionalidade, Wilson Antônio Steinmetz pontua que:

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, nãoarbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional (STEINMETZ,2001, p.149).

Diante o exposto, os princípios constitucionais apresentam-se como mecanismo e instrumento de natureza pública, indispensáveis para a realização da justiça.

Lado outro, os requerentes pleitearam a aplicação da analogia de integração do direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente.

Noutro giro, os autores sustentaram que a discriminação com os homossexuais gera ódio, que se materializa em violência física, moral e/ou psicológica.

Ademais, há países como Holanda, Bélgica e Portugal que consideram a união estável entre pessoas do mesmo sexo para todos os fins de direito, no entanto, há países como Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen, que encaram a homofobia com pena de morte.

### 3.2 O VOTO DO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)

O ministro Cezar Peluso proferiu seu voto, acompanhando outros ministros, no sentido de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Dessa forma, o ministro sustentou:

Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de **numerus clausus**. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso. Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo - não mais que isso -, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais (BRASIL, ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO, 05/05/2011).

Portanto, o artigo 1.723, do Código Civil, não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo venha a ser reconhecida como núcleo familiar e merecedora de proteção estatal.

Assim, o voto do ministro Ayres Britto deu interpretação conforme a Carta Magna ao referido artigo para dele excluir qualquer significado que impeça esse reconhecimento,

quando atendido aos mesmos requisitos (continuidade, publicidade e duração) que a união estável de casais heterossexuais.

Destacou que a Constituição veda, expressamente, o preconceito em relação ao sexo ou à própria diferença entre a mulher e o homem. O fato de ser homem, mulher, rico ou pobre, negro ou branco... Enfim, nenhum fator deve contar para desmerecer quem quer seja.

Portanto, vislumbra-se o quanto é importante o respeito às pessoas, independente de sua condição social, física, moral, econômica, religiosa, não havendo causa para diminuir uma pessoa. Entretanto, a sociedade, cada vez mais, traz consigo, através de seus costumes, pensamentos morais errôneos.

Claramente, o que é moral para uma pessoa pode não ser para outro, contudo, a moral pautada em valores individuais é de ordem subjetiva, não merecendo ser analisada sobre um prisma único, nem tampouco usar da moral para condenar uma pessoa que tem a liberdade de escolha.

Nessa esteira, o relator ainda ressaltou:

E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar recognoscível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer - e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênua para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo - que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna conseqüente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas? (BRASIL, ARGUMENTO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO, 05/05/2011).

Segundo o relator, essa lacuna deve ser preenchida por normas do Direito de Família. Enfatizou, ainda, que foi o primeiro ministro a aplicar as normas de Direito de Família nos casos de união estável no Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo em vista que essas uniões são oriundas do afeto, não podendo ser submetidas às normas que regulam sociedade de ordem comercial ou de ordem econômica.

Ainda nesse sentido:

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual. (BRASIL, ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO, 05/05/2011).

E continua:

O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia - pensamento estritamente pessoal - , tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação (BRASIL, ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO, 05/05/2011).

Deveras, o poder legislativo deverá regulamentar essas questões relacionadas à entidade familiar visto que a norma constitucional não traz nenhuma proibição, ou seja, é possível perceber que existe uma lacuna na lei, e esta deve ser preenchida de maneira a trazer a resolução para os impasses vivenciados pela entidade homoafetiva.

Ainda na seara do julgamento da ação de inconstitucionalidade, o Ministro Marco Aurélio sustenta:

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal (BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal).

*Ainda, o Ministro Luiz Fux afirma: "Daremos a esse segmento de nobres brasileiros, mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade" (Brasil. Ação direta de inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal, 05/05/2011).*

Analisando os ensinamentos dos ministros, pode-se observar que o reconhecimento da união homoafetiva traz certa satisfação, no entanto, tudo o que é "novo" e diferente sempre trará, inicialmente, um desconforto para a sociedade.

Assim, é cristalino que, mesmo com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, muitos ainda sentem medo, sentem a pressão da sociedade e acabam por reprimir seus sentimentos.

No entender da ministra Carmem Lúcia:

Aqueles que fazem sua opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania. Ninguém pode ser de uma classe de cidadãos diferentes e inferiores, porque fizeram a escolha afetiva e sexual diferente da maioria (BRASIL. Ação direta de inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal, 05/05/2011).

É fato que o preconceito ainda existe e será necessário muita luta para que desapareça, mas a partir do momento que esse preconceito atinge a moral do outro, está ferindo os princípios constitucionais fundamentais e que são de extrema importância para a vida humano.

Nesse entender, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que:

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juristas romanos, ex facto oritur jus (BRASIL. Ação direta de inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal, 05/05/2011).

E o Ministro Joaquim Barbosa assevera: "Estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito" (BRASIL. Ação direta de inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal, 05/05/2011).

Insta mais uma vez salientar que para ser reconhecidas as uniões estáveis homoafetivas, os mesmos requisitos, como vida em comum, afetividade, publicidade, etc., deverão ser preenchidos.

Posto isto, os casais constituídos com pessoas do mesmo sexo, a partir de referido julgado, passam a adquirir os mesmo direitos e deveres que são estabelecidos aos casais heterossexuais.

É preciso esclarecer que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal não tem força de lei, pois é uma decisão emanada do Poder Judiciário e deve ser observada obrigatoriamente pelos tribunais do País, devendo ser aplicada em processos que já tramitam ou que venham a tramitar junto aos tribunais brasileiros (SILVA, 2013, apud AMARAL, 2011).

Com isso, uma das formas de dar validade a essa oficialização é por meio de escritura pública efetuada junto aos cartórios, os quais possuem fé pública. O casal, então, poderá optar pelo regime de bens, pensão alimentícia, dentre outros direitos que podem ser estipulados. Todavia, se o casal não tiver feito o reconhecimento de união homoafetiva no cartório, quando houver a necessidade de prova de convivência, será necessário propor uma ação de reconhecimento de união estável.

Dentre os documentos necessários para a comprovação da união estável a prova de mesmo domicílio.

Além das contas de água, luz, é possível também provar a união estável pelo contrato de locação de imóveis; seguro de vida quando um parceiro é beneficiário do outro; plano de saúde em que conste a dependência entre o casal; conta bancária conjunta; fotografias; depoimento de testemunhas (SILVA, 2013, apud AMARAL, 2011).

### 3.3 A APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.726, DO CÓDIGO CIVIL, NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Ainda na seara das uniões homoafetivas, muito se discute sobre a possibilidade de aplicação do artigo 1.726 do Código Civil na referida questão. Tal artigo dispõe: "A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil" (VADEMECUM, 2017, p. 274).

Assim, muitos cartórios estão fazendo a conversão da união estável homoafetiva em casamento, mediante decisão judicial. Vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ EDA ADI N. 4.277/DF.1.5141.5211.5231.535565CÓDIGO CIVIL ADPF N. 132/RJ ADI N. 4.277/DF1. [...] 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Constituição 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. Constituição Federal constituição 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. Constituição 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. Carta Magna 7. [...] 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido." (1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012, undefined) REsp 1183378 RS 2010/0036663-8.) (SILVA, 2013)

Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe reflexos em outros institutos, como o casamento civil, instituto bastante conservador. Talvez por isso, infelizmente, ainda existem cartórios que não recebem o pedido de conversão em casamento, sobre alguns argumentos, tais como:

Segundo informações do Jornal Folha de São Paulo, matéria publicada em 21 de maio de 2011[6], “entre os 58 registros civis da cidade de São Paulo consultados pela Folha, só 3 aceitam receber o pedido de conversão em casamento e dizem que ela é possível: os de Cerqueira César (região central), Tatuapé e Itaquera (ambos na zona leste). Os outros 55 ou disseram que não receberiam o pedido ou que teriam de consultar a Justiça sobre o que fazer. Os cartórios ouvidos apresentaram diversas justificativas para recusar o pedido: da falta de regulamentação da Corregedoria do Tribunal de Justiça à precaução com os efeitos da decisão do STF (LIMA, 2011).

