

DAS UNIÕES POLIAFETIVAS HOJE: UMA ANÁLISE À LUZ DA PUBLICIZAÇÃO DO PRIVADO E DO ACESSO À JUSTIÇA

THE POLIAFFECTIVE UNIONS TODAY: AN ANALYSIS REGARDING THE PUBLICIZING OF THE PRIVATE AND THE ACCESS TO JUSTICE

Luis Gustavo Liberato Tizzo¹

<http://lattes.cnpq.br/2210465457037662>

Priscila Caroline Gomes Bertolini²

<http://lattes.cnpq.br/8159498250465198>

RESUMO: A expressão “uniões poliafetivas” ainda é bastante controversa, divide opiniões inclusive no mundo jurídico, considerando-se principalmente a ausência de manifestação do Poder Judiciário acerca do tema. Este artigo tem como objetivo enfrentar a temática das “novas” uniões diante do ordenamento jurídico interno, levando-se em consideração especialmente aspectos relacionados à publicização do privado e acesso à justiça. A questão ganhou especial destaque depois que uma cartorária da cidade de Tupã, interior de São Paulo lavrou uma escritura para “regularizar” a situação entre um homem e duas mulheres que já viviam juntos há três anos na mesma casa. Muito se discute acerca dos efeitos da referida escritura, e ainda sobre os critérios terminológicos que envolvem as mencionadas uniões. Entretanto, o cerne da questão reside basicamente na dicotomia entre reconhecer essas uniões como instituição familiar e assim considerá-las enquanto uma ampliação do conceito de família em respeito ao afeto, atual norteador das decisões envolvendo Direito de Família ou, negar-lhes reconhecimento, tendo em vista principalmente o fundamento de ofensa aos padrões monogâmicos da sociedade ocidental e violação a normas do direito interno. Para possibilitar uma melhor compreensão acerca do tema, faz-se necessária uma breve ponderação histórica, mais especificamente do período de transição entre o Estado Liberal e o Estado Social, consignando a transformação de um sistema normativo com visível separação entre Direito Público e Direito Privado e ausência de intervenção do Estado nas relações privadas para um estágio de forte influência do público sobre o privado, marcado pela constitucionalização do Direito, publicização do privado, privatização do público, busca pela igualdade material, consagração de liberdades positivas, visível valorização dos direitos fundamentais, da personalidade e acima de tudo da dignidade da pessoa humana além dos atuais mandamentos de acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Uniões Poliafetivas; Constitucionalização do Direito; Publicização do Privado; Acesso à Justiça; Direito de Família.

¹ Mestrando em Direito pelo CESUMAR (Centro Universitário de Maringá); Pós-graduado em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC (Instituto de Direito Constitucional e Cidadania); Graduado em Direito Pela PUC-PR (Pontifícia Universidade Católica do Paraná); Juiz Leigo; Assessor Jurídico. Endereço Eletrônico: tizzo.adv@gmail.com

² Mestranda em Direito pelo CESUMAR (Centro Universitário de Maringá); Pós-graduada em Direito Empresarial pela UEL (Universidade Estadual de Londrina); Graduada em Direito pelo CESUMAR (Centro Universitário de Maringá); Advogada. Endereço Eletrônico: pri_bertolini87@hotmail.com

ABSTRACT: The term “poliaffective unions” is still quite controversial, divide opinions even in the legal world, especially considering the lack of expression of the Judiciary on the subject. This article aims to address the theme of “new” unions before the domestic legal system, taking into account aspects related especially to the publicity of the private and access to justice. The issue gained particular prominence after a employee of Tupa’s registry office, from state of São Paulo, drew up a deed to “regularize” the situation between a man and two women have lived together for three years in the same house. There is debate about the effects of said deed, and also on the criteria mentioned terminology involving the unions. However, the crux of the matter lies in the dichotomy between basically recognize such unions as family institution and thus consider them as an extension of the concept of family in respect to affection, guiding current decisions involving family law, or deny them recognition, and mainly seen in the foundation of the offense monogamous standards of Western society and violating the rules of law. To enable a better understanding of the topic, it is necessary a brief historical weighting, specifically the transition period between the State and the State Social Liberal, consigning the transformation of a normative system with visible separation between Public Law and Private Law and the absence State intervention in private affairs to a stage of strong influences from the public over the private, marked by the constitutionalization of law, publicizing the private, privatization of public pursuit of substantive equality, enshrining freedoms positive, visible appreciation of fundamental rights, the personality and above all the dignity of the human person commandments beyond the current access to justice.

