UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA: O CAMINHO ABERTO PELO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Graduando: Inácio Emiliano Melo Mourão Pinto

Matrícula: 11/0121821

Brasília
Novembro, 2015

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA: O CAMINHO ABERTO PELO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Thiago Luís Santos Sombra

Graduando: Inácio Emiliano Melo Mourão Pinto

Matrícula: 11/0121821

Brasília
Novembro, 2015

UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA: O CAMINHO ABERTO PELO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Orientador: Professor DoutorandoThiago Luís Santos Sombra

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/2015, com menção ____.

Banca Examinadora:

_____

Orientador: Professor Doutorando Thiago Luís Santos Sombra

_____

Integrante: Professora Doutora Daniela Marques de Moraes

_____

Integrante: Professor Mestre Bruno Rangel

_____

Suplente: Professora Doutor Mamede Said Maia Filho

DEDICATÓRIA

A você, que sabe a sua família não cabe em um pedaço de papel, não se descreve em artigos, não cabe em um código.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, sem Ele nada teria acontecido. Agradeço a minha família, sem ela nada disso teria acontecido. Nela, primeiro à minha tia Carmen, que sempre acreditou em mim, às vezes mais do que eu mesmo. Se não fosse aquele seu “tenta outra vez, você consegue” esta graduação não teria acontecido. Ao meu pai, advogado, que me ensinou que uma causa nunca está perdida e que desistir não é uma opção. À minha mãe, que me ensinou – e ensina todos os dias – que acreditar é sempre melhor que duvidar e que as pessoas podem ser boas. À minha tia Regina, que me recebeu – e recebe –sempre de braços abertos e sorriso largo. Finalmente ao Spock, que esteve fielmente ao meu lado durante toda a redação deste trabalho, um apoio canino sempre inestimável.

A maior solidão é a do ser que não ama. A maior solidão é a dor do ser que se ausenta, que se defende, que se fecha, que se recusa a participar da vida humana.

A maior solidão é a do homem encerrado em si mesmo, no absoluto de si mesmo,

o que não dá a quem pede o que ele pode dar de amor, de amizade, de socorro.

(Vinicius de Moraes)

O futuro é uma astronaveque tentamos

pilotarNão tem tempo nem piedadenem tem

hora de chegar

Sem pedir licença muda nossa vida

Depois convida a rir ou chorar

Nessa estrada não nos cabe conhecer ou ver o

que virá

O fim dela ninguém sabe bem ao certo onde vai dar

(Toquinho)

RESUMO

Uma análise acerca da possibilidade do reconhecimento da união estável poliafetiva a partir do reconhecimento da união estável homoafetiva. A partir de um estudo preliminar acerca da poliafetividade, no qual o autor discorre brevemente sobre a prática na história da humanidade, descreve a assunção do termo poliafetividade em substituição ao termo poligamia, expõe a atual falta de representatividade em termos de ativismo social e judicial no país e delimita o escopo do trabalho como a análise jurídica – constitucional – dos argumentos utilizados no reconhecimento da união estável homoafetiva e sua adequação à defesa do reconhecimento da união estável poliafetiva. Escolha e análise do caso paradigma, APDF 132-RJ, cada um de seus votos, com a extração dos argumentos vencedores. A aplicação dos princípios constitucionais, o reconhecimento de família como um conceito aberto e a homoafetividade como prática não defesa no ordenamento jurídico são os principais argumentos que foram hipoteticamente aplicados aos casos de poliafetividade. Esta análise, utilizando desde a doutrina clássica a mais recente, confrontou diferentes pontos de vista para concluir que a união estável poliafetiva pode ser reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio, desde que aplicados os mesmos argumentos que justificaram o reconhecimento da união estável homoafetiva.

Palavras-chave: poliafetividade, união estável, família, homoafetividade, análise jurisprudencial, poligamia.

ABSTRACT

Ananalysisofthepossibilityofrecognizingofstablepolyaffectiveunionfromtherecognition ofstablehomoaffectiveunion. From a preliminarystudyofthepolyaffectivesrelationships, in whichtheauthordiscussesbrieflyaboutthepractice in humanhistory, describestheassumptionoftermpolyaffectiverelationshipreplacingthetermpolygamy, exposesthecurrentlackofrepresentation in termsof social and judicial activism in Braziland defines thescopeofwork as a legal analysis–constitutional–oftheargumentsused in therecognitionofstablehomoaffectiveunionand its suitabilitytothedefenseofrecognitionofstablepolyaffectiveunion. The choiceandanalysisoftheparadigm case, APDF 132-RJ, eachofits votes, withtheextractionofthewinningarguments. The applicationofconstitutionalprinciples, therecognitionoffamily as an open conceptandthepracticeofhomoaffectiveness nonforbidden in law are themainargumentsthatwerehypotheticallyappliedto cases ofpolyaffectiveness. Thisanalysis, usingtheclassicaldoctrineuntilthelatestone, confronteddifferent points ofviewintoconcludethatstablepolyaffectiveunioncanberecognizedbytheBrazilian legal system, if it appliedthesameargumentsthatjustifiedtherecognitionofstablehomoaffectiveunion.

Keywords: polyaffectiverelationship, stableunion, family, homoaffectiverelationship, jurisprudentialanalysis, polygamy.

RESUMEN

Unanálisis de laposibilidad de reconocerlauniónestablepoliafectiva desde elreconocimiento de launiónestablehomoafectiva. A partir de unestudio preliminar sobre lapoliafectividad, enel que el autor discute brevemente acerca de estapracticaenla historia humana, describelaasunciónde llapalabrapoliafectividadensustituiciona poligamia, exponelaactual falta de representaciónen términos de activismo social y judicial en país y define el alcance deltrabajo como unanálisis jurídico - constitucional - de los argumentos utilizados enelreconocimiento de launiónestablehomoafectiva y suadecuación a la defensa delreconocimiento de launiónestablepoliafectiva. La elección y análisisdel caso paradigmático, APDF 132-RJ, cada uno de sus votos, conlaextracción de los argumentos ganadores. La aplicación de losprincipiosconstitucionales, elreconocimiento de lafamilia como un concepto abierto y lapráctica homoafectivacomo no prohibidaenderechosonlosprincipales argumentos que se aplicaronhipotéticamente a los casos de poliafectividad. Este análisis, utilizando desde ladoctrinaclásicahasta la más reciente, confrontó diferentes puntos de vista para concluir que launiónestablepoliafectivapuede ser reconocida por elordenamiento jurídico brasileño, desde que aplicadoslosmismosargumientos que justificaronelreconocimiento de launiónestablehomoafectiva.

Palabras-clave:poliafectividad, uniónestable, familia, homoafectividad, análisis jurisprudencial, poligamia.

Sumário

INTRODUÇÃO 10
1. DEMARCANDO O TERRENO 13
1.1. Um conceito bem conhecido 13
1.2. Poliafetividade: a poligamia sob um novo enfoque 15
1.3. Poliafetividade como opção de família: invisibilidade 15
1.4. Foco na juridicidade 18
2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL 20
2.1. Caso paradigma 20
2.2. Voto do Ministro Relator 22
2.3. Voto dos demais Ministros e Acórdão 27
2.4. Síntese dos argumentos vencedores 28
3. APLICABILIDADE DOS ARGUMENTOS À POLIAFETIVIDADE 30
3.1. Princípios constitucionais 30
3.2. Família: conceito aberto 34
3.3. Ausência de vedação expressa no ordenamento 37
3.4. A evolução do Direito no caminho da aceitação 44
CONCLUSÃO 48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 50
REFERÊNCIAS NORMATIVAS 53

INTRODUÇÃO

O problema base desta monografia surgiu de forma absolutamente natural, a partir de uma pergunta feita em classe há cerca de um ano, em uma aula de Direito de Família. A pergunta, pertinente e relativamente controversa, gerou surpresa na turma quando proferida. Não sei se encarada como chiste pelos demais alunos ou professor, no entanto se tratava, ao menos para mim, de um questionamento condizente com o debate jurídico apresentado.

O tema da aula era a união estável e o professor, com propriedade, tratou do tema da união estável homoafetiva. Explicando que naquele momento já se aceitava em nosso ordenamento o seu reconhecimento, não por meio de legislação positivada, mas por meio de decisão judicial com efeito*erga omnes* e aplicabilidade em todo o território nacional, a ADPF 132-RJ (BRASIL, 2011, p. 6) de 2011. Além disso, tratou também do RESP Nº 1.183.378–RS[1] (BRASIL, 2012, p.1) que, embora não tenha a mesma amplitude de efeitos da anterior, pois não lhe fora expressamente atribuído o efeito *erga omnes*, permitia que aquelas relações não fossem consideradas apenas união estável, mas também lhes admitia a conversão em casamento.

Na explanação acerca da ADPF 132-RJ restou evidente o esforço do Poder Judiciário para promover a flexibilização do art. 1.723 do Código Civil de 2002 para uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de não restringir apenas à união entre um homem e uma mulher como elementosconstitutivos. A decisão, marco histórico na luta pelos direitos civis dos casais homoafetivos no país, foi festejada por diversos segmentos da sociedade civil vinculados à defesa dos direitos de minorias e deixou-me intrigado em outro aspecto. Explico. A literalidade do artigo é a seguinte:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002).

A decisão, portanto, flexionou o artigo em sua parte que diz "*o homem e a mulher*", em gênero, em um dos termos. Assim, caso trate-se de um par homoafetivo masculino, o

[1] Recurso Especial nº 1.183.378/RS relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, publicado no DJe. em 1º de fevereiro de 2012 assim ementado: 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 A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF (BRASIL, 2012, p.1).

termo "*mulher*" deve ser flexionado para o gênero masculino, admitindo assim uma união estável entre "*homem e homem*". Por outro lado, ao aplicarmos o novo entendimento a um par homoafetivo feminino, teremos que flexionar o termo *"homem"* para alcançarmos o entendimento da possibilidade da união estável entre "*mulher e mulher*". Há, portanto, nesta parte do artigo a necessidade de uma flexão de gênero. O que me levou ao problema base desta monografia: se é possível a flexão de gênero no conceito de união estável, por que não seria possível uma flexão de número?

Como que de inopino, veio-me à mente aqueles ensinamentos de segundo grau, quando na disciplina de Língua Portuguesa aprende-se a famigerada Análise Morfológica das palavras. À época, o mestre Cegalla (1995, p. 280) ensinava que :

> Consiste a análise morfológica em dar a classe das palavras, sua classificação, fazer o levantamento dos diversos acidentes gramaticais (gênero, número, grau, pessoa, etc.) e identificar-lhes o processo de formação e os elementos mórficos que as constituem.

Neste contexto, a palavra *"homem"* deve ser morfologicamente analisada como um substantivo comum, masculino, singular. Do outro lado, a palavra *"mulher"* consubstancia um substantivo comum, feminino, singular. Homem e mulher guardam estreita relação semântica, representando, inclusive, uma variação referencial do outro em gênero até para o Código Civil. Note-se que "homem" como designação da espécie humana não foi o sentido buscado no artigo flexionado.

Retomando a pergunta base de todo este estudo: se um dos pontos morfológicos das palavras mereceu sua flexibilidade, por que não outro ponto, o número? Ora, se se pôde flexibilizar o gênero enquanto um dos componentes da união estável, por que não se poderia flexibilizar também o número em sua matriz codificada? Se a união estável agora não mais estaria presa às amarras da letra fria da lei, se é perfeitamente aceitável a união estável de um homem e outro, ou entre uma mulher e outra, por que não uma união de homens e mulher, homem e mulheres ou até de homens e mulheres? Decerto a flexibilização foi possível pelo fato do Código Civil dar muito mais importância aos requisitos da união estável, como a estabilidade, a publicidade, a continuidade, a durabilidade e o objetivo de constituir família, que aos atores componentes desta união.