E ainda:

Conseqüentemente, depois da enfática *ratio decidendi* surgida do julgamento da ADPF e ADI que trataram da questão, tem-se que os casais de sexo idêntico e que se formaram em união estável estão livres a protocolarem seu requerimento ao cartório extrajudicial para a conversão em casamento como manda a legislação infraconstitucional. Se houver a negativa, parece evidente que o poder Judiciário pode determinar a conversão. Sob pena de descumprimento da decisão do STF (LIMA, 2011).

Posto isto, mesmo alguns cartório negando a conversão, existe uma decisão maior que estende os mesmos efeitos da conversão da união estável em casamento civil heterossexuais às entidades homoafetivas.

### 3.4. OS EFEITOS DO DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO HOMOAFETIVA – ANTES DA ADIN 4277

Como já mencionado, as relações homoafetivas sempre existiram, contudo, quando as primeiras uniões buscaram cautela no poder judiciário, com o escopo de evitar danos irreparáveis, essas foram reconhecidas como simples sociedade de fato, sendo

julgadas pela competência das varas cíveis e não das varas de família. Sendo assim, não era possível o reconhecimento dos indivíduos como herdeiros.

Com isso, a primeira região que adotou uma postura mais justa fora o Rio Grande do Sul quando reconheceu que a união homoafetiva deveria ser discutida no direito de família. Depois disso, vários tribunais passaram a tratar sobre o assunto da mesma forma.

A questão controvertida para que muitos não reconhecessem a união homoafetiva com entidade familiar era o artigo 226 §3º, da Constituição Federal, as leis regulamentadoras da união estável – lei 8.971/1994 e lei 9.278/1996, bem como o Código Civil, no seu artigo. 1.723. Todas as referidas normas fazem menção somente à união entre homem e mulher, e a justificativa para enquadrar a união homoafetiva dentro da união estável fora feita por analogia aos princípios constitucionais.

É o que assevera Maria Berenice Dias:

Não demorou para a justiça abandonar a analogia e reconhecer as uniões homoafetivas como união estável. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. Mister identificá-las como união estável. Esse vanguardismo que se deve à justiça gaúcha vem encontrando eco na maioria dos tribunais brasileiros (DIAS, 2011, p. 85).

Além disso, a partir de 2001 a justiça gaúcha assegurou o direito sucessório ao companheiro sobrevivente.

A par disso, o STF vem assegurando sobre a pensão por morte pelo INSS ao parceiro homossexual, bem como a garantia da assistência médica quando o dependente (companheiro) for incluído no plano de saúde. Por outro lado, o INSS vem reconhecendo administrativamente tanto a pensão por morte como o auxílio reclusão.

Como já foi bem enfatizado, mesmo diante da omissão do legislador em estabelecer as regras de união homossexual, a jurisprudência já se adiantou a garantir ao companheiro sobrevivente os mesmos direitos sucessórios garantidos ao cônjuge e ao companheiro da união estável.

Segundo Nicolau (SILVA, 2013 apud NICOLAU, 2011) “Reconhecida a relação homoafetiva ao convivente sobrevivente será aplicado o artigo 1790 do Código Civil, onde determina que “participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Ademais, o companheiro do mesmo sexo herdará os bens que colaborou na construção durante a convivência em união estável, no entanto, concorrerá com os herdeiros legítimos do falecido. Antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal os companheiros homoafetivos não tinham quaisquer direitos, e a ADIN 4377 trouxe mudanças expressivas, mormente quanto aos direitos sucessórios.

Como já mencionado, antes da decisão do STF, muitos conflitos de casais homoafetivos chegavam ao judiciário e eram encaminhadas as varas cíveis já que não poderiam ser levadas às varas de família por não receberem a denominação de família.

Maria Berenice Dias sustenta:

A jurisprudência aplicava às uniões homoafetivas o reconhecimento de mera entidade de fato, pautada no artigo 981 do Código Civil de 2002 que afirma celebrarem “contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (DIAS, 2011, p. 200).

Nestas situações, aplicava-se às uniões homoafetivas o instituto do direito empresarial como forma de proporcionar ao companheiro algum direito sucessório. Portanto, sociedades de fato seriam aquelas que não foram registradas, não possuem personalidade jurídica, e que, ainda, a responsabilidade dos sócios deve ser solidária e ilimitada pelas dívidas sociais. Importante mencionar que a súmula 380 do STF dispõe sobre a possibilidade de partilha de bens quando da existência da sociedade de fato.

Nessa linha de pensamento, Luciana de Paula Assis Ferriani afirma: "Não se podia dizer, no entanto, que eram direitos sucessórios, pois mesmo com a Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, os companheiros eram considerados meeiros e não herdeiros" (SILVA, 2013, apud FERRIANI, 2010).

Destarte, em um caso concreto, o juiz se convenciu sobre a existência dos direitos de partilha, bem como fundamentava suas decisões por meio da aplicação da sociedade de fato oriunda do direito empresarial. Por óbvio, tal imputação era algo muito desconfortável

para os casais homoafetivos, tendo em vista que, após anos de convivência, tinham seus relacionamentos comparados a de sócios, como se fossem uma empresa.

Nesse sentido há diversos julgados do STJ que buscava preencher os requisitos do artigo 1.363 do Código Civil de 1916 que assim era descrito: "Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns" (BRASIL. Código Civil, 1916).

Atualmente esse artigo é correspondente ao artigo 981 do Código Civil de 2002, e dispõe:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados (VADEMECUM, 2017, p. 218)

Assim, para a comprovação de algum direito, era necessário comprovar o esforço comum para a construção de patrimônio, não tendo sua relação comparada a de família.

Segundo SILVA (2013, apud FUJITA, 2009), "Como se fossem duas ou mais pessoas que buscando atingir um objetivo comum lucrativo pela conjugação de seus recursos e esforços".

Ademais, a doutrina sustentava duas teorias para que se pudesse fazer a comparação entre sociedade de fato e união entre pessoas do mesmo sexo.

É o que Fábio de Oliveira Vargas aponta:

As teorias receberam a denominação de Teoria da Contribuição Direta e a Teoria da Contribuição Indireta. Aquela dispõe que o parceiro sobrevivente tem o ônus de comprovar a participação efetiva na construção do patrimônio pelo casal. A Teoria da Contribuição Indireta afirma que basta comprovação de apoio para a construção do patrimônio, como por exemplo, os serviços domésticos e afeição (VARGAS, 2014, p 14).

Por conseguinte, quando a jurisprudência não adotava essas teorias, os indivíduos de mesmo sexo tinham seus direitos sucessórios negados, tendo em vista que a legislação vigente não trazia dispositivos sobre a união homossexual.

Maria Berenice Dias afirma:

Entregava-se o acervo hereditário aos parentes, que não são herdeiros necessários, ocasionando o enriquecimento sem causa dos tios, sobrinhos, "que normalmente hostilizavam a opção sexual do de cujus, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a mealhar o patrimônio e se vê sozinho, abandonado e sem nada" (DIAS, 2011, p. 201).

