

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Riva Sobrado de Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-696-3

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Civil Constitucional I durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a constante constitucionalização do direito civil e suas relações de natureza privada.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Civil Constitucional I, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: Indenização nas relações de família; A compatibilidade constitucional da eutanásia com o ordenamento jurídico do Brasil por meio do neoconstitucionalismo; A dicotomia entre direito público e privado sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; A função social dos contratos e sua expressão a partir do princípio da solidariedade: um exemplo de constitucionalização do direito civil brasileiro; A multipropriedade imobiliária e a rediscussão do princípio *numerus clausus*; Análise de coesão do conceito da função social do contrato na doutrina; Análise dos limites ao duplo grau de jurisdição: Possibilidade legal ou infração constitucional? Da união poliafetiva e suas implicações no mundo contemporâneo; Estatuto da pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os conflitos diante da realidade empírica: breves apontamentos sob a ótica do direito e da psiquiatria; Função e limites da igualdade no direito privado; O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise da sua significação no sistema interamericano de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores;

O direito civil constitucional: novo paradigma do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro; O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame acerca da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/17; Propedêutica da verdade no direito processual constitucional brasileiro; Transparência nas relações médico-paciente: a informação à luz dos direitos da personalidade; Usucapião extrajudicial: Introdução do instituto no ordenamento pátrio e os problemas decorrentes de falhas legislativas à luz de direitos fundamentais.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Civil Constitucional no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Riva Sobrado de Freitas – UNOESC

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr – UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DA UNIÃO POLIAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

ABOUT THE POLIAFFECTIVE UNION AND ITS IMPLICATIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD

Natália Duarte Boson Santos

Resumo

O presente trabalho objetiva tratar sobre a união poliafetiva como espécie de família e trazer à tona os questionamentos existentes. Devido ao progresso das Constituições que passaram a prever como fundamento a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à liberdade de constituição familiar, legitimou-se o reconhecimento de novos arranjos familiares. Assim, analisa-se no presente estudo os conflitos e lides, argumentações e reflexões acerca do impacto da união poliafetiva nas diversas esferas do direito.

Palavras-chave: União poliafetiva, Família, Progresso, Constituições, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to deal with the poly-affective union as a kind of family and to bring to the fore the existing questionnaires. Due to the progress of the Constitutions that began to predicate as a foundation the dignity of the human person and the fundamental right to freedom of family constitution, the recognition of new family arrangements was legitimized. Thus, the present study analyzes the conflicts and disputes, arguments and reflections about the impact of the poly-union in the various spheres of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Poly-union, Family, Progress, Constiuições, Dignity of human person

1 Introdução

Conforme é cediço, quando se pensa em família já associamos ao seu modelo convencional, qual seja: um homem e uma mulher com o dever de gerar filhos. Porém, com o passar dos anos essa realidade tem mudado consideravelmente. Hoje, o conceito de família se pluralizou. Encontramos dentre do conceito de família as monoparentais, homoafetivas, poliafetivas.

De fato, as modificações que ocorreram nas estruturas políticas, econômicas e sociais atingiram diretamente nas relações jurídico-familiares, havendo uma reformulação no conceito de família. Com a proteção da pessoa humana, a família adquire uma função importante preocupada em atender os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes, ganhando novos contornos e sendo improvisadas de acordo com as suas necessidades.

As Constituições não conseguem acompanhar com a mesma velocidade a evolução da sociedade e seus anseios. Mas a Constituição Federal de 1988 previu como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, dando maior ênfase no ser humano como sujeito de direito e lhe assegurando a cidadania. Ademais, reconheceu outras entidades de família constituídas de forma diversa da do casamento, como, por exemplo, a união estável e aquela formada por qualquer dos pais com seus descendentes, também chamada de monoparental. Ressalta-se que tais entidades familiares previstas expressamente na Constituição Federal de 1988 são meramente exemplificativas. “Os avanços da jurisprudência fizeram o STF declarar, com caráter vinculante e eficácia erga omnes, que as uniões homoafetivas são uma entidade familiar. A partir daí restou assegurado o acesso ao casamento” (BERENICE DIAS, 2015, p. 131).