KEYWORDS: Poliaffective Unions; Constitucionalisation of Law; Publicizing the Private; Access to Justice; Family Law.

INTRODUÇÃO

Recentemente a questão envolvendo as Uniões Poliafetivas tomou os noticiários e dividiu opiniões principalmente no mundo jurídico, com a agravante de que o Poder Judiciário ainda não se manifestou sobre o tema.

A problemática abrangendo as “novas” uniões fora acirrada depois que no mundo real uma cartorária da cidade de Tupã, interior de São Paulo lavrou uma escritura “regularizando” a situação entre um homem e duas mulheres que há três anos já viviam juntos na mesma casa. E, no mundo da ficção, a emissora Rede Globo, na trama da novela Avenida Brasil, retratou a convivência entre um homem e suas três esposas e uma mulher e seus dois maridos.

Em que pesem as discussões acerca dos efeitos gerados com a lavratura de um documento como a referida escritura, além das divergências terminológicas estabelecidas, o cerne da questão reside na visível contradição entre reconhecer as novas uniões enquanto instituição familiar, ampliando o conceito de família, como recentemente ocorrera com as uniões homoafetivas, em respeito ao principal mandamento do Direito de Família na atualidade que é o afeto, ou negar reconhecimento tendo em vista, por exemplo, o fato de ser

a sociedade ocidental eminentemente monogâmica e a normativa interna não possibilitar tal extensão.

Contextualmente, o período de transição entre o Estado Liberal e o Estado Social possui especial relevância no estudo da problemática do presente trabalho eis que retrata o momento de decadência da *summa divisio* até então existente entre os Direitos Público e Privado, além da notória abstenção do Estado em relação aos vínculos privados e a consequente prevalência de um sistema normativo de forte influência do público sobre o privado, com o natural enfraquecimento das fronteiras. Reconhece-se um período em que o Estado passou a preocupar-se com questões e anseios privados.

O Estado Social assumiu relevante papel na busca de efetivação da igualdade material e consagração das liberdades positivas. Ganhou força o movimento de constitucionalização do Direito, publicização do privado e privatização do público e neste cenário, pelo fato da família consistir em organismo de vital importância para o Estado, tem-se que o Direito de Família tende a publicizar-se ainda mais. Além disso, os Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade ganharam função de relevante destaque.

Nesse passo, os ensinamentos de acesso à justiça conduzem a atribuição de um real sentido e alcance dos direitos fundamentais, levando em consideração preceitos de dignidade, liberdade e de igualdade, possibilitando às pessoas reivindicar seus direitos e até mesmo resolver seus litígios sob o olhar do Estado.

É no panorama de ampla proteção estatal, a partir de preceitos da publicização do privado e mandamentos de acesso à justiça, que se pretende a análise do tema das Uniões Poliafetivas, em busca de uma resposta para a indagação acerca dos deveres e limites da proteção do Estado, utilizando-se para tanto do método teórico, constituindo-se na pesquisa de obras doutrinárias, artigos científicos, legislação nacional e documentos eletrônicos.

1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: UMA BREVE PONDERAÇÃO HISTÓRICA

Para o estudo da recente temática envolvendo as Uniões Poliafetivas - assunto exaustivamente tratado pelos noticiários e também pela comunidade jurídica – e consequentemente a viabilidade do seu reconhecimento ou não no ordenamento pátrio, algumas considerações históricas se mostram necessárias.

O século XIX, período da modernidade, eminentemente liberal, fora marcado por uma forte codificação. O que existia de um lado era uma Constituição, encarregada de dividir

os poderes do Estado e limitar seu âmbito de atuação, entre si e perante os cidadãos, vista assim como um diploma público por excelência. E de outra banda, um Código Civil, que contrariamente se apresentava responsável por reger as relações substancialmente econômicas entre os particulares, tido assim como diploma privado por excelência, supostamente perfeito e total³.

Neste período, era possível visualizar de forma bastante clara o papel de espectador ocupado pelo Estado diante das relações privadas, ou seja, uma limitação do poder estatal com a afirmação dos direitos individuais, autonomia e liberdade irrestritas dos cidadãos⁴. Resumidamente, a estrutura normativa liberal era marcada pelo império da *summa divisio* entre os Direitos Público e Privado, fato que acabava por implicar em uma diversidade de ambientes de proteção⁵ e especialmente em um Direito Privado capaz de rejeitar as vulnerabilidades e fraquezas de indivíduos ou grupos⁶.