Veja-se que o parente que nada convivía com o falecido herdava todo o patrimônio que o casal homoafetivo tinha conquistado com seus esforços e trabalhos. Assim, o poder legislativo foi omissivo durante muito tempo, mas a ação ajuizada no STF, que deu maior interpretação ao entendimento de familiar, mesmo não tendo havido mudanças efetivas no texto da lei, mudou tal contexto.

Portanto, o poder judiciário está dando mais respaldo ao tomar decisões para beneficiar as uniões homoafetivas, embora nunca tenham ficado inertes quando solicitado a resolver a lide.

Insta ressaltar o que Maria Berenice leciona:

Um dos exemplos para que esse enriquecimento sem causa dos parentes do falecido não tomassem grandes proporções, foi o reconhecimento por parte da jurisprudência das uniões homoafetivas como sociedade de fato, de forma que houvesse no mínimo uma indenização como prestação de serviços, porém muitas heranças foram declaradas vacantes pelo fato do parceiro homossexual morrer sem deixar herdeiros (SILVA, 2013, apud DIAS 2011).

Ainda, outra maneira de o parceiro sobrevivente ter direitos sucessórios sobre a herança do falecido era por meio do testamento. Assim, o companheiro antes de vir a óbito poderia beneficiar o outro por meio do testamento, contudo, deveria respeitar a sucessão legítima dos herdeiros necessários. Conforme preceitua o artigo 1.857 do Código Civil de 2002, qualquer pessoa capaz pode dispor de seus bens para depois da morte desde que não inclua a parte que cabe aos herdeiros, ou seja, descendentes, ascendentes e cônjuge.

Reinaldo Franceschini Freire sustenta: "Observe-se que a sucessão legítima é aquela decorrente da lei e a testamentária resulta da última vontade do *de cujus*, significa dizer que não é possível a sucessão por pacto sucessório ou por contrato" (SILVA, 2013, apud FREIRE, 2009).

Por fim, a jurisprudência antes do julgado do STF já apresentava algumas decisões em sentido dos casais homoafetivos, todavia essas decisões acabavam por ferir a dignidade dos mesmos, pois comparavam suas relações a sociedades comerciais sem registro, não sendo aceitas como entidades familiares, mesmo quando demonstrado os objetivos comuns que possuíam.

### 3.5 A ANÁLISE AO DIREITO SUCESSÓRIO HOMOAFETIVO APÓS A ADIN 4277

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal reconhecendo os casais homoafetivos em união estável trouxe mudanças significativas, principalmente quanto aos direitos sucessórios.

O julgamento da ADIN 4277 foi um grande marco histórico para a positivação de direitos às minorias que sofrem discriminação por sua opção sexual.

A par disso, os direitos sucessórios homoafetivos são equiparados aos dos casais heterossexuais que vivem em união estável, no entanto, o Poder Judiciário recebeu muitas críticas por estar entrando na esfera legislativa.

Nessa senda, o Código Civil de 2002 continua afirmando, em seu artigo 1.723, que a união estável entre homem e mulher é reconhecida como entidade familiar, entretanto, caberá ao juiz no caso concreto aplicar o novo entendimento.

Art. 1.723. CC. 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.

§ 2º As causas suspensivas do art.1.523 não impedirão a caracterização da união estável (VADEMECUM SARAIVA, 2017, p.273).

Com isso, após a decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a garantir os mesmos direitos dos casais heterossexuais.

Outrossim, se faz necessário analisar as normas relativas à sucessão aplicáveis à união homoafetiva, bem como sua possibilidade e necessidade de aplicação, tendo em vista o silêncio e a lacuna do legislativo brasileiro sobre o assunto.

Assim, o direito sucessório decorrente da união estável é regulado pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002 que assim preceitua:

“Art.1.790 A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:  
I – se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;  
II- se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;  
III- se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;  
IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (VADEMECUM, 2017, p 279).

Com isso, o referido artigo demonstra que o convivente participará da sucessão do outro quando houver bens adquiridos onerosamente, sendo que na existência de sucessores como filhos comuns, terá o parceiro direito a mesma quota-parte atribuída ao filho. Já na existência de sucessores filhos somente do autor da herança, terá o companheiro direito apenas à metade do que cada um herdará por direito próprio.

Ainda, quando existir outros parentes sucessores, colaterais até o quarto grau (primos, irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos e tios-avós, por exemplo), o companheiro terá direito a um terço da herança.

Observa-se, entretanto, que os parentes colaterais até o quarto grau podem ser excluídos do direito sucessório, bastando que o falecido disponha de seus bens em testamento sem mencioná-los.

Insta ressaltar que não havendo sucessores, o companheiro herdará a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência do casal.

Conforme se infere os ensinamentos de Flávio Gonçalves Louzada:

Não é cabível uma proteção diferenciada no que tange à partilha de bens, nos casos de relações hetero e homoafetivas, uma vez que tratar as relações entre

peças do mesmo sexo como 'sócias', sem qualquer inferência à afetividade e ao amor, é transformar o nosso mundo e um mundo cruel, injusto e desumano. (LOUZADA, 2011)

A par disso, tendo como espoco o dever de proteção à família, incumbida ao Estado, nos termos do artigo 226 da Carta Magna, importante frisar a importância de atribuir os mesmos efeitos sucessórios à união estável homossexual, ou seja, iguais aqueles das uniões estáveis heterossexuais, haja vista a equiparação de ambas como instituto familiar.

É cediço afirmar que os Tribunais Superiores, atualmente, não têm uma posição formada e concreta sobre o direito sucessório decorrente da união estável homoafetiva, pois há determinadas decisões onde há o deferimento e há rejeição em relação a sua aplicação. Contudo, diante dessas novas modificações, conseqüentemente, as decisões vêm caminhando no sentido de deferir o direito sucessório ao parceiro sobrevivente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu a primeira decisão que deferiu o direito à sucessão ao parceiro do mesmo sexo.

Maria Berenice Dias (DIAS, 2003) sustenta que esta decisão foi de grande importância, pois: "retirou a homoafetividade do direito das obrigações, em que era visto como simples negócio, como se o relacionamento tivesse exclusivo objeto comercial e fins meramente lucrativos".

A autora ainda pontua que o julgado fora relevante, pois, pela primeira vez, a homossexualidade foi vista como uma relação de afeto.

Contudo, ainda há órgãos julgadores que não entendem pelo deferimento do direito à sucessão quando se trata da união homoafetiva.

Ademais, sobre os efeitos jurídicos decorrentes da união homoafetiva, o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já se posicionaram favoravelmente.

Assim, nos dizeres da Relatora do Supremo Tribunal de Justiça Nancy Andrighi "a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade" (BRASIL, STJ, 2011).

Vislumbra-se que a ADIN 4277 trouxe mudanças significativas no direito sucessório homoafetivo, pois antes de seu julgamento não havia qualquer garantia de sucessão.

Anteriormente, o que se tinha era a mera comparação a sociedades de fato, em que, algumas vezes, se conseguiam participações quando comprovada a participação onerosa.

Por conseguinte, com a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis, os direitos sucessórios dos companheiros de mesmo sexo passaram a se basear no artigo 1.790 do Código Civil,.

Frise-se, portanto, que não cabe participação dos companheiros supérstite na herança particular, ou seja, nos bens adquiridos antes da união estável ou durante a título de doação ou sucessão.