Cada vez mais afasta-se da idéia de vinculação do conceito de família com a estrutura de casamento. O conceito de família abrange a presença de um vínculo afetivo que unem as pessoas com propósitos comuns, projetos de vida juntos e responsabilidades mútuas. Até mesmo os movimentos feministas, os métodos contraceptivos e a reprodução assistida ajudaram para a flexibilização do conceito de família. A evolução da sociedade e dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração da família.

Assim, deve-se reconhecer nos dias atuais, a existência de uma espécie de família formada pelo vínculo de convivência de mais de duas pessoas sob o mesmo teto, chamada de união poliafetiva ou poliamor. Salienta que essa estrutura familiar é considerada por muitos uma afronta aos bons costumes e à moral. Porém é inegável a sua existência e a

falta de regulamentação legal e a uniformização do entendimento perante os Tribunais dificulta o reconhecimento de tal entidade, a solução das lides existentes e prejudica àqueles pertencentes da referida família.

2 Evolução do Direito de Família

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pai exercia grande poder sobre os filhos tendo o direito de vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e, inclusive, tirar-lhes a vida. Existia uma subordinação da mulher em relação ao marido que podia repudiá-la livremente. O ascendente comum mais velho comandava, dirigia o culto dos deuses domésticos, distribuía justiça, bem como administrava os patrimônios familiar.

Ao longo dos anos, essa severidade pertencente ao ascendente mais velho foi atenuando. Instala-se no direito romano a concepção cristã da família e junto dela a preocupação com a moral. “Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castresnses (vencimentos militares)” (GONÇALVES, 2016, p 31).

No século passado as leis que regulavam a família tinham em vista o modelo de casamento sendo aquele patriarcal e hierarquizado. Já a Constituição Federal de 1988 trouxe nova ordem de valores destacando a dignidade da pessoa humana e realizando uma revolução no Direito de Família. Em seu artigo 226 previu a entidade familiar de forma plural e não mais singular; já no §6ª do artigo 227, altera-se a sistemática de filiação, uma vez que proibi designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro da relação conjugal ou em um relacionamento extraconjugal; e nos artigos 5ª, inciso I, e 226, §5ª, consagra o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Vejamos os referidos artigos:

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

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

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

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

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

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

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

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

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Código Civil de 2002 rever o conceito de família regulamentando a união estável, traz a possibilidade do marido contestar a legitimidade do filho nascido de sua mulher, fortalece a idéia da igualdade entre os filhos, prevê hipóteses diversas de escolha de regime de bens pelos cônjuges ou companheiros, disciplina a prestação de alimentos, dentre outras questões envolvendo o tema família.

Aos poucos os valores da sociedade vão mudando e o conceito de família ganha novos contornos. Prioriza-se a família soci afetiva, a não discriminação de filhos, a responsabilidade de ambos os pais no que tange ao exercício do poder familiar, e se reconhece a entidade monoparental e a união homoafetiva como família.

3 A família e seus modelos

3.1 Da família natural

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 25 dispõe que a família natural é aquela formada pelos pais ou qualquer destes e seus descendentes e que deveria ser o equivalente à família biológica. É evidente que a família pode ser tanto a biológica quanto a sociafetiva, pois não são os laços sanguíneos que definem a forma de constituição de família. Porém, não há como negar que o conceito de família natural neste estatuto está orientado pelo traço biológico, ou seja, a família natural adviria da gestação da mulher.

3.1.1 A família extensa ou ampliada

Conforme o parágrafo único do artigo 25 do Estatuto da Criança e Adolescente, a família extensa ou substituta é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal. Ela é formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. O referido Estatuto dispõe que a criança e o adolescente, antes de ser posto em família substituta, não sendo possível reinseri-la na sua família natural, de origem ou dos laços de sangue, deve ser introduzida em núcleo de sua família extensa, consistente de avós, tios, primos, entre outros, não sendo suficiente a existência de laços de parentesco, sendo preciso que a criança ou adolescente conviva com tais parentes e possua com eles vínculos de afinidade e de afetividade (NUCCI, 2014, p. 88).