Observa-se um início de mudança de perspectiva no cenário até então apresentado, com a promulgação da Constituição de Weimar no ano de 1919 - precedida da Constituição Mexicana de 1917, considerando que esta se colocou no centro do sistema, trazendo em seu conteúdo institutos próprios do campo privado, alterando os fundamentos ideológicos do sistema normativo e influenciando as concepções atuais de constitucionalização do Direito Privado e superação da dicotomia do ordenamento jurídico⁷.

Apesar da relevância atribuída à Constituição alemã, fora com as atrocidades cometidas no segundo pós-guerra (meados de 1945), que a questão ganhou efetiva relevância já que, o homem passou a reivindicar de forma mais contundente uma proteção pessoal, de resguardo e de ação, no intuito de se defender e de se afirmar no meio social.

Com o advento do século XX, período de pós-modernidade e transição para um Estado Social, verificou-se de fato, uma prevalência e fortificação das Constituições, com a

³ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 96.

⁴ A esse respeito, Alessandro Severino Vallér Zenni ensina que: No Estado Liberal “A sociedade civil passa a ser antípoda do Estado, em visão dualista – Estado-sociedade civil, de um lado com os princípios intervencionistas e protetivos e do outro o liberalismo e o *laissez faire*”. ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 20.

⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

⁶ Acerca da visível divisão observada entre o Direito Público e Direito Privado, Julio Cesar Finger ensina que “Foi Domat quem por primeiro separou as leis civis das públicas”. Além do que no estado liberal “O código civil era visto, então, como a ‘constituição privada’ que regulava a vida dos cidadãos desde o nascimento e até depois de sua morte. Nesse contexto, a divisão entre direito público e direito privado era praticamente absoluta, sendo o primeiro o destinado a regular os interesses gerais e o segundo, as relações entre as pessoas privadas”. FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 86.

⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

inserção de seus valores e princípios em toda a normativa infraconstitucional⁸. Isso porque, “as exigências sociais e os conflitos àquelas inerentes impuseram a criação de novos mecanismos normativos no intuito de serem resolvidas demandas para as quais o aparato da codificação civil não se mostrava apto e adequado”⁹.

O Estado assumiu papel de importância ímpar, no sentido de, através de normas ordinárias, remover as barreiras à efetivação do princípio constitucional da igualdade, fazendo-o incidir nas relações interpretativas, tratando os desiguais de forma também desigual, de maneira que a igualdade pudesse ultrapassar seu sentido meramente formal, assumindo caráter material, ou substancial¹⁰. Acerca do tema, Letícia Ferrarini contribui com a ideia de que “[...] o Estado, comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais, não mais se submete àquela postura passiva que o caracterizava na fase liberal”¹¹.

Nesse contexto, fazendo menção ao Direito de Família, Paulo Lôbo consigna que:

O Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução dos poderes domésticos – notadamente do poder marital e do poder paterno -, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana¹².

De forma a complementar Paula Castello Miguel e Ricardo Goretti Santos advertem que:

A identificação dessa tendência, todavia, somente pode ser sentida a partir da fragilização dos sistemas jurídicos característicos do Estado Liberal, que não concebiam a irradiação de direitos constitucionais fundamentais nas relações

⁸ A esse respeito, Luis Roberto Barroso explica que: “Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 58, ano 15, p. 129-173, jan.-mar. 2007, p. 141-142.

⁹ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37-38.

¹⁰ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38.

¹¹ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 85.

¹² LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

jurídicas de direito privado, sob pena de violação de primados clássicos, como a autonomia da vontade, a liberdade e a igualdade paritária ou isonomia perante a lei – igualdade formal¹³.

Reconhece-se a relevância da valorização de uma igualdade agora inclusive material, entretanto destaca-se ainda o avanço no campo das liberdades, tão caras ao Estado Liberal, já que, sob a vigência do Estado Social não apenas liberdades negativas¹⁴ são exigidas, sendo contempladas também “liberdades positivas – isto é, poderes de exigir do ente estatal prestações específicas, visando ao preenchimento dos assim chamados direitos sociais”¹⁵.

Com a mudança de perspectiva de um Estado Liberal para um Estado Social, com fundamento maior em uma igualdade efetiva, igualdade material, não é possível conceber discriminações injustificadas. O Estado precisa agir para garantir a efetivação dessa igualdade, possibilitar o exercício das liberdades e acima de tudo promover a consagração da dignidade da pessoa humana.