Por fim, o direito sucessório decorrente da união estável homoafetiva torna-se possível quando baseada nos princípios constitucionais e na evolução do conceito familiar, que é a consequência da evolução do ser humano. Ainda, importante utilizar-se da analogia, dos costumes e os princípios gerais de direito, de forma imparcial e livre de preconceitos, buscando sempre a melhor forma possível para se alcançar a justiça eficaz.

## **CAPÍTULO 3 - A UNIÃO POLIAFETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 1988**

### **4. CONCEITO DE UNIÃO POLIAFETIVA**

Analisando todo o contexto da Família, sua evolução histórica desde o seu surgimento até os dias atuais, é possível verificar que o instituto familiar traz a sensação de mutação constante, ou seja, não é algo que surgiu e permaneceu intacto, mas sim sofreu (e sofre) alterações que trazem reflexos diretamente ligados à sociedade. Assim, não é algo que se modifica e não interfere na vida das pessoas, pelo contrário, pois acaba por influenciar tanto positivamente quanto negativamente.

Com efeito, toda mudança em qualquer âmbito traz esses reflexos, visto que cada um tem aquilo como certo ou errado, seus valores individuais, que poucas vezes muda dentro do ser humano, como o caráter, os princípios que aprendeu quando criança e que possivelmente levará consigo por toda vida.

Por outro lado, não se trata de um reflexo que não é passível de mudanças interiores e pessoais. Ao longo da vida e das experiências que ela traz, é possível que haja uma transformação de opinião sobre determinado assunto que antes tinha um peso negativo, podendo se transformar em algo positivo, aceito interiormente.

Nessa senda, outro instituto que tem causado grandes polêmicas, mudanças, e reflexos negativos, é o instituto da união poliafetiva. É mister, portanto, trazer o conceito desse novo instituto familiar. No entender de Ana Lúcia Eduardo Farah Valente:

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta (FARAH VALENTE, 2012).

Assim, a união poliafetiva é o relacionamento amoroso que envolve duas ou mais relações paralelas, sendo que um aceita o outro, sem restrições. Em outras palavras, trata-se de uma relação aberta a várias pessoas, não existindo um número certo de integrantes. O que é essencial para esta formação familiar é a afetividade, sentimento que uns nutrem pelos outros.

Surge, então, uma indagação de como seria possível amar mais de uma pessoa e/ou se relacionar afetivamente com mais de um parceiro concomitantemente, no entanto, a resposta para esse questionamento está exatamente no modo como estes partícipes vivem e enxergam a vida, por uma ótica que talvez não seja como a maioria da sociedade.

Ainda sobre o conceito, aduz Maria Berenice Dias:

(...) a união poliafetiva é mais uma das diversas formas atuais de família. O novo conceito de família é mais flexível, não há a necessidade de casamento. A oficialização da união garante direitos, principalmente no caso de separação e responsabilidades sobre os filhos (ALEXANDRE, 2014 apud DIAS, 2012)

Com isso, a união poliafetiva trata-se de uma entidade familiar mais atual, com um novo aspecto: não há somente a ideia de casamento civil, mas a da união estável em uma relação múltipla, trazendo reflexos na seara dos direitos e deveres dentro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é importante analisar todo o contexto da união poliafetiva com um olhar voltado para a Constituição Federal. Como já fora abordado nos capítulos anteriores, é possível verificar que existe um novo conceito de família, que já não trata de uma entidade restrita, fechada e cheia de regras e normas a serem cumpridas.

É claro que, nesse espeque, a união estável consagrada no artigo 226 da Carta Magna, também traz, em seu bojo, conceito e regras a serem adotadas por aqueles que assim desejam viver em união estável. Assim, é imprescindível que haja convivência pública, contínua e duradora, bem como haja o *animus* de constituir família.

Entretanto, a união poliafetiva não é tratada pela Constituição Federal, tampouco por lei infraconstitucional. O que ocorre, na prática em relação a essas instituições, são

manifestações de vontade colocadas em um papel reconhecido por cartório, para que, assim, no futuro, possam ter seus direitos amparados pela legislação.

Contudo, é importante frisar que o Poder Judiciário não pode fechar as portas para essas entidades que não estão reconhecidas por lei, pois quando existem lacunas nas leis, utiliza-se os costumes, os princípios e a analogia para aplicação do direito daqueles que buscam uma resposta por suas objeções.

#### 4.1 A PRIMEIRA ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO POLIAFETIVA REALIZADA NO BRASIL

A união poliafetiva teve seu primeiro caso reconhecido em um cartório na cidade de Tupã, Estado de São Paulo, no mês de agosto de 2012, inovando-se no conceito familiar. Para tanto, foi lavrado escritura pública de união estável entre três pessoas, denominada de “escritura pública declaratória de união poliafetiva”.

Registre-se que, nesse documento, o trio, através da manifestação de vontade de cada um, se reconheceram enquanto família, bem como estabeleceram, como regime patrimonial, a comunhão parcial, em analogia ao regime da comunhão parcial de bens estabelecidos nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil.

Por conseguinte, após este primeiro caso ocorrido no Brasil, passou-se a chamar a entidade de união poliafetiva, derivada do poliamor. Resta cristalino que, embora pouco usual e agrida a moral de muitos da sociedade, não há nenhum impedimento legal na Constituição Federal, bem como no Código Civil ou até mesmo no Código Penal que proíba ou torne crime que as pessoas mantenham relações poliafetivas.

Nessa senda, a Resolução n. 40 de 14/08/07 do CNJ, em seu artigo art. 4, dispõe que qualquer pessoa que esteja sob as condições mínimas exigíveis para firmar um contrato de união e que necessariamente não possua nenhum laço matrimonial anterior poderá se unir a outro e constituir união a partir de um contrato registrado em cartório.

## 4.2 REQUISITOS DA UNIÃO POLIAFETIVA

É importante ressaltar que essa união compreende pessoas livres, solteiras, ou seja, não são pessoas casadas, pois se assim fossem, haveria crime de bigamia consagrado no artigo 235 do Código Penal, que diz: "Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos (VADEMECUM SARAIVA, 2017, p 558).

Assim, se uma pessoa é casada e se envolve com terceira pessoa, configura-se traição, no entanto, se contrai novo casamento, torna-se bigamia. Todavia, conforme citado, a união poliafetiva envolve pessoas solteiras, sem compromissos assumidos civilmente. Nesse tipo de entidade é necessário que um participe saiba do outro, e que ainda haja afeição um pelo outro.

Paulo Lôbo sustenta que "enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada" (LÔBO, 2004, p. 138).

A par disso, resta evidente que o conceito de família é formado por uma comunidade de afeto, entidade propícia ao fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, que culmina em um ambiente voltado para o ser humano, em sua essência plural, democrática, aberta e múltipla.

Nesse diapasão, a família é baseada em laços de afetividade, sendo este a sua causa originária e o sem fim, sentimento que é capaz de levar o ser humano a verdadeira felicidade, devendo o ordenamento jurídico regular cada uma das entidades formadas, não se prendendo a conceitos religiosos ou morais, maculados de subjetivismos há tempos superados.

De outra banda, há doutrinadores que não concordam com essa linha de pensamento em que o que deve prevalecer é a afetividade, bem como a lavratura das escrituras não teria validade. É o que pontua Regina Beatriz Tavares da Silva, que entende tal entidade como absurda. Segundo ela "Isso não vai para frente, nem que sejam celebradas milhares dessas escrituras. É algo totalmente inaceitável, que vai contra a moral e os costumes brasileiros" (DA SILVA, s/d).