3.1.2 A família substituta

A família substituta é aquela representada pelos pais que se cadastram de forma unilateral ou bilateral, quando casados ou em união estável, sendo candidatos à adoção e que estão à espera da longa trajetória do processo de adoção. O Estatuto da Criança e Adolescente não dispõe de forma expressa o conceito de família substituta, porém em seu § 3º do artigo 19 previu que a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente terá como preferência a sua família natural em relação a qualquer outra providência, só sendo colocada em família substituta se não for possível reinseri-la na família natural ou encaixá-la na família extensa ou ampliada, e depois de os pais naturais terem sido previamente destituídos do poder familiar.

3.2 A família eudemonista

A família seria qualquer modalidade de comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar. Este termo *família eudemonista* é utilizado para identificar o núcleo familiar que está em busca da felicidade individual e vive em um processo de emancipação de seus membros. Desde a Constituição Federal de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da efetividade (MADALENO, 2015, p. 31).

3.3 A família homoafetiva

O Supremo Tribunal Federal consolidou a jurisprudência que já vinha sendo assentada por diversos Tribunais reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar. Devido ao efeito vinculante de sua decisão e a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, se atendidos os mesmos pressupostos exigidos para a constituição da união entre o homem e mulher, o STF acabou por assegurar todos os direitos e obrigações previstos no livro do Direito de Família do Código Civil brasileiro aos companheiros homoafetivos. O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 175/2013 dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que possibilita o casamento direto dos casais homoafetivos ou conversão em matrimônio de anterior união estável.

4. A família paralela

O Código Civil de 2002 no artigo 1.521, inciso VI impede que se unam pelo matrimônio pessoas que já sejam civilmente casadas, pelo menos em quanto não for extinto o vínculo conjugal pela morte, pelo divórcio ou pela invalidade judicial do matrimônio. Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da monogamia, tanto é assim que a bigamia é tipificada como crime pelo Código Penal, só tendo a pessoa possibilidade de casar de novo depois de dissolvido o seu vínculo de casamento seja pelo divórcio, pela declaração judicial de invalidade, ou pela morte de um dos cônjuges.

Porém, com relação à união estável essa restrição não ocorre eis que a simples separação de fato já seria suficiente para conferir validade a união estável, conforme

disposto no §1 do artigo 1.723 do Código Civil. Mas não será possível a constituição da união estável se coexistir um casamento paralelo cujo cônjuge não está desvinculado da relação precedente.

Percebe-se que no Brasil os casamentos múltiplos são vedados, são proibidos os concubinatos paralelos, não se admite a poligamia a permitir multiplicidade de rações entre pessoas já antes comprometidas. Entretanto, pode-se dizer que a doutrina e a jurisprudência mais atual apontam uma crise do sistema monogâmico sendo possível encontrar diversos arranjos familiares que são tolerados pela sociedade.

É cada vez mais frequente se deparar com decisões judiciais que reconhecem direitos às uniões paralelas ao casamento fazendo jus a todos os direitos pertencentes ao casamento, como se fosse possível manter dois casamentos concomitantes, dividindo o patrimônio conjugal entre três pessoas, assim como ordenar o duplo pagamento de pensão alimentícia. A exemplo da 5ª Turma do STJ em que em mais de uma oportunidade, previu a possibilidade de divisão de pensão por morte entre a ex mulher e a companheira, sem preferência entre elas, não tocando na questão do relacionamento paralelo, senão vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. PENSÃO. COMPANHEIRA. DESIGNAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. RATEIO COM EXCÔNJUGE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que 50% da pensão por morte de militar é devida aos filhos e a outra metade deve ser dividida entre a ex-esposa e a companheira, não havendo falar em ordem de preferência entre elas. 2. Nos casos em que estiver devidamente comprovada a união estável, a ausência de designação prévia de companheira como beneficiária não constitui óbice à concessão de pensão vitalícia. Precedentes. 3. Reconhecida a união estável com base no contexto probatório trazido aos autos, é vedada, em sede de recurso especial, a reforma do julgado, sob pena de afronta à Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/03/2008, T5 - QUINTA TURMA)