Em outras palavras, o que se almeja é questionar se seria possível utilizar os mesmos fundamentos empregados naquele julgamento para amparar juridicamente a existência de

uniões poliafetivas. Será que a tese defendida no julgado apenas admitiria a flexão do gênero ou poderia ser igualmente utilizada para ampliar o número?

Esta é a questão central deste trabalho. Em linhas gerais, a proposta de pesquisa envolve um teste racional das justificativas apresentadas naquele julgado com o intuito de avaliar se apresentam compatibilidade com a flexibilização do número. A jurisprudência brasileira, que reconhece a família baseada em um relacionamento homoafetivo, pode também ser usada para a proteção e reconhecimento de uma família baseada em relações poliafetivas?

Para a consecução dos objetivos, o primeiro capítulo procurou demarcar o terreno, traçando um pequeno panorama histórico da poliafetividade na humanidade, mostrou o atual uso do termo poliafetividade, em oposição à poligamia, expôs a atual invisibilidade do tema, com o baixo ativismo social e jurídico. Por fim, delimitou a análise ao ponto de vista eminentemente jurídico, com ênfase constitucional.

O segundo capítulo tratou da escolha do caso paradigmático e sua análise, com uma descrição dos votos emitidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, enfatizando o voto do relator, aprovado unanimemente pelos demais membros da corte. A partir daí destacou os principais argumentos que justificaram o reconhecimento da união estável homoafetiva.

O capítulo seguinte tratou do cerne do trabalho: a adequação destes argumentos ao reconhecimento de uma união estável poliafetiva. Traz não apenas os argumentos, mas teorias de diversos doutrinadores, com pontos de vista que podem ser usados contra e a favor o seu uso às uniões poliafetivas. A partir deste confronto pôde-se perceber não só a possibilidade do reconhecimento, mas também que o Direito, em sua evolução natural, tenderá a aceitar este tipo de relação, seja em um futuro próximo ou distante.

1. DEMARCANDO O TERRENO

Ao testar, por meio de argumentação jurídica, a adequação dos pressupostos utilizados para o reconhecimento de uma família homoafetiva ao reconhecimento de famílias poliafetivas, devemos partir de algumas premissas básicas. Para uma comparação válida, ambas as relações devem cumprir os mesmos requisitos fundamentais.

Desta forma, consideraremos apenas as uniões poliafetivas em que estejam presentes as condições expressas no art. 1723 do Código Civil, quais sejam: a estabilidade, a convivência pública, a continuidade, a durabilidade e os objetivos de constituição de família. Na análise, portanto, não se fará o estudo da família poliafetiva não estável. Se estável, deverá ser pública, pois não será possível a defesa de uma união estável não ostensiva, no sentido daquela publicamente vivida perante a sociedade. A continuidade pressuporá uma união não intermitente, de modo que com isso se retire da análise os casos, relativamente comuns, em que um homem tenha duas famílias, vivendo entre uma e outra.

A ideia primordial é que seja uma família una, simultânea, não clandestina. A durabilidade poderá ser atribuída à sua constância no tempo, aliada a não mudança de atores. Com isso, procura-se excluir da análise práticas culturais presentes em antigas civilizações, nas quais o homem era casado com uma mulher, embora também vivesse com outras denominadas concubinas. Para a análise, no entanto, pouco importará o gênero dos integrantes e o número de membros envolvidos. O desejo de constituição de família também é ponto importante e os casos a serem equiparados também deverão tê-lo presente, embora seja importante destacar que formar família e constituir prole são conceitos distintos.

1.1.Um conceito bem conhecido

Na história da humanidade a poliginia e a poliandria, enquanto espécies de relações poligâmicas, nunca foram novidade. A poliginia (BREGER e HILL, 1998, p.20), mais comum, faz referência a uma união entre um homem e várias mulheres. Já a poliandria (ENGELS, 1891, p.11) é o inverso, uma mulher com vários homens.

Embora hoje na civilização ocidental a monogamia seja a palavra de ordem, a poliginia e poliandria são aceitas e praticadas em diversas culturas. O mundo muçulmano aceita em larga escala a poligamia, não é novidade para ninguém. Povos tibetanos mantiveram costumes poliândricos até hoje. José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini em um artigo de 1962 descreve pormenorizadamente costumes poliafetivos de várias regiões do globo extintos

e vigentes à época, desde a Babilônia de 2250 A.C., onde estava presente no Código de Hammurabi, passando por todo o Oriente e regiões da África, onde ainda é comum (FRANCESCHINI, 1962, p. 2-9).

Bachofen (1861 *apud* ENGELS, 1891, p.7) mencionava um estado inicial da humanidade em que imperava a promiscuidade sexual, impropriamente denominada *heterismo*. Isso gerava uma incerteza com relação à paternidade, o que não ocorria, no entanto, com relação à maternidade, produzindo assim, com o passar das gerações, um grande apreço e respeito pelas genitoras. Culminando, desta forma, na chamada *"ginecocracia"*, onde a linhagem familiar seguia um *"direito materno"*.

Para o autor, o ponto de *turn-over* seria justamente a implementação da monogamia que levaria à perda de poder pela mulher, o surgimento de um ordenamento patriarcal, com a presunção de paternidade que a monogamia lhe conferia. Esta concepção do autor fora mais baseada em observações filosóficas e esforço cognoscitivo que propriamente em pesquisa, haja vista que este livro teve sua primeira edição em 1884, época de grandes limitações de ordem geográfica e de técnicas arqueológicas. (ENGELS, 1891, p. 8-10)

Embora muitas sejam as teorias acerca da poliafetividade, um ponto de convergência entre todos os autores demonstra que ela possui diversas formas de expressão, além de ampla aceitação a depender de aspectos geográficos, culturais e religiosos.

No Brasil, como afirmaram Souza, Denis e outros (*apud* FRANCESCHINI, 1962, p. 4), embora existisse a poligamia em algumas tribos indígenas, como tupinambás, botocudos, bororos, guaranis e júris, a monogamia era a regra. Além do mais, a colonização portuguesa, fortemente católica, seguia os rígidos preceitos da Igreja, não só condenando a bigamia, como também impedindo o divórcio, que só foi permitido no país em 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 9. Já a Constituição Cidadã de 1988 trouxe originalmente o divórcio e o reconhecimento da união estável como meio de formação de entidade familiar, pondo fim a anos de preconceito contra uniões não formalizadas pelo instituto do casamento, o que, em grande medida, veio a facilitar a vida dos cidadãos, aos menos os monogâmicos (FRANCESCHINI, 1962, p. 12, 18-20).

Não é objetivo deste estudo comprovar a evolução ou involução na poliafetividade. Há autores que a apontam como característica de civilizações arcaicas, como José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini (1962, p. 1 e 2), no entanto outros a consideram como uma tendência da civilização moderna, como Maria Berenice Dias (2015) e Paulo Roberto

IottiVecchiatti (2012). Por ora, objetiva-se apenas demonstrar que a poliafetividade é relativamente natural, tanto em algumas regiões, como em algumas religiões.

1.2.Poliafetividade: a poligamia sob um novo enfoque

O termo poliafetividade foi cunhado para afastar uma visão pejorativa acerca dos indivíduos que mantém uma relação de afeto com mais de uma pessoa. A ideia de colocação do sufixo afetividade seguiu a mesma esteira da transposição do termo homossexualidade para homoafetividade. Além de trazer os conceitos para uma situação mais acolhedora, procura afastar a premissa de que nestas relações esteja presente apenas a necessidade sexual. Afetividade implica carinho, atenção, desejo de permanecer junto nas mais diversas situações. O termo homoafetividade procura mostrar às pessoas de relacionamento heteronormativo[2] que também é possível haver amor entre seres do mesmo sexo. Amor expresso em toda a sua plenitude.

A homoafetividade é, em termos, socialmente aceita nos dias de hoje. Há ainda grande preconceito por parte de certos indivíduos ou setores da sociedade: não raro entidades religiosas ou conservadoras se insurgem contra a tendência de aceitação deste tipo de orientação. No entanto, é inegável o paulatino reconhecimento por parte do ordenamento jurídico. Decisões judiciais de efeitos individuais foram várias, conferindo mais e mais direitos a parceiros homoafetivos, culminando com julgados de repercussão geral, que hoje não podem ser ignoradas por quem quer que seja.

A cada momento aceita-se o fato de que a homoafetividade é muito mais que um desejo carnal. Implica também, frequentemente, desejo de formar família e parcerias perenes, ultrapassando em muito a efemeridade que se atribuía a este tipo de relação. Nesta direção, embora não no mesmo compasso, segue a aceitação das relações poliafetivas.

1.3.Poliafetividade como opção de família: invisibilidade

No país, inúmeras são as organizações de defesa dos direitos LGBT, tais como: ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual – CELLOS; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira De Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT.

---

[2]Segundo Cathy J. Cohen o termo heteronormatividade serviria para definir “a prática ou as instituições que legitimam e privilegiam a heterossexualidade e relacionamentos heterossexuais como fundamentais e 'naturais' dentro da sociedade”, em tradução livre de: *“By “heteronormativity” I meanboththoselocalizedpraticesandthosecentralizedinstitutionswhichlegitimizeandprivilegeheterosexualityandheterosexualrelationships as fundamental and “natural” withinsociety.”*(COHEN, 2005, p.24)

Embora tenham conhecimento, tais organizações têm pouco ou nenhum interesse pela causa da poliafetividade.

O reconhecimento de praticantes da poliafetividade como indivíduos capazes de formar uma família nuclear fundada em mais de duas pessoas sofre desconfiança até mesmo da comunidade LGBT.

Não é difícil observar este vácuo de representatividade e de ativismo jurídico. Um exemplo disso são as atuais discussões e movimentos civis contra o dispositivo previsto no futuro Estatuto da Família (BRASIL, 2013) que define o conceito de família como "a entidade familiar como núcleo social formado a partir da união de um homem e uma mulher". As imagens divulgadas pelas campanhas contra o dispositivo variam, mas têm geralmente a mesma proposta:

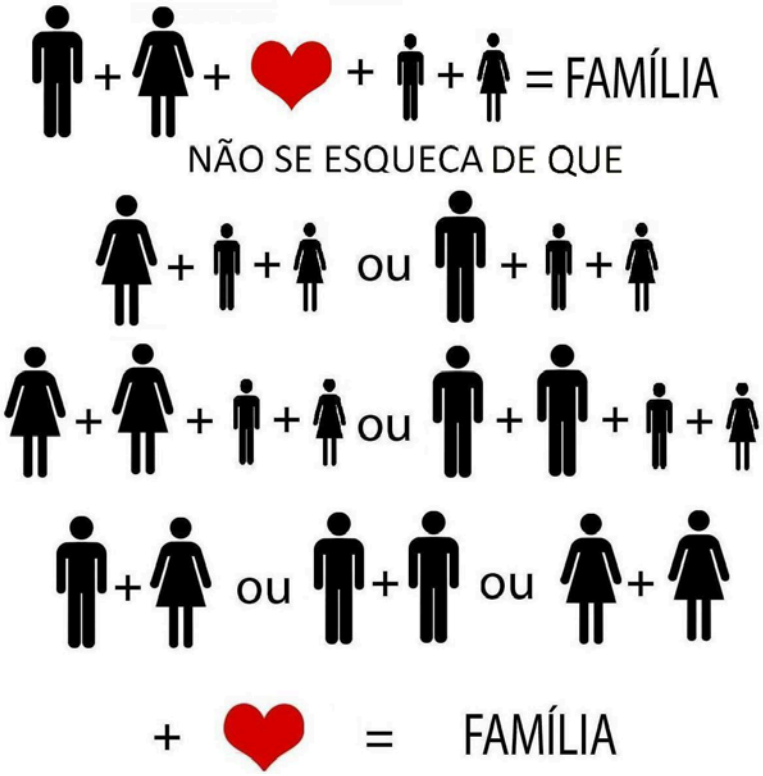

Figura 1: Publicidade contra o Estatuto da Família

Invariavelmente, a família monoparental é retratada mediante o emprego da imagem de um adulto com crianças, assim como as demais modalidades de famílias são representadas pela imagem de homem e uma mulher, ou por representações homoafetivas com ou sem filhos. No entanto, não há qualquer referência à possibilidade de uma família poliafetiva, donde se pode observar a negligência do movimento frente ao tema.