É mister destacar que, para esses doutrinadores, o que prevalece é a moralidade e os costumes, mas é notório que essas questões não são eternamente imutáveis, pelo

contrário, com o passar do tempo, os pensamentos e a sociedade mudam. É claro, no entanto, que nem toda a coletividade atravessa essa evolução e aceita de uma forma natural. É como se fosse uma sociedade presa a um tipo de conceito familiar único, por entender ser o tipo certo de família que não atinja a moral das pessoas, mas falar em moralidade é algo bem subjetivo, pois o que é moral pra um pode não ser moral pra outro. Portanto, família não é um conceito formal, objetivo, único, exclusivo, mesmo que tenha sido assim no passado. Isso, pois, atualmente, vive-se em um país voltado para um futuro cheio de inovações, e no âmbito familiar não seria diferente. Entretanto, o poder judiciário muitas vezes caminha a passos lentos, e não acompanha as evoluções. Embora haja leis, existem lacunas que devem ser preenchidas de forma eficaz para que nenhuma pessoa, nenhuma nova entidade familiar, fique sem o devido respaldo.

#### 4.3 CASOS DE UNIÃO POLIAFETIVA NO BRASIL

Insta mencionar que a certidão lavrada na cidade de Tupã/SP não fora o único caso ocorrido. Na cidade de Porto velho, no Estado de Rondônia, por exemplo, o Juiz de Direito Adolfo Theodoro Naujorks Neto julgou o processo de número 001.2008.005553-1, decidindo:

[...] de tudo que foi exposto, é possível o reconhecimento da união dúplice, quando a autora, o extinto e sua falecida esposa mantiveram uma relação de poliamor, consentida e tolerada, advindo daí efeitos legais como a divisão dos bens adquiridos neste período [...] devendo o patrimônio adquirido pelo *de cujus*, por sua falecida esposa e pela autora neste período ser dividido em três partes iguais, mediante comprovação nos autos do inventário. (ALEXANDRE, 2014, apud DURAN, 2013).

Nesse sentido, Erich Wilson Pereira, Doutor em Direito Constitucional pela PUC de São Paulo, sustenta que não há inconstitucionalidade no registro em Cartório de Notas da inusitada união poliafetiva entre um homem e duas mulheres ou outras formações plúrimas que possam vir a ser constituídas (ALEXANDRE, 2014).

Assim, sustenta que, para o Direito Constitucional, o registro das escrituras públicas em cartório é apenas declaração de vontade a fim de tornar-se um núcleo afetivo. Assevera ainda que em situações análogas ocorrem com muita frequência no interior do país.

Nesse sentido pontua, mais uma vez, ALEXANDRE (2014, apud ALVAREZ, 2013):

"Não há nenhum tipo de inconstitucionalidade porque o Estado não interfere na vida privada das pessoas. Por isso, nem mesmo o Ministério Público pode entrar com qualquer ação na justiça para desconstituir o registro", afirmou Erick Pereira.

A par disso, a união poliafetiva tem modificado a ideia de conceito familiar, embora a lei não consiga acompanhar na mesma velocidade.

Mesmo assim, é a partir da Carta Magna de 1988 que se iniciou a desconstituição da ideologia da família patriarcal, edificada na relação monogâmica, heterossexual e patrimonial, surgindo a afetividade como base de toda e qualquer entidade familiar. Isso porque família do passado não possuía esta preocupação em relação ao afeto e consolidava-se sobre interesses financeiros e patrimoniais.

Nessa toada, no Rio de Janeiro, houve registros de escritura pública de um homem se unindo com duas mulheres, sendo o primeiro caso desse tipo de composição, e, ainda, o registro da união ente três mulheres, em outubro de 2015.

Um dos partícipes da união poliafetiva, afirmou que:

A repercussão foi imensa, jornais, TVs e mídias impressas realizaram matérias e divulgaram amplamente o assunto na internet. No âmbito pessoal, tivemos o apoio praticamente de todos os nossos amigos. Quanto aos parentes, tiveram certa resistência no início, mas agora começam a aceitar melhor. As piadinhas dos amigos são inevitáveis. Embora o assunto seja sério, não podemos descartar o bom humor do povo brasileiro e entender que mesmo dessa forma peculiar e extrovertida, o principal objetivo está sendo alcançado, que é o estímulo ao debate com relação a esse tema (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL, 2016).

A par disso, a Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CGJ/RJ) emitiu nota de esclarecimento sobre as escrituras públicas de união poliafetiva:

(...) “não tem o condão de criar direitos, uma vez que a união poliafetiva não é reconhecida no ordenamento jurídico”, que “os efeitos de uma escritura declaratória de união poliafetiva não são equiparados aos efeitos do registro de casamento ou da escritura de união estável”. E ainda que “os demais cartórios com atribuição notarial no estado não estão obrigados à confecção de escrituras semelhantes, uma vez que a união poliafetiva não é respaldada por lei” (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL, 2016).

Com isso, vislumbra-se, mais uma vez, a moral se sobrepujando ao direito, pois se a união poliafetiva não é amparada por lei, conforme a nota emitida pelo Conselho, é porque não existe uma proibição legal, ou seja, não existe uma regulamentação jurídica sobre esse assunto, logo, tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.

Assim, pode existir a discussão de não haver proibição legal, pois jamais se imaginou ter um núcleo familiar como no caso da união poliafetiva, todavia, o direito se amolda a sociedade, aos costumes da época vivenciada, Considerando, nesse sentido, que o poliamorismo iniciou-se recentemente na sociedade, caberá ao ordenamento jurídico se aperfeiçoar e trazer segurança jurídica quanto ao novo fato social.

Não é porque não existe uma proibição que não deve existir uma resposta do Poder Judiciário, pois existe uma lacuna na Constituição Federal sobre o conceito familiar. Contudo, deve-se aplicar os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolhas, devendo prevalecer os usos e costumes locais para que, assim, inicie uma jornada de respostas quanto ao reconhecimento ou não da união poliafetiva.

#### 4.4 DECISÃO A SER TOMADA PELO PODER JUDICIÁRIO

Analisando o contexto sobre as escrituras públicas de união poliafetiva e sua validade, em consonância com a Constituição Federal, o que poderá acontecer, na prática e num futuro, são duas posições, sendo elas:

A primeira é que o Juiz de Direito, ao analisar a escritura, poderá declarar, na sentença, sua existência e tornar efetivos todos os efeitos decorrentes do contrato.

Já a segunda posição é de declarar a inexistência da entidade familiar composta por três ou mais partícipes.

Ademais, como já exposto, a busca da felicidade por esse novo modelo de entidade familiar não pode ser cerceada por preceitos patriarcais, religiosos e morais, pois estamos frente ao princípio da autonomia da vontade das partes, ou seja, o Estado deve intervir o mínimo possível na vida íntima das pessoas.

Por conseguinte, o princípio da dignidade de pessoa humana e a busca da felicidade fundamentam o afeto, determinando um novo paradigma constitucional que fora aceito pelo Supremo Tribunal Federal como base para aceitar a união homoafetiva, quebrando as correntes, deixando de lado todo o moralismo, e iniciando, assim, um processo que não pode ser interrompido.