2 A QUESTÃO DA PUBLICIZAÇÃO DO PRIVADO

No contexto de transição de um Estado Liberal para um Estado Social, discute-se questão relacionada à publicização do privado e privatização do público, sugerindo um “rompimento de fronteiras” entre o Direito Público e Direito Privado, já que a clássica e visível divisão estanque do passado não mais corresponde às necessidades da sociedade atual¹⁶. Nesse viés, tem-se que a expressão publicização, abrange um processo de progressiva

¹³ MIGUEL, Paula Castello; SANTOS, Ricardo Goretti. Irradiação de direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado: a aproximação de pólos dicotômicos. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

¹⁴ No tocante ao sentido político da expressão liberdade, tem-se que liberdade negativa corresponde a ausência de impedimento ou constrangimento para agir ou não agir, enquanto que liberdade positiva corresponde a possibilidade do sujeito orientar seu querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelos outros. BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 48-49.

¹⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 97.

¹⁶ A esse respeito importante consignar as palavras de Julio Cesar Finger no sentido de que “No influxo gerado pela nova postura intervencionista estatal, em busca da igualdade material, o direito civil, até então impregnado da ideologia liberal, e com as pretensões centralizadoras e totalizantes da codificação (completude), não apresentava mais soluções de molde a regular em contento as novas exigências sociais”. FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 91.

interferência estatal na esfera privada, de maneira que a concepção social dos vínculos privados acaba por caracterizar a nova posição publicista¹⁷.

Acerca da trajetória percorrida para que se chegasse ao cenário conhecido atualmente como publicização do privado, Fernanda Borghetti Cantali pondera de forma a sintetizar que:

A característica liberal de separação do público e do privado, onde aquele somente mantinha a coexistência das esferas individuais para que este atuasse livremente com base em suas próprias regras, veio a ruir na medida em que o Poder Público passou a assumir um caráter intervencionista e regulamentador que, comprimindo a autonomia individual, passou a intervir, pois, nas relações privadas, modificando as funções do Direito Civil, além de publicizar o privado¹⁸.

Neste mesmo sentido, relevante é a explicação de Luís Roberto Barroso para quem:

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado¹⁹.

Em tempos de egoísmo, atrocidades, preconceito e sobretudo discriminação de minorias, não é possível contemplar um modelo de Estado que apenas se abstenha em respeito à liberdade, autonomia e direitos individuais. A nova fase de observação das relações e

¹⁷ Salutar observar a constatação de Sílvio de Salvo Venosa no sentido de que: “A cada dia, no entanto, notamos maior publicização do direito privado. São frequentes as invasões do Estado na órbita que originalmente apenas interessava ao âmbito privado do indivíduo. A influência do Estado é cada dia mais absorvente; surgem, então fórmulas para proteger o Estado por meio de um direcionamento de condutas do indivíduo. É acentuada a cada momento a restrição à liberdade. Princípios tradicionais de direito privado, como, por exemplo, a autonomia da vontade do direito obrigacional, sofrem paulatina intervenção do Estado”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 89.

¹⁸ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50-51.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 58, ano 15, p. 129-173, jan.-mar. 2007, p. 155.

conflitos de direito privado é conhecida e identificada pela tolerância e pluralismo, reconhecimento do outro sujeito da relação e respeito a seus legítimos interesses²⁰.

Esboçando contribuição acerca do tema, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem consignam que:

É esse estado de coisas que permite reconhecer no direito privado contemporâneo uma clara diretriz de proteção dos vulneráveis, como espécie de mandamento ético-jurídico que será concretizado tanto por leis protetivas, mas, sobretudo, pela atuação comprometida do jurista com a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, mediante sua eficácia concreta também sobre as relações privadas²¹.

Na pós-modernidade o que se constata é um direito privado contemplador de normas de ordem pública, portador de preceitos de interesse geral e integrado por institutos com marcada função social²². São novos sujeitos de direito, assim reconhecidos, reivindicando sua própria lei, leis estas especiais subjetivas e protetivas do vulnerável, do diferente²³, fator que implica em uma prevalência de leis especiais, ou seja, microssistemas capazes de edificar um novo direito respeitador de exigências até então ignoradas pelos códigos.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

No estudo do movimento de forte intervenção do público sobre o privado, não há como deixar de realizar um corte para uma breve tratativa acerca dos direitos fundamentais e direitos da personalidade, tendo em vista principalmente o papel de destaque assumido por estes na pós-modernidade²⁴.

²⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 106.

²¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 106.

²² LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

²³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

²⁴ Acerca da estreita relação existente entre Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade Nilson Tadeu Campos Silva e Cleber Sanfelici Otero destacam a necessidade de reconhecimento “de que os direitos fundamentais, assim como os direitos da personalidade, prestam-se a resguardar e garantir a dignidade da pessoa humana e, mais, que são matizados pela indivisibilidade, integridade e complementaridade”. OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (org.) *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigüi: Boreal, 2012, p. 95.

Em busca de uma conceituação para os Direitos Fundamentais, José Afonso da Silva já adianta e adverte a dificuldade de se atribuir um conceito sintético e preciso aos referidos direitos, considerando-se especialmente a ampliação e transformação por eles sofridas no envolver histórico. Entretanto, ainda assim a doutrina procura conceituá-los basicamente enquanto “[...] uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões”.²⁵ Além de relacioná-los como um “[...] conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social”²⁶, sem os quais o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Ingo Wolfgang Sarlet por sua vez, propõe considerações acerca dos Direitos Fundamentais no sentido de que estes constituem

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)²⁷.

Atenta ao movimento de fortificação e valorização dos Direitos Fundamentais, direitos estes inerentes ao homem, em um momento histórico em que a humanidade se mostrava tão carente de proteção, em 1988, a Constituição Federal brasileira inovou a ordem jurídica interna ao positivar em seu texto um exemplificativo rol de Direitos Fundamentais, dispersos por todo o corpo constitucional como a modelo dos artigos 5º, 6º, 12, 14, 150 e 225, além de admitir outros direitos consignados implicitamente decorrentes do sistema constitucional de proteção e ainda impressos nas Convenções e Tratados Internacionais que o Brasil faça parte²⁸.

²⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110.

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 404.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

²⁸ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 246-247.

No contexto dos Direitos Fundamentais, Letícia Ferrarini assinala que o sistema de Direitos Fundamentais inscritos na Constituição brasileira tem caráter fortemente social²⁹, permitindo a abertura de parênteses para ressaltar a ideia de que a publicização do privado se desenvolveu concomitantemente à segunda dimensão de direitos fundamentais. Direitos que se firmaram no início do século XX, impondo uma atuação, um agir por parte do Estado³⁰, que ao menos em tese precisou se movimentar para efetivação dos direitos e principalmente do princípio da igualdade³¹, diferentemente do que se pretendia com os direitos de primeira dimensão que impunham uma abstenção do ente estatal³², limitando-se a uma esfera negativa de proteção contra a ação do Estado.

Neste prisma, a tutela que passou a ser exigida por parte do Estado não se restringiu à relação Estado e indivíduo. Proteger o indivíduo apenas contra a atuação desmedida do Estado se tornou insuficiente, sendo necessária a observância e respeito aos direitos fundamentais também nas relações privadas, ou seja, aquelas relações que se formam entre os cidadãos, sem a intervenção do Estado, de modo a proteger o cidadão contra o próprio cidadão³³. Este amplo modelo de proteção convencionou-se chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais³⁴, de maneira que, vindo a corroborar, recentemente na doutrina alemã reconheceu-se que, em razão dos efeitos horizontais dos direitos humanos, vários institutos do direito público acabaram por imigrar para o direito privado³⁵.

²⁹ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38.

³⁰ Nesse sentido, tem-se que “Em vez da igualdade formal e da justiça comutativa, a fim de procurar igualar materialmente situações que na realidade não ocorriam, o Estado tornou-se devedor de prestações positivas”. FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 90.

³¹ A esse respeito, importante consignar a definição de Paulo Bonavides, de que a segunda dimensão de direitos é constituída por direitos que nasceram abraçados ao princípio da igualdade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 564. Além da ideia de que assumiram significativa dimensão no período de transição do Estado Liberal burguês para o Estado de Bem-Estar Social, incorporando-se à maior parte dos textos constitucionais do pós-Segunda Guerra. MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 75, ano 19, p. 309-334, abr.-jun. 2011, p. 311.

³² FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 225.

³³ COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr.-jun. 2009, p. 216.

³⁴ Daniel Sarmento explicita claramente a ideia de eficácia horizontal com a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, justificando que numa sociedade desigual, a incidência desses direitos é imprescindível, tendo em vista que as agressões não provem apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados presentes no âmbito familiar, empresarial, no mercado e na sociedade civil. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 223.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 200.