Esta invisibilidade não faz desaparecer as pessoas que vivem este tipo de relacionamento, tampouco desconstituem as famílias por elas formadas. Obviamente esta não está presente no conceito tradicionalista expresso no projeto de Estatuto da Família, mas é representada nas conceituações hodiernas de família, tal qual a de Arnaldo Rizzardo para quem família é:

> Um conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados. (RIZZARDO, 2008, p.12).

Na conceituação de Rizzardo, apesar de mencionar alteridade (ou a família é integrada pelos pais ou por um deles e seus descendentes) pode-se notar que: primeiro, a ausência de filhos não retira o status de família; segundo, o casamento ou a união estável não está ali limitada a uniões heteroafetivas ou a apenas duas pessoas. Deve-se, contudo, proceder à meticulosa observação, pois uma leitura atenta poderia propor a derrubada da tese colocando atenção ao termo "pais", sob a suposição de serem sempre dois, um pai e uma mãe. Ocorre que a jurisprudência tem admitido o registro de crianças com mais de um pai ou mais de uma mãe[3], admitindo, portanto uma quantidade de pais maior que dois.

Corrobora com esta nova visão de família João Batista Villela em sua obra *"A nova família: problemas e perspectivas"*:

> A família hoje, expressa um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, e não mais uma estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia, particularmente o Estado e a Igreja. Cada indivíduo busca na família sua realização, seu próprio bem-estar. (VILLELA, 1997, p.72).

Nota-se que Villela foi ao âmago da questão que impulsiona este trabalho: afastar a submissão da família aos ditames da Igreja ou do Estado. O autor não definiu gênero, quantidade de pessoas, filhos. Concentrou-se no *locus* onde cada indivíduo pode realizar-se, ter o seu bem-estar, onde se possa perceber a família como verdadeira *célula-mater*da sociedade, satisfazendo assim inclusive a conceituação eudemonista[4] de família.

---

[3] Foi o que ocorreu em um processo da Comarca da Capital do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2012), no qual um casal de mulheres lésbicas registrou filhos gêmeos com duas mães, elas, e um pai, o doador do esperma para a inseminação artificial que gerou as crianças.

[4] *"A concepção eudemonista é focada na busca pela felicidade e se relaciona com o estabelecimento de padrões de comportamentos humanos dirigidos a felicidade natural, fim último do agir humano"*(CRISAFULLI, 2011, p. 37).

Na mesma esteira, Rizzardo (2008, p.12), destaca que na família há uma identidade de interesses materiais e morais, o que se sugere ser o cerne do conceito de família, e não a quantidade ou gênero de seus componentes.

1.4.Foco na juridicidade

O tema da poliafetividade pode ser analisado por vários segmentos desde a psicologia, a sociologia, a antropologia, a política e a religião. Vários problemas poderiam ser apontados por cada uma destas vertentes, além das implicações sociais, políticas e até mesmo econômicas.

Nenhum destes parâmetros será objeto de análise, mas apenas os fundamentos jurídicos – sob a perspectiva constitucional – da sua prática e aceitação. Por mais que seja possível apontar os problemas possíveis da prática da poliafetividade, estes seriam em grande medida de cunho subjetivo, encontrando dentre os doutrinadores jurídicos quem apoie e quem rechace o tema. No entanto, nenhum dos doutrinadores nega a autoridade do Supremo Tribunal Federal para a interpretação conforme a Constituição acerca de qualquer tema. Além disso, é possível encontrar aqueles que até não concordem com alguns aspectos da Carta Maior, mas nenhum lhe nega vigência ou autoridade.

A interpretação constitucional é uma das principais atividades exercidas pela Suprema Corte de qualquer país. No Brasil, esta atividade ganhou impulso e rende especial interesse desde a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988. (MENDES; BRANCO, 2013, p.82). Segundo os autores, as atenções dos juristas para com as minúcias da hermenêutica constitucional e suas consequências têm recebido uma energia de estudos cada vez mais refinados, a partir da percepção da magnitude do papel do Supremo neste processo.

Diante disso, nosso estudo partirá da premissa de que os argumentos que tenham vencido do âmbito das supremas decisões são as constitucionalmente verdadeiras, expressão da tarefa arquetípica do Estado de compensação entre diferentes opiniões, interesses e aspirações, com a resolução e regulação de conflitos (HESSE, 2009, p. 4). O ordenamento jurídico deste processo está expresso na Constituição por meio dos seus direitos fundamentais.

Por isso, repito, todo o esforço cognoscitivo deste estudo versará sobre possibilidade de aplicação dos argumentos que reconheceram a união homoafetiva ao caso das uniões poliafetivas. Considerando, assim, que estes seriam os argumentos vencedores, verdadeiros,

ou ainda, a expressão do desejo da sociedade brasileira em realmente ver protegidas todas as suas famílias, como preconiza o art. 226 da Carta Maior – “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

2.1.Caso paradigma

A escolha do caso paradigma recaiu sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 do Rio de Janeiro, concluído no Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011 (BRASIL, 2011). Para a escolha deste caso, dentre os muitos possíveis, utilizamos como requisitos a repercussão geral e o foro. Explico.

Casos que envolvam relações homoafetivas e seu reconhecimento perante o Estado foram diversos antes deste. No entanto, referiram-se a casos isolados, de pessoas que conseguiram o reconhecimento de direitos variados – danos morais por atos discriminatórios, inscrição do cônjuge como dependente em repartições, direitos sucessórios – mas geralmente com efeitos apenas *inter partes*, mesmo que uma delas seja o Poder Público. Com isso, pessoas em situações semelhantes que pleiteassem os mesmos direitos, muitas vezes não tinham seus direitos deferidos caso seu caso fosse distribuído a magistrados mais conservadores.

Da mesma forma, um juiz singular poderia deferir os pedidos e estes serem reformados em instâncias superiores. A instância da decisão, portanto, também seria um ponto importante, pois para uma decisão definitiva nada melhor que a instância máxima do país, o Supremo Tribunal Federal.

Neste tocante, a ADPF 132 tem uma peculiaridade interessante. Proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro contra interpretações que vinham sendo conferidas a alguns pontos[5] do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, Decreto-Lei

---

[5] Os seguintes incisos dos seguintes artigos do Decreto-Lei 220/1975 (RIO DE JANEIRO, 1975) vinham sendo interpretados de modo a restringir direitos homoafetivos:
Art. 19 - Conceder-se-á licença:
II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;
V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;
Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:
I - salário-família;
II - auxílio-doença;
III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;
IV - financiamento imobiliário;
V - auxílio-moradia;
VI - auxílio para a educação dos dependentes;
VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;
VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

220/1975 também discutia algumas decisões judiciais proferidas pelo judiciário fluminense e de outras unidades federativas que implicavam redução dos direitos de pessoas de orientação homossexual ou envolvidas em relações homoafetivas. Como veremos na análise dos votos, houve perda de objeto parcial, o que culminou no recebimento da ação com efeitos de ADI o que permitiu, constitucionalmente, seu efeito vinculante e eficácia *erga omnes*[6]. A ementa da ADPF, bastante extensa, tem 6 itens, embora apenas o primeiro mereça análise no momento:

> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (BRASIL, 2011, p.2).

Há de se notar que houve o julgamento conjunto com a ADI nº 4.277-DF, que nos mesmos fundamentos solicitava basicamente o mesmo: uma "interpretação conforme a Constituição" do art. 1.723 do Código Civil.

É importante destacar que todo o esforço no pleno reconhecimento de igualdade para os indivíduos homoafetivos terá como estopim o reconhecimento da união estável e não o casamento. Este goza ainda de uma supervalorização em detrimento daquela. A maior valorização do casamento frente à união estável é posição defendida por juristas como Streck:

> A Constituição do Brasil (art. 226) coloca o casamento em primeiro plano com relação a qualquer outra união, independentemente das opiniões pessoais dos juristas a respeito de sua (in)justiça. Isso porque, embora refira que a união estável é reconhecida como entidade familiar, acrescenta que a lei deve facilitar sua conversão em casamento (§ 3.º). Ou seja, dá especial proteção ao casamento (§§*1.º e 2.º)*.(STRECK, 2014, p.3).

Com isso se evidencia uma maior resistência ao reconhecimento do direito ao casamento que à união estável aos pares homoafetivos. Assim, acredita-se que a

---

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;
X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.
Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

[6] Constituição Federal, art. 102, § 2º: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal." (BRASIL, 1988).

poliafetividade seguirá o mesmo rumo, com um reconhecimento da união estável antes, para somente depois, talvez com necessidade de intervenção do Legislativo, do casamento.

Corrobora a tese o fato de que seis meses após o reconhecimento da união estável homoafetiva foi decidido no Recurso Especial nº 1.183.378 – RS, com provimento, a possibilidade da conversão da união estável em casamento, com base e referência aos fundamentos da ADPF nº 132-RJ, decisão que se passa a analisar.

2.2.Voto do Ministro Relator

Funcionou como relator do processo o Ministro Ayres Britto, tendo sido o seu voto acompanhado pelos demais Ministros com unanimidade (BRASIL, 2011, p.6).

A ação trata da irresignação do Governador do Estado do Rio de Janeiro com a interpretação dada a alguns artigos de um Decreto-Lei, já mencionados no item anterior, e a algumas querelas judiciais, que diminuíam e discriminavam o direito de cidadãos e casais homoafetivos no Estado. Os princípios constitucionais utilizados para fundamentar a causa de pedir foram: igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e razoabilidade ou proporcionalidade.

Rogou o autor pela aplicação do método analógico de interpretação para considerar aplicável o Art. 1.723 do Código Civil a união homoafetiva dotada de continuidade, publicidade, e nitidamente direcionada para a formação de família (ou entidade familiar, o autor não quis entrar na seara da distinção dos vocábulos). (BRASIL, 2011, p.12).

Na inicial foram ainda destacadas algumas questões processuais, as quais se optou por omitir por em nada nos auxiliar neste trabalho. Destaca-se apenas que o autor solicita que, subsidiariamente, no caso de não cabimento de ADPF, fosse a ação recebida como ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), para que se aplicasse a técnica de “interpretação conforme a Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-lei n° 220/75, Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, bem como do art. 1.723 do Código Civil.

A Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro informou a vigência da Lei Estadual nº 5.034/2007 que possibilita a inclusão de companheiros do mesmo sexo no rol de dependentes afirmando, portanto, que não descumpre qualquer preceito fundamental.

A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, manifestou-se a favor da declaração de obrigatoriedade do reconhecimento da união estável homoafetiva, desde que cumpridas as mesmas formalidades da união heteroafetiva. Em seu parecer nomeou alguns

princípios que devem ser garantidos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), a igualdade (art. 5º, caput), a liberdade (art. 5º, caput) e a proteção à segurança jurídica. Destacou ainda que o §3º do Art. 226[7] da Magna Carta deve ser interpretado de forma analógica, para a inclusão da união homoafetiva como forma de entidade familiar. Destacou ainda que a Cidadã, desde sua promulgação, conferiu proteção a formações familiares antes desprotegidas, como as provenientes de união estável, sem casamento e, portanto, interpretar tal proteção de forma reducionista seria um contra-senso injustificável e na contra-mão de sua teleologia (BRASIL, 2011, p. 14-16).