#### 4.5 A MORAL E SEUS REFLEXOS DENTRO DA UNIÃO POLIAFETIVA

Forçoso reconhecer que a moralidade está ligada diretamente a individualidade e interioridade de cada pessoa, e, portanto, cada ser humano traz consigo a própria moral, sendo livre para pensar, expressar e viver em busca da felicidade, pois é nessa acepção que está o sentido da vida.

O reconhecimento de novos modelos de entidade familiar está ligado diretamente a vários princípios constitucionais, e um dos pontos importantes que a Constituição assegura a todos é a questão de ordem moral. Insta trazer a lume o referido artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (VADEMCUM SARAIVA, 2017, p.6).

Com isso, podemos pontuar que aquele que tem a violação de sua intimidade e vida privada faz jus à indenização pelo dano moral.

Embora cada pessoa tenha seu conceito sobre família, aquilo que considera como algo moral, como seus princípios e valores pessoais, tais entendimentos não devem ultrapassar a barreira do respeito.

Ademais, não é porque existem vários tipos de entidades familiares que se pode sair afirmando que tal entidade não é a melhor forma de constituir família, pois cada um tem seu próprio entendimento.

É mister destacar que vivemos em uma sociedade muito preconceituosa em vários aspectos, como quanto a cor, a etnia, deficiências e orientação sexual. Pode-se refletir, ainda, sobre a moral vivenciada por essa nova entidade, fazendo com que muitos enfrentem dificuldades por suas escolhas não serem a que melhor se encaixaria para uma parte da população, o que faz com que enfrentem barreiras quase intransponíveis.

Nesse esboço, a tabeliã Claudia do Nascimento Domingues afirma que:

O fato de eles viverem de tal jeito não afeta a minha vida, é a liberdade privada deles. Gostaria que fosse muito simples: você vive como quer, do jeito que quer, não afeta a vida dos outros, e ninguém tem que se intrometer. Mas a realidade no Brasil, como nós sabemos, não é essa (BECALLE, 2012).

E continua:

No Brasil ainda se pensa muito de forma individual. Se algo não é bom para mim, não é bom para ninguém. Tudo bem, eu continuo não querendo para mim, mas eles não me afetam, vivendo em três, ou em cinco. Agora me afetam, por exemplo, quando fazem de conta que têm um casamento maravilhoso mas têm dois amantes, três amantes. Isso me afeta, fazer de conta que não sei (BECALLE, 2012)

Portanto, o ser humano muitas vezes quer impor a moral, devendo ela sobrepujar ao direito, e não é a forma que as coisas devem ser levadas a frente, visto que deve existir um equilíbrio entre o que se considera certo e o que se tem como errado.

Com isso, a tabeliã ainda sustenta:

É um absurdo por qualquer olhar que se dê. Não importa se tem escritura ou não. Na minha concepção é o ser humano fazer a limitação moral que a lei não faz. Vamos então morar em um país onde as leis sejam inteiramente morais. Legalmente não podemos aplicar isso no Brasil (BECALLE, 2012).

Assim, não há como o Poder Judiciário fechar os olhos para essa nova realidade. Com isso, a moral passa por um processo de mudanças dentro da sociedade para que as pessoas possam ver, a partir de novos horizontes, que a realidade familiar é pode ser outra, e independentemente de sua formação, merece o amparo Constitucional e respeito. É o que pesquisas realizadas anteriormente sustentam:

Entendo que essas novas entidades terão que enfrentar muitos obstáculos para atingirem um nível onde a sociedade, bem como a lei entenda que se trata de uma família, constituída também pelo elo do afeto, como no caso da união estável, dos homossexuais, principalmente no aspecto moral. Será necessária uma mudança na mentalidade das pessoas que apenas criticam e julgam sem entender de fato o que ocorre quando existe uma mudança (AUGUSTO, 2016, p. 12)

Não se trata de mudanças fáceis, pois sempre haverá um obstáculo a ser vencido, como no caso dos homoafetivos que, embora a união entre eles tenha sido reconhecida pela Suprema Corte, ainda sofrem grande preconceito.

Outrossim, resta cristalino que a família poliafetiva enfrentará ainda mais obstáculos por não ser apenas um casal, mas várias pessoas em um mesmo relacionamento.

#### 4.6 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A NOVA CONCEPÇÃO SOBRE FAMÍLIA

Diante de todo exposto, é possível se verificar que as mudanças foram de suma importância para um Estado Democrático de Direito, o qual busca atender aos anseios de toda a sociedade.

A par disso, o ordenamento jurídico pátrio inaugurou o princípio da pluralidade das formas de constituir família, ao prever rol exemplificativo de famílias, artigo 226 da Constituição

Federal, o que não excluía as demais formas de configuração de uma entidade familiar, como, por exemplo, a família anaparental e a família extensa.

Assim, a Constituição Federal de 1988 preceitua, sob o princípio da dignidade da pessoa humana, um vetor maior para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, a valorização do indivíduo e de sua realização pessoal.

Nessa senda, se a família é a base da sociedade, como dispõe o caput do artigo 226 da Carta Magna, não é capaz de validar interpretações restritivas e excludentes que firam a própria dinâmica fática, como pontua Paulo Lotti:

Como não há *limite semântico* no texto *constitucional* (uma proibição) que impeça o reconhecimento da família conjugal paralela a prévio casamento ou prévia união estável (o limite está na lei, não na Constituição), surge a necessidade de se entender qual a proteção *constitucional* da família para se ver se as restrições legais seriam constitucionalmente válidas (VECCHIATTI, 2014).

No mesmo sentido, continua:

Na doutrina familiarista já se fala há considerável tempo sobre o conceito (ontológico/material) de família. Segundo a já clássica lição de Paulo Lôbo, o artigo 226, caput, da CF/88, ao não repetir a redação do artigo 175 da CF/67-69 (que se entendia que condicionava a proteção da família à sua consagração ao casamento - dito dispositivo aduzia que "a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção...") para falar agora que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", gera como consequência que "a cláusula de exclusão" desapareceu, deixando a CF de proteger apenas um tipo de família para se proteger toda e qualquer família. (VECCHIATTI, 2014)

Nessa trilha, vislumbra-se que, ao longo de todo o tempo, a família é o instituto que passa por mais transformações consideráveis, deixando de lado algumas formalidades e trazendo o novo aspecto a ser considerado como família, ou seja, a afetividade.

Com isso, ainda haverá muita discussão sobre o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar formada por múltiplos, entretanto, como foi possível abordar e aprofundar quanto à possibilidade de novas mudanças e os reflexos gerados na sociedade, com certeza, essa forma de união trará diversos olhares jurídicos sobre o

assunto, o que na verdade já vem ocorrendo, no entanto, sem regulamentação, como ocorrera recentemente na união homoafetiva.

Outrossim, a família, o Estado e a sociedade devem manter uma relação helicoide e interligada, de necessária cooperação, pois trata-se de “o bem de todos”, consagrado no inciso IV, do artigo 3º da Constituição Federal. Isso porque existe a ideia de que não se pode haver, de maneira alguma, preconceito e afrontamento a dignidade da pessoa humana, sob qualquer forma: raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras.

Portanto, todos os tipos de união estável devem ser tratados igualmente, e no caso em comento, a união poliafetiva.

Ademais, a escolha da conduta amorosa deve ser livre, desde que não prejudique ninguém nem, tampouco, entre em choque com outras normas morais e jurídicas da mesma estrutura.

Com isso, se os heterossexuais e os homossexuais podem ser felizes, prevalecendo sua dignidade da pessoa humana como forma de afirmação de sua personalidade e de forma de afirmação do indivíduo, o mesmo tratamento deve ser dado aos que fazem parte ou desejam formar uma união poliafetiva.