De maneira fortemente atrelada ao cenário apresentado, os direitos da personalidade passam a ter nova significância, haja vista a estreita ligação destes com o respeito à dignidade da pessoa humana. A esse respeito, Fernanda Cantali assevera que:

Pode-se dizer, assim, que a construção da teoria dos direitos da personalidade se confunde com a construção relativa aos direitos fundamentais, mas adquire força a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos Estados Democráticos, o que coloca o ser humano como centro referencial dos ordenamentos jurídicos.³⁶

Esboçando contribuição acerca do tema, Adriano de Cupis assinala que “todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se ‘direitos da personalidade’”³⁷. Deste modo tem-se que os direitos da personalidade são analisados enquanto uma categoria especial de direito, diferente dos direitos reais e dos obrigacionais. Através dos direitos da personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características, sendo que seu objeto se identifica nos bens e valores considerados essenciais para o ser humano, caracterizados por uma não exterioridade, constituindo categorias do ser, e não do ter.³⁸

Portanto, as esferas de atos e fatos decorrentes do exercício da liberdade passam a ter relevância jurídica, não podendo ser ignoradas pelo Estado, merecendo a competente regulamentação e reconhecimento, como forma de produzir respostas às realidades sociais diversas decorrentes de uma sociedade plural. E neste instante se propaga o respeito e a promoção dos direitos fundamentais e da personalidade, reconhecendo o ser humano como o âmago do ordenamento jurídico, dotado de dignidade, cujas escolhas, desde que observados preceitos de capacidade civil e manifestação de vontade entre as partes, precisam ser respeitadas.

4 O AFETO E A SITUAÇÃO ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Para defender a necessidade de reconhecimento das denominadas Uniões Poliafetivas no ordenamento interno, certamente há que se passar pela análise da viabilidade destas enquanto instituição familiar.

³⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 61.

³⁷ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 23.

³⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed., rev. 2. reimp. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20-21.

A família por assim dizer é tida como uma construção cultural e desta forma considerada a base da sociedade, recebendo especial proteção estatal³⁹. Corresponde a uma das instituições mais antigas da sociedade, se não a mais antiga, diretamente vinculada às transformações sociais⁴⁰ e nessa esteira, o século XX é encerrado como grande detentor de visíveis alterações no tocante à família e conseqüentemente no Direito de Família.

Por ser o Direito de Família o ramo do Direito que regula todo e qualquer arranjo familiar em seus aspectos pessoais ou patrimoniais, Maria Berenice Dias pondera que este “é o direito que diz com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano”⁴¹, constituindo ambiente propício para o desenvolvimento de teorias como a constitucionalização do direito, publicização do privado, igualdade material, liberdades positivas e até mesmo eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Diante do cenário de fortificação da intervenção do público sobre o privado, compreende-se que “o direito de família tende a publicizar-se mais em razão de ordenar um organismo de vital importância para o Estado”⁴². A esse respeito, Claudia Lima Marques consigna que “no direito privado extrapatrimonial, especialmente no direito de família, são reconhecidos e aplicados, com enorme intensidade, princípios jurídicos que constroem sua eficácia vinculante tomando por fundamento a própria Constituição”⁴³. E de modo a complementar, Viviane Girardi esclarece que:

A partir do artigo 226 e seus parágrafos e do artigo 227, a Constituição Federal inundou o cenário jurídico das relações familiares de um sentido amplo de democracia e de respeito às diferenças. Permitindo o reconhecimento legal da união estável e das famílias monoparentais, culminou por elastecer o leque das relações familiares legitimadas, as quais passaram a ser reconhecidas e tuteladas pelo Estado⁴⁴.

Em contraposição ao sistema conhecido com o Direito Civil do Código de 1916 (representativo do sistema jurídico liberal burguês), no estado atual do Direito de Família, o que se observa é o relevante papel assumido pelo afeto. Se no Estado Liberal, a família

³⁹ Conforme artigo 226 da Constituição Federal: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁰ SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 547.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 89.

⁴³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 99.

⁴⁴ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

aparecia através do direito patrimonial, consistindo um “[...] referencial necessário para a perpetuação das relações de produção existentes, sobretudo mediante regras formais de sucessão de bens, de unidade em torno do chefe, de filiação certa”⁴⁵, o novo conceito de família tem por insuficiente o modelo familiar tradicional, modelo patriarcal do direito civil moderno, levando a uma evolução de conceitos e assim maior maleabilidade na jurisprudência⁴⁶.

Jeferson Dytz Marin em contribuição acerca do tema, assegura que “as alterações trazidas pela Magna Carta de 1988, alcançando aos cônjuges um patamar de absoluta igualdade, a debelação do conceito de filho espúrio, o reconhecimento da união estável e da família monoparental, mudaram decisivamente o meio jurídico”⁴⁷. Assim, “pode-se afirmar que a família legal contemporânea não encontra mais um modelo único para se expressar. Sendo porosa e plural, recebeu e incorporou as modificações ocorridas nos costumes de nossa sociedade [...]”⁴⁸.