A relatoria ocorreu de forma conjunta com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 por coincidência total ou parcial de objetos, proposta pela Procuradoria-Geral da República para que o STF declarasse:

> a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e
>
> b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. (BRASIL, 2011, p. 16-17)

Embora tenha havido a perda de objeto parcial, pois o advento da Lei Estadual nº 5.034/2007-RJ que permitiu a averbação, pelos servidores públicos estaduais, da condição de companheiros do mesmo sexo, para fins previdenciários, permaneceu a incompatibilidade entre os preceitos constitucionais e as diversas decisões administrativas e judiciais acerca do tema. Ademais, a ADI nº 4.277 distribuída por prevenção tinha como objeto uma interpretação "conforme a Constituição" do art. 1723 do Código Civil:

> É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002).

No mérito, de plano, o Ministro sinalizou uma predisposição ao acatamento da demanda dos autores, afirmando que os pedidos formulados mereciam guarida em ambas as ações. Afirmou que seria na própria Carta Magna que seriam encontradas as respostas para o tratamento jurídico das uniões homoafetivas. Destacou que estas deveriam estar pautadas nos requisitos de durabilidade, conhecimento público (não-clandestinidade), continuidade e o propósito de constituir família (BRASIL, 2011, p. 22).

---

[7] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

Destacou o “Constitucionalismo fraternal” presente na Lei Maior, com os valores do pluralismo de uma sociedade sem preconceitos de sexo, cor, origem. Reforça a ideia de pluralismo como elemento conceitual da própria democracia material, uma respeitosa convivência de contrários. Cita John Rawls, que considera a convivência dos contrários como a superação da verticalidade sem causa ou das relações historicamente servis (BRASIL, 2011, p. 25).

É destaque o combate ao preconceito de sexo, tão odioso quanto à discriminação por origem social ou geográfica, idade, raça. Ao mesmo tempo em que afirma o sexo no sentido de gênero, Britto também busca sua semântica de ato sexual, conjunção carnal, para trazer à concepção instintiva de que ninguém pode ser senhor de suas vontades, seus desejos. Defende a força da natureza, que impacta no desejo sexual humano, afirmando ser juridicamente lícita qualquer preferência sexual. Resguarda, porém, a regulamentação para quando a sexualidade de uma pessoa procura negar a sexualidade de outra (lembrando o imperativo categórico de Kant), defendendo o uso do Direito para o combate ao estupro, à pedofilia, ao incesto e ao que ele chama de zona legalmente proibida do concubinato – retomaremos este ponto em momento oportuno. (BRASIL, 2011, p. 26-31)

Utiliza-se da teoria kelseniana de “norma geral positiva” e “norma geral negativa” para afirmar que em ponto nenhum da Magna Carta há proibição ou limitação quanto à libido, conjunção carnal, ou estimulação erótica. Segundo o magistrado, um intencional silêncio, obedecendo à norma geral negativa de Hans Kelsen, segundo a qual o que não é proibido é permitido. Coroado em nossa Carta Maior no inciso II do art. 5º: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.Portanto, o uso, não uso, abuso de suas funções sexuais não passa por controle constitucional, deixando assim ao livre arbítrio de cada um (BRASIL, 2011, p. 27).

Em um relevante parágrafo de seu voto, 32, o Ministro exibe sua capacidade de síntese citando Friedrich Nietzsche, Hegel e Carl Jung. Com auxílio destes autores lança a disposição da sexualidade a um grau de liberdade capaz de valorar-se como um autêntico bem de personalidade (BRASIL, 2011, p. 29). Coloca a autonomia da vontade de dispor de sua libido como um meio de busca de sua plenitude existencial. Aloca a sexualidade, seja hetero ou homonormativa, como uma identidade psíquica, um objetivo alcançado em seu processo de individuação (BRASIL, 2011, p. 30).

Desta feita, posiciona a preferência sexual como concreta emanação do “princípio da dignidade da pessoa humana”, meio de manutenção de auto-estima, afirmação pessoal e um caminho direto para a felicidade. Conclui com o evidente, mas muitas vezes negado por aqueles que se opõem às uniões homoafetivas:

> Se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. (BRASIL, 2011, p. 31).

Concluindo, com isso, que a disposição da sexualidade humana constitui-se em direito subjetivo, fazendo parte da autonomia da vontade das pessoas naturais (BRASIL, 2011, p. 32).

Uma liberdade que se concretiza sob a forma do direito à intimidade (caso o indivíduo opte pela abstenção sexual ou pelo onanismo) ou direito à privacidade (caso opte pelo modo emparceirado). Deste modo, topograficamente, pode-se localizar tal direito no inciso X do art. 5º da Lei Maior, o qual prescreve a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, destaca ainda a norma de auto-aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, presente no §1º do mesmo artigo. Inferiu o magistrado que a liberdade sexual somente deixaria de inscrever-se nestas proteções pétreas se houvesse algum mandamento igualmente constitucional que a limitasse, coisa que não há.

O relator faz uma análise, ponto a ponto de cada um dos parágrafos do art. 226 da Lei Maior (BRASIL, 2011, p. 43-49). Localizado no Capítulo “Da Família, da Criança do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, tem como principal instituto a família, pois, segundo o *caput* do art. 226: *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*. Esta proteção não requer qualquer tipo de complemento ao conceito de família, ou seja, não importa se advinda do casamento, se monoparental, se hetero ou homonormativa. Trata este artigo de família como fato cultural e espiritual, segundo as palavras do magistrado. Descreve ainda os vários artigos constitucionais nos quais o vocábulo família é empregado, como os incisos IV e XII do art. 7º; incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, onde se percebe caráter fático como autonomizado conjunto doméstico (BRASIL, 2011, p. 49).

A família é apontada como uma complexa instituição social em sentido subjetivo, uma entidade, um aparato de poder, mesmo que este seja apenas um poder doméstico. Uma

forma de agregação humana prolongada no tempo. Ayres Britto elabora uma definição de família que merece a transcrição:

> Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. (BRASIL, 2011, p. 39).

Além disso, o voto aponta que pode ser acrescida em número de membros, que podem servir de amostra os filhos, avós, netos, sobrinhos e irmãos – o que indica um rol não exaustivo, ao utilizar o vocábulo *"amostra"* (BRASIL, 2011, p. 39). O seio da família seria o principal local de realização dos direitos fundamentais, além de seu endereço constituir o asilo inviolável do indivíduo, protegido no art. 5º. É a presença da família que torna uma casa um lar.

Para o Ministro, deve-se procurar um conceito de família de forma não-reducionista, dando isonomia entre pares hetero e homoafetivos, sob pena de fazer uma interpretação constitucional preconceituosa e homofóbica. Escusando-se de opiniões contrárias, Ayres Britto procurou conceituar família, tanto hetero como homoafetivas como:

> Um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. (BRASIL, 2011, p. 42)

A diferença entre o valor que era dado ao casamento na Constituição anterior e o que é dado hoje também comprova este novo conceito. É de se notar que para a Carta anterior, a família era constituída pelo casamento, nos termos do caput do art. 175 da CF de 1967. Na nova Carta o casamento ocupa um dos parágrafos do art. 226, estando portanto contido na família, mas não sendo mais a sua condição de formação (BRASIL, 2011, p. 43).

Procurando justamente a inclusão daquelas famílias não formadas pelo vínculo matrimonial, a nova Constituição reconheceu o instituto da união estável como entidade familiar para a proteção do Estado no §3º do art. 226 (BRASIL, 1988). Segundo o relator, a expressão homem e mulher serve apenas para dar sequência e fazer reverência a tradição sócio-cultural-religiosa de incentivo ao casamento, facilitando assim a sua conversão (BRASIL, 2011, p. 45).

Além disso, essa dicotomia, homem e mulher, serviria apenas para posicionar em pé de igualdade os dois gêneros na relação conjugal, estabelecendo uma relação jurídica horizontal. Nunca é demais lembrar que segundo o ordenamento jurídico anterior a mulher era

considerada relativamente incapaz, sendo a expressão uma bandeira da igualdade, que não implica em necessidade de heteronormatividade ou homonormatividade (BRASIL, 2011, p. 46).

Destaca-se que é apenas aparente a divergência semântica entre “família” presente no *caput* e “entidade familiar” presente no parágrafo. O relator explica que a Carta Maior os trata como perfeitos sinônimos e dá outros exemplos presentes no texto constitucional de teor semelhante, como “autarquias” e “entidades autárquicas”, “Federação” e “entidade federativa”. Conclui se tratar, portanto, de uma perfeita sinonímia (BRASIL, 2011, p. 47).

Encerrou o Ministro Ayres Britto seu voto com a procedência de ambas as Ações no mérito, excetuando-se apenas a parte que restou preliminarmente prejudicada. Desta forma:

> Dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer 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”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011, p. 49)

2.3.Voto dos demais Ministros e Acórdão

O Ministro Luiz Fux acompanhou o relator em seu voto. Além disso, trouxe a baila o tema da proteção das minorias em face da maioria que deve ser um dos deveres da corte contra majoritária que é o Supremo Tribunal Federal. Reafirmou que todas as formas de uniões estáveis são incluídas no conceito constitucional de família, não cabendo apenas aos heterossexuais o status de entidade familiar (BRASIL, 2011, p. 52).

O terceiro voto da Ministra Carmem Lúcia baseou-se firmemente no repúdio a toda forma de preconceito, destacando a função do Supremo Tribunal Federal nessa missão. Manteve basicamente o apoio ao voto do relator (BRASIL, 2011, p. 88).

O Ministro Ricardo Lewandowski, quarto a votar, não vislumbrou possibilidade de classificar a união homoafetiva como nenhuma das pertinentes ao art. 226 da Carta Maior, no entanto, admitiu que fosse uma situação fática que mereceria um novo conceito (BRASIL, 2011, p. 107), uma nova entidade familiar. Contudo, o que mais se aproximaria realmente seria a união estável entre homem e mulher, e, por interpretação sistemática da constituição deveria ser aplicada a união homoafetiva (BRASIL, 2011, p. 101).

Joaquim Barbosa, o quinto Ministro a votar, lembrou que não apenas no parágrafo 3º do art. 226 encontra-se amparo às uniões homoafetivas, mas em todo o texto constitucional

tem por objetivo maior a garantia desses direitos, tidos como fundamentais (BRASIL, 2011, p. 119). Para o Ministro o Direito brasileiro não acompanhou as evoluções sociais, destacando que o ordenamento não cita nem proíbe tal relação, por isso, buscando mitigar qualquer forma de preconceito, acompanhou o voto do relator.

Para o Ministro Gilmar Mendes, sexto a proferir seu o voto, o Supremo como Corte Constitucional não pode permitir que as lacunas deixadas pelo legislativo prejudiquem as minorias, uma vez que a Lei Maior não impede tal união (BRASIL, 2011, p. 130).

O Ministro Marco Aurélio Mello acompanhou o relator, destacou porém o cuidado que se deve ter com o Direito – puro e simples – que, sem a moral pode legitimar atrocidades ímpares, como foi o caso das leis de Nuremberg. Pontuou ainda que para a união estável bastariam o compartilhamento de vida comum e o afeto (BRASIL, 2011, p. 204).

O penúltimo voto, oitavo, proferido pelo Ministro Celso de Mello, acompanhou o voto do relator, destacando a vantagem do reconhecimento para a realização de uma vida plena para aqueles que se encontram naquelas condições (BRASIL, 2011, p. 227).

O Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Cezar Peluso, encerrou a votação com o nono voto, acompanhando o relator. Para ele, o rol de famílias do art. 226 é exemplificativo e não taxativo, e por analogia à união estável heterossexual poderia ser reconhecida a união homoafetiva (BRASIL, 2011, p. 267). Convocou ainda o Congresso Nacional para regulamentar a união estável entre pessoas do mesmo sexo. O Acórdão, por conseguinte, foi redigido da seguinte forma:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente. (BRASIL, 2011, p. 5-6)

2.4.Síntese dos argumentos vencedores

Os argumentos de que a suprema decisão se valeu podem ser divididos em basicamente três grandes grupos:

Em primeiro, a aplicação de princípios constitucionais consagrados, notadamente a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, para justificar a livre disposição da sexualidade, a proteção da intimidade, bem como o combate à discriminação odiosa.