MILITAR. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL CARACTERIZADA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. DIVISÃO DO BENEFÍCIO ENTRE EX-ESPOSA, COMPANHEIRA E FILHO MENOR. 1. Com base nas provas carreadas aos autos, o Tribunal a quo decidiu estar configurada a união estável entre o de cujus e a companheira, segunda beneficiária. Infirmar tal posicionamento implicaria necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório, o que é inviável em recurso especial, a teor do enunciado da Súmula nº 7 desta Corte. 2. O Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assente no sentido de que, com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), a companheira passou a ter o mesmo direito que a ex-esposa, para fins de recebimento da pensão por morte. 3. Considerando a existência de filho menor de idade, que faz jus a 50% da pensão por morte, e por não haver ordem de preferência entre a ex-esposa e a companheira, a outra metade do benefício deverá ser dividida entre elas. Portanto, correto o rateio na proporção definida pela Administração militar. Precedentes. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ - REsp: 1206475 RS 2010/0148426-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 05/04/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2011)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE A EX-ESPOSA E A EXCOMPANHEIRA. ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS FÁTICAS. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. I - O Tribunal a quo, com base na análise do acervo fático-probatório dos autos, concluiu que não ficou descaracterizada a união estável suficiente para afastar a decisão do INSS de ratear e pensão por morte entre a exesposa e a ex-companheira do de cujus. II - Rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável pelo Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7 desta Corte: A pretensão de simples Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 7, nº13, set.-dez. 2015. | 79 reexame de prova não enseja recurso especial. III - Agravo regimental improvido”. (AgRg no Ag 1380994/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013)

Portanto, verifica-se que há muitos anos existem relações afetivas paralelas e que precisam ser reconhecidas e amparadas pelo direito. Caso contrário, alguns integrantes da

relação amorosa e que de fato constituíram uma união estável, restará prejudicada. Não cabe ao Estado adentrar nas relações afetivas entre as pessoas limitando-a, mas sim, dando o suporte necessário para que seja solucionada possíveis lides da maneira mais justa.

4.1 União Poliafetiva

É cediço que os modelos de entidade familiar presente na sociedade brasileiro tem como o afeto o seu principal elemento, ou seja, é através da afetividade que se identifica a constituição e o reconhecimento oficial de uma entidade familiar. São múltiplos os arranjos familiares, não podendo negar a proteção estatal a qualquer família, independentemente de orientação sexual dos participantes, devendo ser considerada a dignidade dessas pessoas.

A família plural se estrutura e tem como razão de existência o afeto, sendo que isso ocorre na diversas famílias, dentre elas a família monoparental, a família homoafetiva, a família eudemonista e também na família poliafetiva. Esta última, por sua vez, trata-se de um triângulo amoroso, constituído pela relação afetiva de um homem e duas mulheres, vivendo todos sob o mesmo teto, de forma harmoniosa e consentida. De fato essa constituição familiar é acolhida pelos valores supremos da dignidade da pessoa humana princípio fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988. Esta família presente nos dias atuais parte do pressuposto de uma relação com estabilidade, coabitação, desejo de criar um vínculo familiar com obrigações e responsabilidades recíprocas, solidariedade, divisão de tarefas e econômicas tudo isso inserido em projeto de vida com propósitos em comum.. Este modelo familiar destoa do modelo tradicional de entidade familiar constituído apenas por um homem e uma mulher, no qual nem a própria Constituição defende. Os participantes são sujeitos de direito tendo a liberdade de formar sua própria família não sendo obrigado a aderir a um modelo fechado e rígido de entidade familiar ((MADALENO, 2015, p. 28).