Acima de qualquer objetivo, o que se pretende da família na atualidade é que esta seja o núcleo capaz de possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros, concentrando-se na qualidade das relações entre os entes e no desejo de cada um deles com fundamento maior no afeto, igualdade e solidariedade. A família hoje deve constituir o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa, instrumento para realização integral do ser humano⁴⁹.

Atenta às transformações nas funções da família, a Constituição Federal acabou por derrubar definitivamente o postulado de família constituída exclusivamente pelo casamento.

Família monoparental, família mosaico, família decorrente de união estável, dentre outras com fundamento principalmente no afeto, são conceitos recentes enfrentados pela sociedade. É nesse contexto que em maio do ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal por votação unânime julgou procedente a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n.º 132 e a ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade) n.º 4277, com eficácia

⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 102.

⁴⁷ MARIN, Jeferson Dytz. Direitos fundamentais e democratização do afeto: uma incursão pelo princípio da livre orientação sexual. In: MINHOTO, Antonio (Org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009, p. 280.

⁴⁸ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23-24.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 13.

erga omnes e efeito vinculante, atribuindo às uniões homoafetivas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva⁵⁰.

A referida decisão do Supremo Tribunal Federal, no entanto, não deixou clara a possibilidade de conversão da união estável em casamento de modo que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acabou por se manifestar no sentido de inexistência de vedação expressa para que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo⁵¹. A linha de raciocínio adotada pela Quarta Turma do STJ foi a de que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento.

Maria Berenice Dias, forte defensora do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal já previamente considerava que “um Estado que se intitula Democrático de Direito não pode desprezar seus princípios fundamentais, devendo assegurar a realização das garantias, direitos e liberdades que consagra, sob pena de comprometer sua própria soberania”⁵².

O cenário de ampliação do conceito de família instiga discussão acerca da viabilidade de reconhecimento das denominadas Uniões Poliafetivas, polêmica que tomou novas proporções depois que uma cartorária da cidade de Tupã, interior do estado de São Paulo, lavrou uma escritura “regularizando” a situação de um homem e duas mulheres que já viviam juntos há três anos na mesma casa. E, no mundo da ficção, a novela Avenida Brasil, da emissora Globo retratou a convivência de um homem e suas três esposas e uma mulher e seus dois maridos.

Os novos rumos adotados pelo Direito de Família, a ampliação do conceito de família, a valorização do afeto, o respeito à dignidade de cada um dos membros da instituição familiar, além do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no tocante às Uniões Homoafetivas, podem constituir fortes fundamentos

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, originária da Ação Declaratória de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sob n.º 132-RJ. Plenário. Rel. Min Ayres Brito. Brasília, DF, 05 maio 2011. DJe nº 198, de 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 out. 2012.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378/RS. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 out. 2011. DJe de 01 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em: 25 out. 2012.

⁵² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

que justifiquem a possibilidade de reconhecimento de “novas” uniões, considerando-se o livre exercício da sexualidade como integrante da condição humana⁵³.

Tendo em consideração o fato do Poder Judiciário ainda não ter se posicionado acerca do tema, existem posicionamentos jurídicos contrários e favoráveis com os mais diversos fundamentos. No entanto, a questão envolve inúmeras consequências e desdobramentos pelo que obriga reforçada cautela em seu tratamento.

5 DAS UNIÕES POLIAFETIVAS

Em decorrência da novidade do tema, se torna tarefa difícil, se não impossível, encontrar uma definição para as novas uniões apresentadas. Entretanto, em busca de uma possível significação para as nominadas Uniões Poliafetivas sem fazer muito esforço, é plausível se chegar a uma tradução próxima à “uniões decorrentes de muitos, vários afetos”.

Quando se adentra na seara de análise do reconhecimento e tutela de novas práticas e condutas dos indivíduos, como no presente caso as Uniões Poliafetivas, chama atenção, a necessidade de se reconhecer a importância revelada com o movimento de fortificação da intervenção estatal, momento em que o Estado se deparou obrigado a tutelar as diversas condutas individuais em nome da consagração do princípio da igualdade – especificamente uma igualdade material - e das liberdades ditas positivas, além de uma notável ampliação na forma de se interpretar a eficácia dos direitos fundamentais, direitos da personalidade e até mesmo se reconhecer a dignidade da pessoa humana. Entretanto, neste cenário, também é preciso aceitar a necessidade de cautela e considerar que justamente em nome da coletividade, determinados anseios individuais, particulares por vezes requerem limites.