Em segundo, a conclusão de que a Constituição traz em seu art. 226 um rol exemplificativo, não exaustivo, do conceito de família, merecendo assim a especial proteção do Estado, desde que cumpridos os requisitos de continuidade, publicidade, durabilidade e objetivo de formação de família.

Por último, utilizando-se de matriz kelseniana, a Suprema Corte afirma não haver na Magna Carta qualquer dispositivo que proíba o relacionamento homoafetivo, inferindo-se assim a perfeita admissibilidade deste comportamento ou modo de vida.

3. APLICABILIDADE DOS ARGUMENTOS À POLIAFETIVIDADE

3.1.Princípios constitucionais

A forma de utilização dos princípios na hermenêutica jurídica não é um consenso entre os doutrinadores. Há doutrinadores que os colocam em posição de proeminência, apontando-os como regras superiores de reconhecimento de validade e integração das demais normas do ordenamento jurídico, e há os que, apesar de aceitarem sua importância criticam sua utilização exacerbada principalmente por parte do ativismo jurídico.

Doutrinador do tema, Marcelo Neves assevera que "Os princípios constitucionais são contingentes, são conquistas, invenções ou construções do Estado constitucional moderno"(2013, p. 30). Outro representante da primeira corrente é Fábio K. Comparato (2002, p. 903), para quem os princípios constitucionais são valores dogmaticamente fixados na Lei Maior, valendo assim como normas jurídicas hierarquicamente superiores. A sua existência e hierarquização são instrumentos de hermenêutica jurídica em tarefas de interpretação sistemática de normas.

No pólo oposto encontram-se outros doutrinadores, dos quais destaco o Prof. Dr. Lênio Luiz Streck (2012a), o qual denomina o uso indiscriminado de princípios como "pamprincipiologismo" (sic), fenômeno no qual, a partir da alegação da positivação de valores, identifica-se que são necessários tantos princípios quantos forem fundamentais para corrigir as incertezas linguísticas ou solucionar os casos difíceis.

O autor critica a elasticidade do "pamprincipiologismo" (sic), o qual considera verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade, enumerando vários, como os "da confiança no juiz da causa", "da cooperação processual", "da proibição do atalhamento constitucional", "da pacificação e reconciliação nacional", "da rotatividade", "do deduzido e do dedutível", "proibição do desvio de poder constituinte", "da parcelaridade", dentre outros (STRECK, 2012b). Neste ponto concorda-se com o autor, pois ao considerarmos qualquer ideia, mesmo que justa, como um princípio, estes perderiam a o valor e a utilidade, culminando com isso em um ponto de completa insegurança jurídica.

No entanto, há que se notar, que existem princípios constitucionais com força normativa tal capaz de representar a verdadeira alma de um ordenamento jurídico. Como Comparato (2002, p. 904) afirma, os princípios equivaleriam em um edifício às fundações, pilares e vigas, enquanto as demais normas são acabamentos, tendo menor importância.

O princípio tomado por muitos doutrinadores como fundamental, em verdade considerado um super princípio, é o da dignidade da pessoa humana:

> Erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.(PIOVESAN, 2000, p. 92)

Martínez e Pujalte (1992, p.93), por sua vez, traduz a dignidade da pessoa humana como consequência da própria potencialidade de autoconsciência e liberdade. Interessante é destacar que a dignidade da pessoa humana como princípio matriz pode servir como continente de outros, como nos informa Barcellos (2002, p.196, grifos nossos):

> Dignidade da pessoa, como princípio que é, possui conteúdo aberto, variável de acordo com análise pontual das circunstâncias concretamente observadas. Ainda assim, é possível se afirmar que existe um núcleo básico de direitos que compõem a dignidade humana, dentre eles a integridade física e psíquica; a ***liberdade***; a ***igualdade***; e a garantia do mínimo existencial. O mínimo existencial, por sua vez, corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também ***espiritual*** e intelectual.

Diante disso, por mais que se concorde em parte com Streck quanto ao excesso e uso indiscriminado dos princípios, é forçoso pretender que as interpretações de normas legais devam ater-se à fria letra da lei, como pretende o autor em um de seus escritos, referindo-se a famílias paralelas: *"se a lei lhes nega a proteção, quem deu ao magistrado a autorização para 'fazer outra lei'?"*(STRECK, 2014, p. 153)

Neste tocante concordo com a visão oposta, encampada pelo relator na ADPF 132, Ministro Ayres Britto, em seu voto do qual extraio o excerto:

> Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.(BRASIL, 2011, p. 61)

Considerando que a força vinculante dos princípios foi bastante levada em conta no voto da ADPF 132-RS, tendo inclusive o acompanhamento da unanimidade dos membros da Corte, resta claro qual das duas vertentes tem mais guarida no nosso ordenamento.

Se os integrantes de relacionamentos homoafetivos são considerados minorias merecedoras de uma proteção da Corte, que se dirá de pessoas que se relacionem por meio da

poliafetividade, forma de afeto sem muita representatividade no país, quase invisível? Necessário é, portanto, que tenham a mesma proteção do Estado.

Principiologicamente, esta proteção deverá assegurar a liberdade sexual dos indivíduos, sejam homoafetivos ou poliafetivos. Este tipo de liberdade é por si só um bem, um direito inviolável da autonomia de vontade sexual para o relacionamento com homens, mulheres, sejam quantos forem, simultâneos ou não. Neste passo, é imperioso fazer a passagem da relação enquanto mero desejo sexual para aquela pautada pelo amor, propositadamente destinada a constituir formar família. Outro trecho do voto do Min. Britto, na APDF 132-RJ pode servir tanto para a homoafetividade quanto para a poliafetividade:

> A sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bílis que só faz embaraçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza.(BRASIL, 2011, p.29-30)

A busca do ser humano pela sua plenitude existencial passa pelos contornos de sua vida sexual e familiar. A interferência do Estado ao determinar alteridade de gênero ou limitação de número de indivíduos no núcleo familiar invade um contexto que não lhe pertence. Não se pode permitir uma falsa laicidade do Estado. Os contornos contra intuitivos, como um casal de três, por exemplo, não podem ser limites para a proteção e o respeito do Estado, sob pena deste confessar-se não totalmente coerente com a separação entre Igreja e Estado (iniciada no país com o gérmen da *liberdade religiosa* prevista na Constituição de 1824[8] (BRASIL, 1824), mas até hoje não consumada, como podemos depreender da menção a Deus no preâmbulo[9] da atual).

---

[8] Ao menos em ambiente doméstico:
"Art. 5.A Religião CatholicaApostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permittidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de Templo." (BRAZIL, 1824)

[9] "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de **Deus**, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, notadamente o art. 5º é rico em proteções que podem e devem ser aplicadas aos relacionamentos poliafetivos (BRASIL, 1988):

- A igualdade sem distinção de qualquer natureza, prevista no *caput* impede a distinção entre as relações poliafetivas ou monogâmicas.
- A livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato, é garantida. A maior manifestação de pensamento que alguém pode expressar é viver conforme o que acredita. Se alguém acredita que só pode encontrar o amor e a felicidade, atingindo assim sua plenitude existencial, em uma vida comum com mais de uma pessoa, não pode o Estado impedir esta manifestação, que é, em última análise, de pensamento. Ademais, neste ponto, o reconhecimento das uniões tem a pretensão justamente de fugir ao anonimato, como requer o inciso.
- A liberdade de consciência e de crença segue a mesma esteira. O inciso protege ainda o exercício dos cultos e proteção aos locais de culto e suas liturgias. Uma relação poliafetiva de matiz religiosa, muçulmana por exemplo, deve utilizar-se deste inciso para garantir sua igualdade perante adeptos de outras crenças.
- A inviolabilidade da intimidade e da vida privada é indiscutível. O Estado não tem o direito de interferir nesta esfera tão sensível dos indivíduos, desde que a relação poliafetiva não traga prejuízo a terceiros.

No mesmo diapasão da inviolabilidade da intimidade, pontuam Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, 108) que:

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

Além do artigo 5º da Constituição Federal, encontram-se disposições principiológicas na vedação ao preconceito odioso, um dos objetivos fundamentais da República, no artigo 3º, inciso III. Donde se infere que é obrigação não só de proteção, como também o combate ao preconceito e discriminação (BRASIL, 1988), objetivando assim não só uma prestação negativa, abstenção de interferência, mas uma positiva, com a *"promoção do bem de todos"* pela via do combate à discriminação. Combate este, que obviamente não recai somente sobre a homoafetividade, mas também à poliafetividade, razão da aplicabilidade deste princípio.

Por fim, concluímos com um dos fundamentos da República, previsto no art. 1º, o pluralismo político (BRASIL, 1988). Este deve ser entendido não apenas com uma variedade de partidos políticos, mas variedade de pensamentos. É um fundamento e justificativa para a própria ideia de democracia, com a respeitável convivência de contrários, sejam eles hetero, homo ou poliafetivos.

Diante disso, observa-se que: a) os princípios constitucionais elencados para a defesa do reconhecimento das uniões homoafetivas também são aplicáveis às uniões poliafetivas; b) a visão limitadora do uso dos princípios defendida por Streck não é a seguida pela Suprema Corte brasileira, de entendimento oposto, ao qual nos perfilhamos.

3.2.Família: conceito aberto

A evolução constitucional trazida pela Carta de 1988 que não mais afirma que "a família é constituída pelo casamento"[10] trouxe a especial proteção para a família em sentido lato. Não é dever do Estado definir como vai se dar a formação da família, mas apenas protegê-la. É o entendimento que se pode inferir, inclusive, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, expressos nos artigos XII e XVI, 3:

> Artigo XII:
>
> Ninguém deverá ser submetido a **interferências arbitrárias** na sua vida privada, **família**, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à **proteção da lei**.
>
> Artigo XVI:
>
> 3. A família é o núcleo **natural** e fundamental da sociedade e tem direito à **proteção** da sociedade e do **Estado**. (ONU, 1948, grifos nossos)

Existem, segundo Lôbo (2004, p. 3), civilistas que entendem que a interpretação do art. 226 e seus parágrafos, CF, permite que o Estado apenas tutele os direitos dos três tipos de família ali expressos: a) formada pelo casamento; b) formada pela união estável; e c) família monoparental. Há ainda, segundo o autor, dentre estes doutrinadores, os que enxergam uma primazia do casamento frente à união estável, caso de Streck (2014, p.3) enquanto outros que veem uma igualdade entre os institutos.

---

[10] Primeira parte do *caput* do art. 175 da Constituição de 1967, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos".

Lôbo (2004, p. 4-6) entendendo diferentemente, aponta que o rol expresso na Carta Maior é apenas exemplificativo, destacando que no próprio texto do art. 226, no *caput*, §§ 4º e 8º[11] extrai-se um significado inclusivo.

Na cabeça do artigo, corrobora o que já foi destacado, a mudança constitucional em retirar do casamento a condição para a formação de família e manter nesta a sua especial proteção já expressa uma inclusividade, que o foco no casamento não permitia. O emprego do vocábulo "também" no § 4º leva Lôbo a inferir uma "inclusividade", pois de toda sorte admite uma pluralidade de formas de entidade familiar. E por último, ao mencionar que a assistência da família se dará na pessoa de cada um que a integra leva o foco não apenas para a família, mas para os indivíduos que a integram, pouco importando assim a forma de constituição desta família.

A visão do autor é encampada por diversos magistrados da Suprema Corte, sendo inclusive diretamente citada pelo Ministro Lewandowski, que se referiu ainda a Lima (2009, p. 355-361, *apud* BRASIL, 2011, p. 108-109), para quem o rol descrito no art. 226:

> Não é *numerusclausus*, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. (LIMA, 2009, p. 355-361, *apud* BRASIL, 2011, p. 108-109).