A Constituição Federal de 1988 previu o matrimônio como uma das formas de constituição de família de forma exemplificada, sendo consagrado o princípio do pluralismo das entidades familiares. Outros modelos não se esgotam nos previstos pela Carta Política de 1988, prevalecendo a diversidade familiar que tem seu fundamento no princípio constitucional da afetividade. O afeto se prepondera em relação às questões patrimoniais e econômicas, sendo que o elo afetivo cuida de estruturar novas famílias

preocupadas em encontrar a dignidade, felicidade e realização pessoal de cada integrante. A forma de constituir família não pode ser taxativa, nem é escolha da lei, e será regularmente constituída quando preencher os requisitos da afetividade, estabilidade, ostensibilidade (não se trata de uma relação escondida, mas, antes, ostensiva, tanto que lhe foi dada publicidade pela escritura pública) e estruturação psíquica, ou seja, cada integrante da unidade familiar ocupa um lugar e identifica a sua exata função. O elemento formador da família contemporânea é o amor familiar (SILVA, 2015, p. 1342-1358).

Contudo, o princípio da monogamia continua sendo o orientador preferencial de organização das relações jurídicas da família no Brasil, sendo que ainda não existe lei regulamentando a união poliafetiva e todas as circunstâncias advindas dessa entidade familiar. Ficou a cargo do Poder Judiciário resolver tais questões como à partilha de bens em caso de dissolução parcial ou total deste triângulo amoroso, o direito à alimentos, à previdência social, o uso dos apelidos de família, dentre todos os outros efeitos jurídicos que repercutem dessa união.

3 Da ligação entre a monogamia e união poliafetiva

Primeiramente cumpre esclarecer sobre o conceito de monogamia. Etimologicamente, a palavra monogamia, originariamente grega, significa MONOS, “um, único, mais GAMES, “casar”, ou seja um único casamento. Monogâmico, seria então, aquela pessoa que escolhe por ter somente um único parceiro. A monogamia é muito comum nos países ocidentais desde os períodos remotos, o que se fez acreditar que outras formas de união afetiva seriam incomuns, antinaturais e até mesmo marginalizar modelos de famílias que não seguem a monogamia.

Já a poligamia é um sistema em que o homem tem mais de uma mulher ao mesmo tempo ou a mulher tem mais de um marido simultaneamente. Significa muitos casamentos simultâneos. Alguns países e algumas religiões permitem a poligamia, como por exemplo, nos países muçulmanos, regulado pelo Alcorão, o Livro Sagrado dos Muçulmanos que permite que o homem tenha até quatro esposas. Já o Código Penal Brasileiro prevê o crime de bigamia aquele que é casado e se casa novamente e também pune aquele que não é casado mas que contrai casamento com uma pessoa casada. Então vejamos:

Bigamia

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

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

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

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

Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento

Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

Observa-se que deve-se respeitar o princípio da legalidade e taxatividade do tipo penal, ou seja, a poligamia advém de dois casamentos, porém se a pessoa é casada e mantém uma relação estável fora do casamento não apresentaria consequências no âmbito penal.

A poligamia é diferente do poliamor, uma vez que naquela existe vários casamentos subsequentes e concomitantes. Já no poliamor se desdobra em duas perspectivas, quais sejam: o de polifidelidade em que várias pessoas que estão unidas pelo afeto, decidem, de livre espontânea vontade formar uma família fechada em si mesmo, sem participantes externos. E o poliamor aberto que se dá quando os parceiros, independente de ter ou não um relacionamento estável, podem buscar outros relacionamentos fora do relacionamento oficial, buscando sempre a felicidade. Na união poliafetiva uma pessoa tem a possibilidade de amar o seu parceiro fixo bem como amar as pessoas com quem mantém relação extraconjugal, ou até mesmo, ter vários relacionamentos concomitantes em que existe sentimento de amor mútuo entre os envolvidos. A verdade é que não se trata de ficar procurando novas relações pelo fato de ter a referida possibilidade, mas sim, de viver tendo essa liberdade em mente. Mas no poliamor pressupõe honestidade entre os envolvidos na medida em que todos sabem da

relação e situação em que se encontram. Não se trata de uma relação aberta em que se está diante de um sexo casual fora do casamento, ou de uma infidelidade que é sigilosa, secreta e desonesta. O poliamor que se baseia no amor, se dá com o conhecimento e aceitação de todos os participantes, são relações afetivas, íntimas, emocionais entre dois ou mais indivíduos numa única unidade familiar, sendo que todos exercem a sua autonomia privada tendo como objetivo a constituição de família.