Trata-se de uma reflexão de grande importância ao futuro que se avizinha, entretanto, independentemente das posições contrárias do STJ ou STF e doutrinadores, a família conjugal poliafetiva, que não gere opressão a nenhum de seus integrantes, deve ser reconhecida e protegida pelo Estado Brasileiro, tendo em vista o princípio da pluralidade de entidade familiares oriunda da interpretação do caput do artigo 226 da Carta Magna, bem como da ausência de motivação lógica-racional que justifique a negativa de reconhecimento.

Nesse sentido, Névtton Guedes afirma que:

Não há nada no Direito que não se submeta a restrições e limites. Na verdade limite e direito são conceitos que se vinculam, não apenas de forma antinômica, mas também essencialmente: são contrários impossíveis de serem pensados de forma absoluta ou isolada (ROSALINO, 2012).

E assim continua:

Como facilmente se conclui do tratamento absolutamente contraditório que as diversas experiências constitucionais tem oferecido a problemas existenciais da condição humana, a afirmação do caráter absoluto do princípio da dignidade humana não logrou oferecer solução uniforme a problemas capitais de nossa convivência social. Isso decorre do dado simples de que o ser humano não é um ser isolado no mundo ou na natureza sobre o qual se possam lançar certezas absolutas de valor, que desconsidere a sua imanente implicação social e histórica. Alias, se o ser humano tivesse permanecido isolado na natureza não passaria de uma fera como outro animal qualquer e, apenas nessa condição, é que sobre ele poderíamos fazer incidir as certezas absolutas das leis da natureza (mundo do ser), e não a relatividade das normas jurídicas ( mundo do dever ser) (ROSALINO, 2012)

Assim, resta evidente que a pretensão de alguns quanto à formalização de vínculos afetivos paralelos não encontra fundamento na atual sociedade brasileira, bem como nos princípios e valores socioculturais que configuram como base interpretativa das normas constitucionais e legais. No entanto, é necessário que haja uma interpretação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, para que as uniões poliafetivas recebam do Estado a devida proteção.

Nessa toada, busca-se, do ordenamento jurídico, uma regulamentação, contudo, essa nova entidade terá que buscar o reconhecimento, o respeito, a proteção, não somente do Poder Judiciário, mas sim de toda a sociedade.

Como foi visto, o respeito não deve se sobrepujar ao preconceito, todavia, a sociedade passa por um momento de transformações morais, de valores, princípios internos, e não será tão célere essa modificação na mente das pessoas, nem tampouco um respaldo jurídico. Isso porque se sabe que o judiciário é moroso: em ações comuns já se levam anos para ser solucionadas e não será diferente com o novo modelo familiar, ainda mais que não existe nada na lei que regule ou que proíba.

Com certeza, quando surgirem ações nesse sentido, começará, a partir de então, a surgir os precedentes judiciais, tornando-se base para as futuras decisões.

Por conseguinte, frise-se que não existe uma sociedade sem mudanças, bem como não se vislumbra mais a ideia de que a família é ou deve ser somente aquela constituída pela igreja ou pelo Estado.

Nesse sentido, o que deve prevalecer é o sentimento que os une, ou seja, que a busca da felicidade seja pela afetividade, não por uma imposição de um modelo de família ideal para sociedade.

Posto isto, a união poliafetiva como entidade familiar não é o primeiro modelo de entidade a ser alterada, nem tampouco poderá ser a última. Como restou cristalino, ao longo do tempo, sempre haverá mutações dentro de qualquer sociedade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de uma sociedade contemporânea, é notório que o processo de evolução acontece o tempo todo, mormente, no que tange ao instituto familiar.

Evidentemente que, com essa evolução, nasce para o indivíduo, inserido dentro dessa sociedade, um dever de respeito e compreensão para com as escolhas do próximo, bem como nasce, para o direito, novos litígios que devem ser solucionados na medida em que vão surgindo novos modelos de entidade familiar.

No caso em comento, depreende-se que a união poliafetiva é uma nova instituição familiar que traz, em seu bojo, o sentimento da afetividade e, nesse sentido, trata-se de um novo modelo de família na sociedade brasileira. Contudo, como vimos, ainda não há nenhuma regulamentação sobre esse tema, bem como a doutrina ainda está bem dividida quanto a este instituto.

É importante frisar que, independentemente das transformações familiares, é necessário que o moralismo não se sobrepuje ao respeito, bem como ao próprio ordenamento jurídico.

Conforme fora analisado, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova ótica para o direito de família, sobre o prisma da pluralidade de entidades familiares, não se prendendo tão somente a ideia de que família era aquela formada pelo homem e mulher dentro do casamento civil, mas, sim, trazendo uma nova visão para a sociedade sobre as famílias compostas pelo princípio da afetividade.

Frise-se que definir o instituto familiar não é impor como um conceito certo e específico, tendo em vista que referida entidade não permaneceu inalterada no decorrer da evolução histórica da sociedade.

Nesse espeque, a família poliafetiva é a que mais causa estranheza e repulsa no ordenamento jurídico brasileiro, pois sua existência não é evidente, sendo assunto de raros debates doutrinários e jurisprudências, bem como ainda não é comum ter ações envolvendo o tema em apreço.

Lado outro, em relação aos outros tipos de entidade familiar (união estável, monoparental, união homoafetiva, etc.), a união poliafetiva não encontra previsão constitucional, infraconstitucional e tampouco jurisprudencial.

Vislumbra-se que a sociedade tem uma noção de que afeto só pode ser dado a um companheiro por vez, pois não haveria a possibilidade de três ou mais pessoas encontrar afeto mútuo e ainda conseguir viver em um relacionamento, mesmo que todos estivessem de acordo.

Importante frisar que esse pressuposto, bem como o afeto e os demais da união estável, bastariam ao reconhecimento dessa nova formação familiar, no entanto, não é o que ocorre, ao passo que na maioria das vezes o que acontece é o preconceito.

Com isso, a Carta Magna garante ao indivíduo a liberdade de constituir família, bem como garante isonomia, e ainda, por ser a família baseada no afeto, sua constituição deve ser o que deseja, sem interferência do Estado ou até mesmo da sociedade, o que infelizmente não acontece na prática.

Registre-se que o direito, instrumento essencial para o controle social, muitas vezes é usado para ideologias diferentes da adotada na Constituição Federal, pois são esquecidos os princípios da dignidade da pessoa humana, do afeto que constitui a família, da característica do pluralismo familiar.

Portanto, a escolha que cada pessoa faz em relação ao tipo de entidade familiar que deseja constituir, merece guarida tanto no âmbito social como no âmbito jurídico, não tendo apenas a garantia de não interferência do Estado nas relações privadas, mas deve também obter uma segurança jurídica garantida de que esses indivíduos não sejam alvo de preconceito, discriminação pelo exercício de liberdade, e ainda, não sejam alvos de crimes absurdos que vemos nos noticiários, principalmente no caso dos homossexuais.

Resta cristalino, que embora a Carta Magna dispõe sobre a pluralidade de entidade familiares, a legislação é ainda frágil nesse sentido, o que ocorre na prática é que a doutrina e a jurisprudência acabam tendo um papel importante na defesa destas minorias familiares.

Outrossim, a legislação, bem como o poder judiciário, deveria seguir com as transformações sociais, garantido a todos os direitos concernentes a família

patriarcal/matrimonial, haja visto que a Constituição determina o dever de proteger a família sem discriminações.