A citação de Lima nos remete a outro artigo de Lôbo: "*A repersonalização das relações de família*" (2011). Ali o autor faz uma digressão no sentido de mostrar que o interesse estatal nas conceituações de família surgiu – ou acentuou-se – com o advento do Estado Social. O Estado Liberal, anterior, buscando uma prestação negativa do Estado, dever de abster-se, pouco se importava com a conceituação da família. No entanto, com políticas públicas de prestações positivas do Estado Social, surgiu a necessidade de uma definição constitucional de família.

No entanto, afirma Lôbo (2011, p. 7-8), as novas formatações de família existentes no país mostram que a família deve ser repersonalizada. O patriarcalismo, fundado em patrimônio e poder masculino, que muitas vezes via a família como unidade produtiva, deu

---

[11] Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

lugar a famílias em que a mulher tem voz (muitas vezes como chefe de família), em que os núcleos familiares são menores e pautados em uma relação de afeto, unidas por um objetivo de levar todos os membros da família à realização pessoal. Conclui destacando que não se trata de um retorno à visão individualista do liberalismo, mas de uma nova compreensão da "*da finalidade mais relevante da família: a realização da dignidade de seus membros como pessoas humanas concretas*, [...] *do humanismo que só se constrói na solidariedade*" (LÔBO, 2011, p. 10).

Um núcleo doméstico, independente de qualquer outro, com notas de visibilidade, continuidade e durabilidade, a família nas palavras do Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011, p.42), pode ser constituído com estes requisitos tanto por casais convencionais quanto por casais homoafetivos e poliafetivos. As relações poliafetivas que delimitamos no primeiro capítulo com estas características, somadas ao objetivo de formar família, devem ser consequentemente consideradas como uma das modalidades de família a ser protegida e reconhecida pelo Estado.

Cabe ainda mencionar com relação ao *numerusclausus* uma observação que não foi encontrada na doutrina, tampouco mencionada na ADPF 132-RJ: a função dos parágrafos na elaboração legislativa. A Lei Complementar nº 95/98 que dispõe acerca de técnicas de elaboração, redação e consolidação de leis traz tipificações[12] acerca das funções dos artigos, parágrafos, incisos e alíneas. É, portanto, regulamentado que para obtenção de ordem lógica em um texto legislativo os parágrafos expressem aspectos complementares ou exceções às regras do *caput*, mas jamais enumerações. Estas ficam a cargo de incisos, alíneas ou itens. Com isso, pelo uso de parágrafos e não de incisos no art. 226, CF, resta evidente que a função não era de exemplificar ou enumerar os formatos de família, mas apenas de complementar informações do artigo. Caso quisesse enumerá-los o constituinte teria feito por meio de incisos.

Enfim, por qualquer que seja o motivo, o rol expresso no art. 226 não encerra todas as modalidades de família, como se viu em doutrina e como julgou por unanimidade o STF.

---

[12]Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:
[...]
III - para a obtenção de ordem lógica:
[...]
c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

Assim, é possível considerar que três ou mais pessoas que vivam uma relação poliafetiva com características de estabilidade, publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituir família também possam representar um modelo de família possível e passível de reconhecimento e proteção estatais. Assim como Fachin (2010, p. 30, grifos do autor), advogamos:

> A formação de conceitos sempre a *posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numerusclausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

3.3.Ausência de vedação expressa no ordenamento

As relações homoafetivas foram reconhecidas, além dos argumentos já expostos, por não haver nenhuma vedação expressa no ordenamento a este tipo de relação. Isso permitiu que os ministros, utilizando a kelseniana "norma geral negativa", interpretassem pela permissividade e reconhecimento desta nova entidade familiar.

Com relação à poliafetividade, no entanto, não há convergência doutrinária quanto neste quesito, sendo o grande embaraço dos defensores deste tipo de relacionamento. O princípio da monogamia é apontado como a principal impeditivo legal à reconhecimento da união estável poliafetiva como entidade familiar.

Há na doutrina quem afirme que com o advento da Constituição de 1988, o princípio da monogamia ficou restrito apenas à entidade do casamento, não sendo oponível às uniões estáveis. Isso ocorre por que a família, que antes era formada apenas pelo casamento, pode apresentar-se hoje de diversas formas, em um rol não exaustivo, não mais limitada ao matrimônio. É a opinião de Monte (2015, p.1) que, embasada na obra de Lôbo (2011, p.59), afirma:

> Princípio da Monogamia, assim como diversos princípios e regramentos que nortearam o Direito de Família Brasileiro por muito tempo, com o texto da Constituição Federal de 1988, deixou de ser Princípio Geral da família – em razão de o casamento não ser mais a única entidade familiar dentro do Ordenamento Jurídico que hoje prima pela família plural.

Diametralmente oposta é a opinião de Simão (2015), para quem a ideia de que o resultado da ADPF 132-RJ possa ser aplicada às uniões poliafetivas demonstra "absoluto desconhecimento do Direito Civil e de suas categorias" (2015, p.1) por quem a defenda. O autor faz uma digressão acerca da invalidade ou inexistência dos atos jurídicos. Com relação ao casamento homoafetivo afirma que era considerado inexistente no Século XIX por falta de um requisito – alteridade sexual – e hoje não pode ser assim considerado, pois não permanece

esta exigência para o instituto, podendo ser considerado válido. No tocante ao casamento poliafetivo o autor considera a sua nulidade absoluta:

> Nos termos do artigo 166, por motivo evidentemente ilícito (contra o direito) e por fraudar norma imperativa que proíbe uniões formais ou informais poligâmicas. (SIMÃO, 2015, p. 2)

No artigo, o autor pretende fazer uma crítica à união estável de três mulheres lavrada em cartório[13], mas termina por esmiuçar a impossibilidade jurídica do casamento poliafetivo, externando os impedimentos previstos do Código Civil e o crime de bigamia presente no Código Penal. Convém lembrar, porém, que, se deduziu neste trabalho como etapa necessária para o reconhecimento do casamento, um reconhecimento da união estável, não analisada por Simão.

Diferentemente do artigo de Simão, Monte (2015) se debruça sobre o tema da união estável, reforçando a tese de que o princípio da monogamia não se aplica ao instituto e fazendo uma análise sistemática do Código Civil[14]:

> O Código Civil de 2002 estabeleceu o disciplinamento das relações matrimoniais e das Uniões Estáveis. O dado interessante neste contexto, é que, com relação ao casamento, o artigo 1.566 do Código Civil firma dois deveres do matrimônio que não estão disciplinados na União Estável ou em qualquer outra entidade familiar informal, qual seja: a fidelidade recíproca e a vida em comum no domicílio conjugal. (MONTE, 2015, p.11)

A diferença de precisão conceitual entre os dois doutrinadores é evidente, pois enquanto Simão trata com pouca precisão a diferença entre uniões formais e informais (SIMÃO, 2015), Monte (2015) é cirúrgico ao precisar que o casamento, união formal, dotada de grande tradição e solenidade é a própria materialização do princípio da monogamia, enquanto que a união estável é instituto para a formação de família daquelas pessoas que não almejam tanta formalidade, mas prezam pela lealdade.

---

[13] Caso que ganhou alguma notoriedade pelo ineditismo: “Rio registra primeira união entre três mulheres”, p. A 22, Metrópole, 18 de outubro de 2015.

[14] No Capítulo IX – Da Eficácia do Casamento:
Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.
No Título III – Da união estável:

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Monte (2015) ainda destaca que fidelidade – dever do casamento e expressão da monogamia – é diferente de lealdade – conceito intimamente ligado à boa-fé. A fidelidade pressupõe a exclusividade, o que não ocorre com a lealdade. A diferença vernacular é muito importante para a autora, pois a sua interpretação não pode ser restritiva, sob pena de redução de direitos, conforme enuncia Lôbo (2011, p.178-179 *apud* MONTE, 2015, p. 13-14):

> O conceito de lealdade não se confunde com o de fidelidade. A lealdade é respeito aos compromissos assumidos, radicando nos deveres morais de conduta. Fidelidade, no âmbito do direito de família, tem sentido estrito: é o impedimento de ter ou manter outra união familiar, em virtude do princípio da monogamia matrimonial.

Embora a jurisprudência ainda hoje opte por fazer a extensão do princípio monogâmico à união estável (julgados neste sentido são fartos), entende-se que tal procedimento não seja correto, pois implica em uma restrição de direitos. Nas palavras de Moraes (2002, p. 44-45 *apud* MONTE, 2015, p. 27), para interpretação de regras e princípios, dentre as interpretações possíveis deve ser privilegiada aquela que garanta "maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais". Com efeito, ao restringir lealdade à fidelidade tem-se violada a liberdade, a igualdade, entre outros princípios constitucionais, pelo fato de limitar a autonomia da vontade, a autonomia poliafetiva de poder considerar uma relação leal, mas não exclusiva. Neste sentido, Ruzik (2010, p. 56):

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

A análise sistemática (MONTE, 2015) do Código Civil para o afastamento da monogamia para uniões estáveis não se exaure aqui. Outra evidência do fato é que os art. 1.597 e 1.598 tratam da presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento, presunção esta que não ocorre no caso de união estável sistematizada no ordenamento. Ademais, conforme a letra do art. 1.521 não se podem casar pessoas que já detenham o estado de casadas. Para a união estável abriu-se a exceção: não se aplica o impedimento caso a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente, o que evidencia uma não incidência – ou ao menos uma flexibilização – do princípio da monogamia. Finalmente destaca-se que no crime de bigamia somente incide quem é casado, ao rigor da tipificação do art. 235 do Código Penal, inexistindo, portanto, a "bigamia de união estável".

Embora raros e não se refiram à poliafetividade nos termos deste trabalho, julgados que aceitem as nuances da ausência de monogamia no reconhecimento de uniões estáveis existem:

> "Ementa: Direito de família. Apelação cível. Ação declaratória de união estável *post mortem*. Casamento e união estável simultâneos. Reconhecimento. Possibilidade. Provimento. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. E continua, com esta lição: Na verdade, são famílias estigmatizadas, socialmente falando. O segundo núcleo ainda hoje é concebido como estritamente adulterino, e, por isso, de certa forma perigoso, moralmente reprovável e até maligno. A concepção é generalizada e cada caso não é considerado por si só, com suas peculiaridade próprias. É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto. O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral, quando se refere a famílias paralelas. O preconceito – ainda que amenizado nos dias atuais, sem dúvida – ainda existe na roda social, o que também dificulta o seu reconhecimento na roda judicial. 4. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o *de cujus*, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida" (TJMA, ApCiv 19.048/2013, 3.ª Câm. Civ., rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, j. 10.07.2014).

Após a análise sistemática do Código Civil, destaca-se que o último vestígio que havia da exigência da monogamia no texto constitucional extirpou-se com a elevação da proteção especial do Estado à família em sentido lato, independente de relação matrimonial. A monogamia, positivada no ordenamento jurídico, notadamente no texto constitucional, mais que elemento coercitivo do Estado, representou, durante séculos, o poder coercitivo da Igreja.

Como já explorado no item 1.1, o surgimento da monogamia está intimamente ligado ao surgimento de um direito patriarcal, em busca de dar uma maior legitimidade à prole. O Direito Canônico buscou na monogamia um elemento de estabilidade familiar, com a fixação de um casamento religioso indissolúvel. A Igreja permaneceu durante séculos influenciando o Direito e os efeitos de sua influência são até hoje experimentados. A caminhada para a laicidade estatal é tema interessante que merece destaque, a começar da sua diferenciação conceitual de outros termos:

> O termo ‘secularismo’ [...] é mais amplo do que laicidade, por referir-se genericamente à separação das esferas civis e religiosas – envolvendo um contexto cultural e social sobre o tema. Já o ‘laicismo’ é considerado a forma [...] de exclusão [...] da religião da esfera pública, restringindo a religiosidade exclusivamente à esfera privada. O ‘ateísmo’, por sua vez, considera inoportuna qualquer forma de religião e atua para excluí-la da sociedade de forma ampla ([...] é importante frisar que dizer que o Estado laico não é ateu não significa dizer que seja deísta). Difere-se ainda o ‘aconfessionalismo’, que significa apenas a não adoção de uma religião específica” (ZYLBERSZTAJN, 2012,p.198).