Destaca-se que tipo de relacionamento é crescente e que, portanto, necessita de tutela pelo Direito. O conceito de família tem sido elasticado e funda-se nos pilares da afetividade, da pluralidade, da felicidade. Não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 foi de extrema importância para que isso acontecesse. Isso porque previu os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da pluralidade familiar, da igualdade entre os cônjuges e companheiros, reconheceu a união estável, a família monoparental que é aquela formada por qualquer um dos pais e seu descendente, previu também a proteção do filho adotivo dentre outros. Mas são hipóteses exemplificativas os arranjos familiares previstos na Constituição da República de 1988, na realidade existem outras entidades familiares como a família anaparental que é aquela formada entre parentes ou entre pessoas ainda que não sejam parentes, dentre outras.

Estes referidos princípios previstos na Constituição Federal de 1988 embasam e permitem o reconhecimento da união poliafetiva poliamorista em igualdade de condições da união heterossexual ou homossexual. Os participantes da poliamor, em que pese não se importarem com a fidelidade, se preocupam com a lealdade uma vez que estão unidas pelo afeto, pelo amor, têm objetivo de constituição de família e todos estão ciente e consciente de suas escolhas.

O Estado deve intervir minimamente no Direito de Família não devendo impor regras rígidas de seguir um padrão específico quando se trata de afeto, sentimento alheio. A atuação estatal não deve invadir a esfera da intimidade das pessoas. Se compreendermos que o dever de fidelidade não deve ser imposto pelo Estado às uniões de afeto, não existiria obstáculo para o reconhecimento de uniões poliafetivas, levando em consideração ainda que a lealdade, que é diferente de fidelidade, impera neste tipo de relação.

4 união poliafetiva e escritura pública

Cumprе esclarecer que a natureza jurídica da escritura pública é declaratória e não constitutiva, ou seja, ela dá publicidade a terceiros sobre a existência da relação jurídica. Os principais motivos de se lavrar uma escritura declaratória de união estável é para dar certeza quanto ao tempo de vigência da referida união e também para que sejam definidos pelos companheiros os efeitos patrimoniais. O que constitui uma união estável não é a lavratura de uma escritura pública em cartório, mas sim, o preenchimento dos requisitos previstos em lei para tanto. Assim, é o fato social, o público conhecimento, a durabilidade, continuidade e a intenção dos integrantes na constituição da família que faz caracterizar a união estável. Caso os participantes da relação, compareçam ao Tabelionato de Notas e lá seja lavrado uma escritura pública de união estável, mas eles nunca chegaram de fato a estabelecer qualquer vínculo emocional, não preencheram os requisitos da lei, neste caso então, esta escritura pública não tem o condão de fazer surgir uma união estável, essa declaração será inócua.

Em alguns Estados existem tabeliães que corroboram do entendimento de ser viável lavratura de escritura pública de união estável de três pessoas. Os cartórios exercem função delegada do Estado e não lhe caberia adentrar na intimidade das pessoas, vedando que elas declarem o que bem lhes aprouver uma vez que não existe vedação legal para tanto. Dessa forma, na cidade de Tupã, interior de São Paulo foi lavrado uma escritura pública de união poliafetiva entre um homem e duas mulheres. Assim também, no dia 01 de Abril de 2016, o 15ª Tabelionato de Notas, localizado na Barra da Tijuca, na Zona Oeste do Rio de Janeiro, lavrou a primeira união estável poliafetiva entre um homem e duas mulheres registradas no estado. Já em outubro de 2016, também foi lavrada pela tabeliã Fernanda de Freitas Leitão, do 15ª, duas escrituras públicas de união poliafetiva, uma delas formada por três mulheres e a outra formada por um homem e duas mulheres. (IBDFAM, 2016, disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Uni%C3%A3o+poliafetiva%3A+escritura+%C3%A9+necess%C3%A1ria%3F>). Acesso em : 15/12/2017.

Porém, em maio de 2016 a Corregedoria Nacional de Justiça emitiu comunicado aos Tabelionatos de Notas informando que tramitava no CNJ um Pedido de Providências que questionava a lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas. A

Ministra Nancy Andrichi recomendou que não fossem lavradas novas escrituras públicas de união poliafetiva.