Por conseguinte, o preconceito não deve prevalecer em face do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e a liberdade. O que deve acontecer nesses casos de preconceito e moralismo puro é que estes devem ser rechaçados.

Insta ressaltar que não é o direito que cria a realidade, pelo contrário, e se o ordenamento jurídico não se adequar a realidade social, corre o risco de tornar-se retrógrado.

Por fim, conclui-se que não importa o quanto a sociedade se transforme, pois é fundamental que existam modificações. No entanto, necessário se faz que exista uma mudança moral no âmago da mesma para que essas novas transformações não tragam apenas reflexos negativos, mas que possam ser analisadas, compreendidas e respeitadas.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Fernando Cruz. **União Poliafetiva: uma análise de sua juridicidade em face da recente mutação constitucional no conceito jurídico de entidade familiar.** Disponível em: <https://fern.jusbrasil.com.br/artigos/148760065/uniao-poliafetiva-uma-analise-de-sua-juridicidade-em-face-da-recente-mutacao-constitucional-no-conceito-juridico-de-entidade-familiar>

ALVAREZ, Rogério. **União poliafetiva não é inconstitucional.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/advogado-união-poliafetiva-nao-inconstitucional>.

ALVES, Júlio Henrique de Macêdo. A evolução nas definições de Família, suas configurações e o preconceito. 2014. Disponível em: [https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/892/1/JulioHMA\\_Monografia.pdf](https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/892/1/JulioHMA_Monografia.pdf)

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. **Novos caminhos.** Ano V. 63 ed. Visão jurídica. São Paulo: Escala, 2011

\_\_\_\_\_. **Os novos caminhos da união estável homossexual.** Disponível em: <http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20Os%20novos%20caminhos%20da%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20homossexual%20%20Por%20Sylvia%20Maria%20Mendon%C3%A7a%20do%20Amaral.pdf>

AUGUSTO, D.C.D; da SILVA, E. M. **União estável poliafetiva: uma reflexão sobre o aspecto moral acerca do novo modelo de entidade familiar.** Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1411400437P648.pdf>

BRAIDO, Ingrid Maria Bertolino. **Família monoparental- acolhida pela Constituição Federal de 1988, porém, marginalizada.** 95 f. Trabalho de Conclusão de Curso-faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2003.

BRASIL. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&pgl=266&pgF=270>

BRASIL. **STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 4277 DF.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>

BRASIL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL**  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

BRASIL, **Código Civil de 1916. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm)

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **União poliafetiva: escritura é necessária?**  
 Publicado em 20/04/2016. Disponível em:  
<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzQwMA==>

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **União estável de três abre polêmica sobre conceito legal de família.** Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/uniao-estavel-de-tres-abre-polemica-sobre-conceito-legal-de-familia/>

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça!** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual.** s.d.  
 Disponível em:  
[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_632\)53\\_\\_liberdade\\_de\\_orientacao\\_sexual\\_na\\_sociedade\\_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)

\_\_\_\_\_. **A União Estável.** Disponível em:  
<http://docplayer.com.br/12239500-A-uniao-estavel-maria-berenice-dias-www-mbdias-com-br-www-mariaberenice-com-br-www-direitohomoafetivo-com-br.html>

\_\_\_\_\_. **FAMÍLIA HOMOAFETIVA.** Disponível em:  
[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_647\)28\\_\\_familia\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf)

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019)>. Acesso em jul 2017.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 2007  
 \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 368.

DURAN, Aline Samara Jandani. **Levantamento e proposta de conceituação sobre a união poliafetiva.** Revista Pitágoras. Nova Andradina/MS, dez/Marc 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado: Texto Integral.** Traduzido por Ciro Mioranza. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, [S.d]. p. 31-7. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v.2).

FACHIN, Luiz Edson. **Família hoje. A nova família: problemas e perspectivas.** Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FARAH VALENTE, Ana Lúcia Eduardo. Artigo - **O poliamorismo e a possibilidade de união poliafetiva.** 2012. Disponível em: <https://arpen->

sp.jusbrasil.com.br/noticias/100163131/artigo-o-poliamorismo-e-a-possibilidade-de-uniao-poliafetiva-por-ana-lucia-eduardo-farah-valente

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 160p.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência Sucessória na União**. Curitiba: Juruá Editora, 2009. 215. p.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu, et al. **Comentários ao Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33.

LÉVY-STRAUSS, C., KATHLEEN GOUGH e MELFORD SPICO. **A Família. Origem e evolução**, 1980, p.16, in LEITE, Eduardo de Oliveira . Tratado de Direito de Família, vol.1,p.8.

LIMA, Elinaldo Renovato de. Estudo Bíblico **O Valor da Família**. Disponível em: <http://www.estudosgospel.com.br/estudo-biblico-familia-pais-filhos-marido-esposa-jovens-teen/o-valor-da-familia.html>

LÔBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família**. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>

LOCKS, Jéssica Cristina dos Anjos. **As Novas Modalidades de Família**. 2012. Disponível em: [http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2728#\\_ftn10](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2728#_ftn10)

LOUZADA. Flávio Gonçalves. **Partilha de bens**. In: DIAS. Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011b.

Migalhas, informativo. STJ - **União homoafetiva** : julgamento é interrompido com quatro votos favoráveis e dois contrários. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI127572,101048-STJ+Uniao+homoafetiva+julgamento+e+interrompido+com+quatro+votos>

NICOLAU, Gustavo Rene. **União Estável e Casamento: Questões Práticas**. São Paulo: Atlas, 2011. 247.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A família: Conceito e Evolução Histórica e sua Importância**. s.d. Disponível em: [http://www.pesquisedireito.com/a\\_familia\\_conc\\_evol.htm](http://www.pesquisedireito.com/a_familia_conc_evol.htm)

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V 11 Edição .Rio de Janeiro, forense, 1997, p 31.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V - Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PUFF, Jefferson. **União estável em três abre polêmica sobre conceito legal de família**. Disponível em: <https://ayrtonbecalle.com/tag/uniao-poliafetiva/>

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. 6 - Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

ROSALINO, Cesar Augusto De Oliveira Queiroz. **REFLEXÕES JURÍDICAS E SOCIAIS SOBRE O POLIAMORISMO**, 2012. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=9383](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9383)

SILVA, Fabricia Sarges da. **As mudanças ocorridas no direito sucessório homoafetivo após o julgamento da ADIN 4277 pelo Supremo Tribunal Federal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12710&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12710&revista_caderno=14). Acesso em jul 2017.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, L. L.; LIMA, R.M. **A conversão da união estável em casamento**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

VADEMECUM SARAIVA, 2017 23ª edição, São Paulo.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Famílias paralelas e poliafetivas devem ser reconhecidas pelo Judiciário**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2014-ago-05/paulo-iotti-familias-paralelas-poliafetivas-reconhecidas#\\_ftn4\\_6588](http://www.conjur.com.br/2014-ago-05/paulo-iotti-familias-paralelas-poliafetivas-reconhecidas#_ftn4_6588)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 11ª ed. São Paulo, Atlas, 2011. 501p.

WITZEL, Ana Claudia Paes. **Análise da família monoparental como entidade familiar após o advento da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23739/analise-da-familia-monoparental-como-entidade-familiar-apos-o-advento-da-constituicao-federal-de-1988>

YASSUE, Izabela. **A família na Constituição Federal de 1988** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>