Depreende-se, portanto, que a laicidade do Estado não significa a sua aversão à religião, mas o entendimento de que são dimensões que não devam se misturar. Segundo Correia (2014, p.2-3) um Estado plural, como o Brasil, deve tratar a religiosidade como um direito fundamental por entender que professar uma fé, ao menos *a priori*, tende a elevar o espírito humano a um patamar de maior entendimento mútuo, pregando a concórdia e o pacifismo.

O prestígio que a religião goza no Brasil está destacado em vários pontos da Carta Maior, como os efeitos civis de casamentos religiosos (art. 226, §2º), a proteção aos locais de culto (art. 5º, inciso VI), liberdade de ensino e pluralismo de ideias nas escolas (art. 206, incisos II e III), entre outros (CORREIA, 2014, p. 3). Diante disso tudo, não é difícil notar que a religião tem um papel de destaque na formação da opinião e da moral vigente no país.

Nesta esteira, Correia (2014) traz em seu artigo *Reflexões sobre a laicidade legal no Direito de Família* uma discussão entre os pontos de vista de dois filósofos do Direito da atualidade, John Rawls, cátedra da Harvard University, e Jürgen Habermas, da Escola de Frankfurt.

Rawls propõe a existência de doutrinas compreensivas, que podem ser de ordem moral, religiosa ou filosófica. O conflito entre estas doutrinas é resultado de uma institucionalizada cultura de liberdade. O pluralismo destas doutrinas exercendo sua liberdade em uma bem ordenada sociedade democrática e constitucional define o que o autor denominará de razão pública. A razão pública terá limites razoáveis, assim, a invasão de uma das doutrinas compreensivas na esfera de liberdade da outra se dará no limite em que esta também aceite ter sua liberdade cerceada (RAWLS, 1997, 765-807 *apud* CORREIA, 2014, p. 4).

O constructo teórico de Rawls em muito se assemelha, neste quesito de cerceamento de liberdades em medidas recíprocas, ao imperativo categórico de Immanuel Kant:

> “Age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne universal” ou “age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza” ou, ainda, “age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio” (KANT, 1964).

Habermas, por outro lado, procurará as bases para uma razão comunicativa em que, em um sistema de juízos:

> Não normativo, descentralizado, inserido no meio comunicativo, através do qual os indivíduos procuram coordenar suas ações, segundo entendimentos recíprocos sobre a realidade e o significado das coisas, o que possibilita transcender a partir de dentro a validade em geral (2003, p. 199, *apud* CORREIA, 2014, p. 5-7)

O filósofo alemão procura especificar uma razão comunicativa, pautada na raiz etimológica da palavra comunicar, tornar comum, fazer com que as pessoas consigam pensar ou sentir tais quais as outras. Para ele é inviável a expectativa de Rawls de buscar que pessoas religiosas consigam expressar suas razões por meio de argumentos de razão pública. O Estado não deveria onerar a vida de religiosos com deveres incompatíveis à devoção (HABERMAS, 2003, p. 199, *apud* CORREIA, 2014, p. 5-7). Pode-se encaixar esta visão ao art. 5º, inciso VIII, da Carta Maior: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Sob o ponto de vista da razão pública de Rawls e sob o imperativo categórico de Kant, a laicidade é uma regra legítima, pois não impede o culto ou expressão religiosa, a protege, no entanto, não impõe a ninguém confessar uma fé cujos pressupostos não compartilhem. A poliafetividade para estes filósofos possivelmente não teria problema algum em ser reconhecida, na medida em que a vida íntima de alguém em nada abala ou impacta na vida de outrem.

Já Habermas, segundo Correia (2014), afirmaria a dificuldades de religiosos aceitarem a poliafetividade. O filósofo considera que o discurso religioso detém pontos de vista que não podem ser ignorados, por ainda não terem sido explorados em sua plenitude ou traduzidos para a linguagem de argumentos públicos. De outra ponta, ocorre que, ao considerar a religião um ponto importante para a solução da questão, se a religião deve ser considerada, qual religião deve ser ouvida? A religião muçulmana é uma das três grandes religiões do mundo e aceita a poliafetividade.

De fato, quando de faz a oposição da filosofia de Rawls à de Habermas em uma questão complexa, na qual estão presentes grandes princípios constitucionais, como a dicotomia entre liberdade e o direito à vida, no caso do aborto, não é nada simplespara um magistrado escolher a qual posição se perfilhar. É o que Atienza (2003) chama de casos difíceis. A liberdade de seguir a vida como se uma gravidez não tivesse ocorrido, ou o cerceamento dela em que se passará a viver a vida para um filho, o que muitas mães fazem. Ou a vida, manter a vida do feto e protegê-lo para que nasça com saúde ou considerar que um filho concebido ainda não tem direito à vida até o nascimento. Em julgamentos como este "A defesa de um estado ideal de coisas para um princípio pode significar o sacrifício absoluto de outro"(NEVES, 2013, p. 31). Nestas questões difíceis, certamente Rawls e Habermas teriam visões opostas.

No entanto, a opção de liberdade, de viver a vida de acordo com a sua consciência, dentro de uma fé ou não, praticando a poliafetividade em busca de uma plenitude existencial, ofende qual direito alheio? É pecado? Ofende o direito de decidir como as outras pessoas vão viver? O sagrado direito de meter-se na vida alheia?

Opositores da poliafetividade, tanto Simão (2015) como Correia (2014) se perguntam até onde iria a permissividade se a poliafetividade fosse reconhecida e apontam para a aceitação do incesto como próximo passo. Embora Correia (2014, p. 9) concorde que pouquíssimos são os doutrinadores que defendem tamanha liberalidade, a maioria, como Maria Berenice Dias, afirma que "a proibição do incesto é o primeiro interdito do homem, isto é, a primeira lei de qualquer organização social e jurídica. Marca a passagem do estado da natureza para a cultura, sendo um princípio fundamental e fundante de todas as culturas do mundo ocidental" (2010, p. 271). Corroboram a posição: Pereira(2015, p.2), para quem os limites do direito de família esbarrarão em sua própria lei originária, o interdito proibitório do incesto; Freud (1974, p. 36), para quem a religião, a moral, a sociedade, e a arte convergem para o complexo de Édipo, traduzindo-se na Lei do Pai ou proibição de incesto; e Strauss (1982, p. 62), para quem a proibição do incesto não é puramente natural, mas trata-se do nascimento da cultura.

Contra o argumento de que o reconhecimento da poliafetividade levará ao do incesto, é útil um simples argumento de ordem prática: o não reconhecimento legal não impede o ato sexual incestuoso, o Estado não tem como fiscalizar ou impedir, assim como não pode o ato homoafetivo ou poliafetivo. O que o Estado pode fazer é puni-los com o simples não reconhecimento como uma família, como o fazia com os pareshomoafetivos ou como faz com

os parceiros poliafetivos, mas eu pergunto: quem está em uma relação de incesto não já é uma família? Faltaria, portanto, uma causa de pedir, ninguém entra em uma morosa e cara disputa judicial para ganhar o que já tem.

3.4.A evolução do Direito no caminho da aceitação

Um grande óbice à poliafetividade é a mencionada no primeiro capítulo, falta de representatividade, embora pareça uma demanda legítima. Não há que se negar que a evolução do direito corre segundo a demanda. A homoafetividade teve, nas duas ações julgadas em conjunto, ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF, como impetrantes o Governador do Estado do Rio de Janeiro e a Procuradoria-Geral da República, com o auxílio de mais de dez entidades funcionando como *amicuscuriae*. Tal interesse não se vislumbra na demanda da poliafetividade, restringindo em grande parte estas discussões ao campo teórico, ao menos até momento.

O que é vanguarda no Brasil já tem alguns adeptos em várias regiões do mundo. Aceita sem problemas no mundo árabe, a poliafetividade tem ganhado notoriedade em países como França, Reino Unido e notadamente, Estados Unidos. Em enclaves muçulmanos podem ser encontradas diversas famílias poliafetivas em Londres, Paris e Nova Iorque (MACDERMOTT, 2011). Embora não traga números completos o colunista do *The Wall Street Journal* traz estimativas de aproximadamente mil na Inglaterra e cerca de 180mil na França, sendo estes não necessariamente muçulmanos. Na América afirma que os números são mais difíceis de apontar, mas destaca que a maioria são imigrantes da África ocidental.

Ainda com relação aos Estados Unidos, outro colunista, desta vez do *The New York Times*, afirma que em pesquisas realizadas entre 2001 e 2015 o número de pessoas que aceita a poliafetividade no país mais que dobrou, embora ainda represente parcela pequena da sociedade, partindo de 7% para 16% (DOUTHAT, 2015a). Mesmo não tendo um grande número de adeptos, poliafetivos declarados não chegam a 1% nos Estados Unidos, tem-se a impressão de que seu reconhecimento será mais fácil que o reconhecimento das relações homoafetivas. Ross Douthat justifica que enquanto a homoafetividade encontra defensores apenas entre os liberais, com forte resistência da ala conservadora americana, o mesmo não ocorre com a poliafetividade. Esta pode ser defendida tanto por liberais de esquerda quanto por grupos conservadores, em busca do apoio de religiosos, mórmons por exemplo. (DOUTHAT, 2015b).

No México embora não verse especificamente acerca de poliafetividade, a monogamia vem perdendo espaço, inclusive em âmbito legislativo. A nova *Ley de La Familia de Coahuila*embora não trate de relações poliafetivas já garante direitos às famílias paralelas naquele país. A titular da Secretaria da Mulher, Luz Elena Morales, destacou que a lei apenas positiva o que já vinha sendo concedido pela Suprema Corte mexicana (VALDES, 2015).

A evolução dos direitos fundamentais está ocorrendo em diversas partes do mundo, não apenas nos mencionados. Esta evolução, recorda Almeida (2015), pode ser considerada uma *"joint-venture entre juízes e partes, pois está nas mãos das partes trazer ou não determinados casos e argumentos para que os juízes selecionem"*. Esta, nos ensina Almeida, é a concepção de evolução do direito de Paul Rubin e George Priest, para quem o direito evolui com a ação das partes, que levam ao judiciário as questões. Para Holmes, ainda segundo Almeida (2015), o juiz tem um papel mais preponderante nesta evolução. O autor ainda traz vários outros doutrinadores acerca do interessante conceito de evolução jurídica, com pontos de vista diferentes, mas com resultado comum: o direito evolui, e independente de serem os juízes, partes ou legisladores os agentes principais, todos estão inseridos em uma mesma sociedade, e pensam de acordo com o seu tempo. Com relação a isso, Waquim e Carvalho (2015), lembram o ensinamento de Hesse:

> "O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo." Não se pode, portanto, ao buscar a interpretação de normas constitucionais, fugir ao problema concreto, que demande o trabalho de interpretar. (HESSE, 1998, p.61 *apud* WAQUIM e CARVALHO, 2015, p. 8)

Ao analisar o tempo dentro de uma perspectiva de evolução do direito pode-se perceber o direito ao reconhecimento da poliafetividade trilhando o caminho no qual já passou o direito dos indivíduos homoafetivos. Percebe-se que vários argumentos que hoje são comumente utilizados contra um já o foram contra o outro. Nesta linha histórica se pode traçar um paralelo entre a luta por aceitação, em ambos os casos, contra a resistência de uma parcela mais conservadora da sociedade utilizando o Modelo de Kübler-Ross.