Para que seja vedada a lavratura de escrituras públicas declaratórias por parte dos tabeliães é necessário que exista ofensa à moral e bons costumes, conforma o artigo 115 da Lei de Registros Públicos, senão vejamos:

Art. 115. Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes. (Renumerado do art. 116 pela Lei nº 6.216, de 1975).

Parágrafo único. Ocorrendo qualquer dos motivos previstos neste artigo, o oficial do registro, de ofício ou por provocação de qualquer autoridade, sobrestará no processo de registro e suscitará dúvida para o Juiz, que a decidirá.

Contudo, observa-se que a declaração por si só não pode ser considerada ofensiva. A união homoafetiva é considerada por muitos como ofensiva dos bons costumes e a moral, mas ainda assim foi reconhecida como entidade familiar pelo STF e o CNJ por meio de Resolução estabeleceu que os cartórios estão obrigados a realização de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo. As leis bem como a jurisprudência não podem atender somente os interesses das majorias, mas devem sim, contemplar os anseios da minoria. Os cidadãos têm o direito de considerar determinado fato imoral no seu íntimo, porém isso não transfere ao Estado o direito de estabelecer normas impositivas e rígidas no que tange ao estabelecimento de constituição de família a ser seguido por toda a população. Lembramos que o Estado se declara laico, democrático e plural.

O STF nos dias atuais enfrenta essa questão da união poliafetiva. No Recurso Extraordinário (RE 883.168-SC), que tem como relator o Ministro Luiz Fux decidirá se as famílias constituídas sob esse modelo terá direitos reconhecidos. A Suprema Corte poderá dar uma interpretação mais abrangente do conceito de família e elastecer o artigo 226 da Constituição Federal como já fez anteriormente no caso do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Ou, o contrário, poderá também consagrar que o casamento entre duas pessoas é o máximo de integrantes possível para que se consitua uma família.

Na cidade de Epitaciolândia o Juízo da Vara Cível reconheceu uniões estáveis paralelas de duas viúvas de um mesmo homem, (processo nº0700030-90.2014-0004). De acordo com o Tribunal de Justiça do Acre (TJ-AC), em setembro de 1982 iniciou a primeira união estável que findou em dezembro de 2003. O homem iniciou outra união estável e ficou relacionando com duas por um período de dois anos, até o seu falecimento que se deu em 2005. A juíza de Direito Joelma Nogueira, que é titular da comarca de Epitaciolândia, enfatizou que as famílias foram mantidas pelo mesmo homem e que portanto faziam jus aos mesmos direitos, inclusive aos direitos sucessórios e previdenciários. Este exemplo é diferente das uniões poliafetivas, pois temos dois núcleos diversos dos quais uma pessoa só participa simultaneamente, os integrantes moram em casa distintas, e não se configura uma relação amorosa a três. Já nas uniões poliafetivas existe apenas um núcleo familiar do qual participam mais de duas pessoas, dividindo o mesmo teto. Mas de qualquer forma, percebe-se que essas são apenas duas formas de constituição de família dentre vários outros modelos que podem ser adotados pelas pessoas e que não cabe ao Estado, que se diz laico, plural e democrático, a interferência e a intervenção.

5 Bibliografia

DIAS, Maria Berenice. “Manual Direito das Famílias”. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Alberto. “Direito Civil Brasileiro”. 13ª. ed. Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição do Brasil de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Américo Luís Martins da. Direito de família, Uniões conjulgais, estáveis, instáveis e costumes alternativos. Lemes: Cronus, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. “Estatuto da Criança e Adolescente comentado. Gen/Forense, 2014.

(IBDFAM, 2016, disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Uni%C3%A3o+poliafetiva%3A+escritura+%C3%A9+necess%C3%A1ria%3F>). Acesso em : 15/12/2017.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre registros público, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

STJ, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/03/2008, T5 - QUINTA TURMA.

STJ - REsp: 1206475 RS 2010/0148426-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 05/04/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2011.

AgRg no Ag 1380994/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013.