Este modelo é conhecido como as fases do luto, que vão desde a negação à aceitação (KÜBLER-ROSS, 1996). É associado não só a perdas envolvendo a morte, mas pode ser aplicado a grandes perdas, como divórcios, entre outros. Observando a forma como a sociedade lidou (e lida até hoje) com a homoafetividade pode-se traçar um paralelo:

A “negação”, primeira fase do modelo, ocorre quando se nega o problema. É negar a homoafetividade ou poliafetividade. É o momento em que se ignora, “não existe” o problema. Provavelmente a poliafetividade encontra-se nesta fase de evolução de aceitação perante a sociedade, a homoafetividade é pública e notória, já passou deste ponto.

A segunda é a “raiva”. Ao não conseguir mais negar, um estado de cólera é iniciado. Muito da homofobia pode estar relacionada a esta fase. A poliafetividade não encontra-se neste estágio. É importante notar que até a última, “aceitação”, nem todos os processos de luto passam por todas as fases.

A terceira fase é o que a autora chama de “barganha”. É uma negociação. É o início da aceitação. Esta fase é bem explícita no mundo jurídico quando, apesar de não aceitar a homoafetividade, dava-se aos casos inicialmente judicializados uma solução parcial, como a “sociedade de fato”. Da mesma forma, os reconhecimentos, mesmo que em sede de famílias paralelas, podem ser apontados como esta fase para a aceitação da poliafetividade.

A penúltima fase é a depressão. Esta fase pode ser detectada em indivíduos conservadores em chavões como “o mundo está perdido”, ou similares, ao deparar-se com situações de homo ou poliafetividade.

A última é, finalmente, a aceitação, na qual não se pode fazer mais nada a respeito e a única solução é aceitar. A homoafetividade entrou nesta fase no Brasil com a unanimidade de ministros votando sim ao reconhecimento das entidades familiares assim constituídas. A poliafetividade tem um longo caminho até lá.

O ministro Edson Fachin em um de seus trabalhos em defesa de uma família formada por afeto, provocou:

> Entre tornar-se conceitualmente família e realizar-se como tal, há uma fenomenal distância. A passagem do conceito de família-poder para a família-cidadã é também de um programa a se construir.(FACHIN, 2010, p.3)

É esta a proposição exposta neste trabalho, permitir a cidadania a todos, respeitando o fundamento do pluralismo, e preparando a sociedade e o ordenamento jurídico para aceitarem e protegerem mais esta entidade familiar.

O fomento das discussões é importante para que, ao chegar à positivação legal desta nova entidade, a sociedade já tenha feito um debate suficiente acerca de todas as nuances e consequências que o Direito de Família pode atingir.Direitos previdenciários extensivos a todos os membros dessa nova família, bem como as repercussões no Direito de

Sucessõesdevem ser previstos, pois novas conformações merecem novas regras, para que se resguardeos direitos e assim torne a “especial proteção do Estado” prevista no art. 226 da Carta Maior em uma “real proteção do Estado” para todas as famílias, independente de qualquer ação judicial para tal.

CONCLUSÃO

Como se viu durante todo o presente estudo, os três grandes conjuntos argumentativos que embasaram o reconhecimento da união estável homoafetiva podem servir como justificativa para a união estável poliafetiva.

A aplicação principiológica da Constituição é a mais evidente, na qual a liberdade e igualdade impedem um desigual tratamento tanto àqueles que optarem por uma relação homoafetiva quanto àqueles que optarem por uma relação poliafetiva. Ademais, a promoção do bem de todos com o combate à discriminação odiosa é um dos objetivos fundamentais da República. O pluralismo político, com o respeito às diferentes ideias, fruto de uma democracia tolerante, é um fundamento do país, além de uma de suas características mais conhecidas nacional e internacionalmente. Neste ponto, Simão (2015) critica esta postura do brasileiro, de abraçar as novas ideias, afirmando estamos na contra-mão dos demais países com relação ao princípio da monogamia, o que detona uma clara postura do autor contra a ideia de Brasil como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A família como sendo igualmente plural, não comportando um *numerusclausus* ao art. 226 da Carta Maior é o segundo argumento, que abarca não somente o conceito de família homoafetiva, poliafetiva, mas qualquer família em que haja um *affectio*, comunhão de vida, nas modernas conceituações vistas ao longo deste trabalho. A família não pode ter sua composição ou formação determinada pelo Estado, seja ela de qualquer tipo. Como bem rememora Milagres (2013) acerca da poética comparação do jurista italiano Arturo Carlo Jemolo a família é uma ilha “que o mar do direito pode somente tocar superficialmente”.

Finalmente, viu-se que, assim como não era proibida a união estável homoafetiva, não seria a poliafetiva. Além de toda a digressão acerca da aplicabilidade ou não do Princípio da Monogamia, pode-se fazer menção, a título de reflexões futuras, ao expresso no voto do Ministro Cezar Peluso, que não equipara completamente a união estável homoafetiva à união estável do §3º do art. 226, CF, mas a enumera como uma nova entidade familiar:

> Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional. (BRASIL, 2011, p. 112)

Ora, como uma nova entidade familiar, deveria ser objeto de novos regramentos, não tendo, *a priori*, completa regulamentação no Código Civil. Igualmente poder-se-ia considerar uma união estável poliafetiva, uma nova entidade, sem ainda um regramento suficiente no ordenamento, mas nem por isso proibida.

É importante destacar que a adequação das uniões poliafetivas aos argumentos vencedores na ADPF 132-RJ não é suficiente para considerá-las como reconhecidas no ordenamento. Esta adequação somente daria ao impetrante de uma ação com vistas a obter este reconhecimento a certeza de que, se julgado coerentemente com os argumentos aprovados unanimemente pelos membros do Supremo Tribunal Federal, teria grandes chances de êxito.

No tocante a possibilidade de uma ação com estes fins, o mais razoável seria a propositura de uma ADI para a interpretação conforme a Constituição dos artigos 1.723 do Código Civil, para que se reconheça como entidade familiar a união estável entre pessoas maiores e capazes, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Ademais, que se interprete não restritivamente, conforme já defendido, o dever de lealdade expresso no Art. 1.724, CC, para que esteja clara e cristalina a diferença entre lealdade e fidelidade, inerente tão somente ao casamento. Por fim, desnecessário, mas útil para efeito de segurança jurídica, que o Art. 235 do Código Penal, Crime de Bigamia, seja restrito a casos em que reste evidente a má-fé para com o cônjuge ofendido. Mais adequado, embora provável apenas após um amplo debate na sociedade seria uma redação na forma: "*Contrair alguém, sendo casado, novo casamento, sem aquiescência do cônjuge ou donubente*". Desta forma estaria resguardada a boa-fé desejável e necessária às entidades familiares.

Por fim, a aceitação da homo/poliafetividade como um caminho inexorável para o Direito, bem como a sua adequação às fases propostas no Modelo Kübler-Ross são construções teóricas, um palpite, uma curiosidade – como a que motivou este trabalho – e podem motivar o próximo, quem sabe em uma dissertação de mestrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fábio. Direito e Evolução: uma tradição esquecida na teoria jurídica. *in: Crítica Constitucional.* Disponível em <http://www.fd.unb.br/pt/direito-e-evolucao-uma-tradicao-esquecida-na-teoria-juridica> Acesso em 30 nov. 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.* 3. Ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Pleno. Relator: Ministro Ayres Brito. DJe. 14.10.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.183.378/RS. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. DJe. 01.02.12.

CADEMARTORI, Luiz Henrique U.; NAVARRO, Gabriela Cristina. A Teoria do Direito Entre Neoconstitucionalismos e Garantismo e a Proteção à Democracia. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 65-86, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/volume2014.1/04.pdf> Acessado em 25 nov. 2015.

COHEN, Cathy J. Punks, bulldaggers, andwelfarequeen: The radical potentialofqueerpolitics? in "Black QueerStudies". E. Patrick Johnson e Mae G. Henderson, eds. Duke UP, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Dignidade Humana, O Super-Princípio Constitucional: A dignidade humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito.*"Princípios Constitucionais Fundamentais", estudos em homenagem ao professor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*, sob coordenação de Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral. São Paulo: Lex Editora, 2005, pág. 903.

DE VITA, Anna. Aperçucomparatifsurl'évolutioneuropéenne: considérationset conjectures. In: Fenouillet, Dominique; *Vareilles-Sommieres, Pascal de (dir.). La contractualisation de la famille.* Paris: Economica, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Poliafetividade, alguém duvida que existe?* Artigo disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/poliafetividade.pdf> . Acesso em 9 nov. 2015.

_____. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 271.

FACHIN, Luiz Edison. Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. *Revista síntese jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. São Paulo, IOB Informações Objetivas e Publicações Jurídicas Ltda, 1953. v. 58, n. 389, p. 77–96, mar., 2010.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. In: Obras psicológicas completas, 12 v. Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1974, p.36.

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

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

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, Sergio Antonio Fabris Ed., 1998, p. 61.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a Morte e o Morrer.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. In: Frederico Henrique Viegas de Lima. (Org.). *Direito Civil Contemporâneo*. 1ª ed. Brasília: Gran Cursos/Encanto das Letras, 2009.

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

_____. A Repersonalização das Relações de Família. *Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões*, Vol. 1, p. 451-470, Ago/2011.

_____. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Apelação Cível nº 19.048/2013, 3.ª Câmara Cível. Relator Lourival de Jesus Serejo Sousa, j. 10.07.2014.

MARTINEZ-PUJALTE, Los Derechos em *Derechos Humanos.* Madrid: Tecnos, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Edição.São Paulo: Saraiva, 2013.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Família e Liberdade: Direito Pessoal e Direito Patrimonial de Família. in: *Revista de Direito Privado* | vol. 56/2013 | p. 297 - 317 | Out - Dez / 2013.

MONTE, Hilda Maria Couto. O princípio da monogamia no casamento e a defesa da tutela jurídica das famílias informais simultâneas. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 81110, jan./abr. 2015.

NEVES, Marcelo. *Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e Monogamia. *apud* ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil Famílias.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.56.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação declaratória de filiação. Dupla maternidade, Processo nº 0016266-45.2012.8.26.0001. 2ª Vara de Registros Públicos. Relator: Márcio Martins Bonilha Filho. Dje. 26/07/2012.

SIMÃO. José Fernando. Sobre poligamia e escritura pública, doutrina que afaga é a mesma que apedreja. Revista Consultor Jurídico, 25 de out. de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-25/processo-familiar-poligamia-escritura-publica-doutrina-afaga-mesma-apedreja#_ftnref1>*Acesso em 21 nov. 2015.*

STRAUSS, Claude Levi. *Estruturas Elementares do Parentesco*. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982, p.62.

STRECK, Lênio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: Crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das famílias paralelas. *Revista de Direito Civil contemporâneo.* Vol.1/2014, p.151-160, Out-Dez/2014.

_____. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun. 2012, 2012.

_____. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto.* Revista Consultor Jurídico. 22 *de março de 2012. Disponível em:* <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto?imprimir=1> *Acesso em 26 nov. 2015.*

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *União Estável Poliafetiva: breves considerações sobre sua constitucionalidade.*ConteudoJuridico, Brasilia-DF: 21 out. 2012. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40126&seo=1>. Acesso em: 9 nov. 2015

VILLELA, João Baptista. *A nova família: problemas e perspectivas.* Organizados: Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 72.

WAQUIM, Bruna Barbieri; CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. A Terceira Idade e a Restrição Legal à Livre Escolha do Regime de Bens: Uma Questão de Direitos Fundamentais. *in: Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 90/2015 | p. 161 - 187 | Jan - Mar / 2015.

ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. São Paulo: USP, 2012. p. 198. Tese de Doutorado na Faculdade de Direito.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponívelem <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 26 nov. 2015.

_____. Constituição do Brasil, de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jan. 1967.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1998.

_____. Lei Complementar nº 95, de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 26 fev. 1998.

_____. *Código Civil*, Lei nº 10.406, de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PLC 6583/2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D6C0ABB84265F05935E86D377B69EA9.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013> . Acesso em: 10 nov. 2015.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 200/75. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument> . Acesso em 10 nov. 2015.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 30 nov. 2015.