O cerne da questão que circunda as denominadas Uniões Poliafetivas repousa justamente no fato de constituírem uma realidade no cenário atual, gerando assim uma contradição entre reconhecê-las enquanto instituição familiar e aceitá-las como parte

⁵³ Em seu voto na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, originária da Ação Declaratória de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sob nº 132-RJ, o Ministro Luiz Fux consignou que: “O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, originária da Ação Declaratória de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sob nº 132-RJ. Plenário. Rel. Min Ayres Brito. Brasília, DF, 05 maio 2011. DJe nº 198, de 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 out. 2012.

integrante dos novos modelos de família - como a exemplo da família monoparental e família homoafetiva -, com fundamento maior em preceitos como o afeto e a igualdade ou, negá-las reconhecimento com embasamento no fato de que o Estado não está obrigado a tutelar toda e qualquer conduta humana, tendo em vista principalmente a ofensa aos padrões monogâmicos da sociedade ocidental além do que o ordenamento interno, as normas positivadas não oferecem subsídios para reconhecimento das uniões.

Faz-se necessário reconhecer que tratam-se de pessoas que, por algum motivo, se reúnem ou reuniram formando um núcleo poliafetivo e que estariam a mercê do que construíram, em seu próprio nome, no curso da vida em comum, sem perspectiva por exemplo no tocante a benefícios previdenciários ou até mesmo efeitos sucessórios pelo falecimento do companheiro.

A realidade das Uniões Poliafetivas precisa de algum modo ser observada e enfrentada pelo Estado, e justamente neste sentido Ronald Dworkin dispõe que:

O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.⁵⁴

Na luta por reconhecimento às Uniões ora discutidas, certamente a regulamentação legal seria o caminho que conferiria maior segurança a esta realidade. Como a exemplo do que observou-se com as famílias monoparentais (previstas no art. 226, §4º da Constituição Federal). Todavia, é necessário reconhecer e valorizar o atual estágio do ativismo judicial, decorrente da morosidade legislativa, que leva a interpretações como a recentemente assistida no que diz respeito às Uniões Homoafetivas.

As Uniões Poliafetivas se apresentam como resultado de um caminho aberto e pluralizado. É claro que se mostra um desafio tratar de tal assunto, todavia, o que se defende é que o Estado não pode fechar os olhos às realidades existentes, realidades estas complexas e vivenciadas por pessoas dotadas de liberdade, capacidade, autonomia e principalmente dignidade, e que não podem serem deixadas de lado, como se formassem – a espelho da Revolução Francesa – burgos de uma sociedade pós-moderna.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII.

5.1 Da escritura pública declaratória de união estável poliafetiva

Desde a notícia de lavratura da escritura pública declaratória de união estável poliafetiva por uma tabeliã da cidade de Tupã, interior de São Paulo, diversos escritos tem sido lançados negando juridicidade à escritura, com fundamento de que esta se apresenta contrária ao ordenamento jurídico pela consideração de que a família brasileira teria natureza monogâmica.

Antes de elencar os posicionamentos acerca das Uniões Poliafetivas, é mister destacar a fundamentação trazida pela cartorária que protagonizou a lavratura da escritura. A responsável pelo documento considera que não se trata de um casamento eis que, civilmente são pessoas solteiras. Entende não passar de um contrato entre três pessoas, não existindo proibição expressa na Lei de uma união estável⁵⁵ envolvendo mais de duas pessoas, advertindo que para o Direito Privado, para as pessoas, aquilo que não é proibido lhes é permitido⁵⁶.

Em síntese o que pretende a cartorária é atribuir os efeitos da união estável ao relacionamento do trio protagonista da escritura, como forma de garantir igualdade aos que fazem parte dessa estrutura relacional, já que a lei é omissa, não prevê expressamente a possibilidade dessa união, ao passo que restringe a união estável ao homem e a mulher, mas também não a proíbe expressamente.

5.2 Do ordenamento jurídico pátrio – normas positivadas

Primeiramente, cumpre ressaltar que, defender a tutela, a proteção e reconhecimento das Uniões Poliafetivas, não significa afirmar a viabilidade de sua consagração diante da normativa, da positivação observada na atualidade, eis que esta quando interpretada em sua literalidade faz expressa menção a homem e mulher. O que se busca é que de alguma forma – ao menos – haja reconhecimento das escolhas pessoais e que se apresente o consequente resultado jurídico dessa escolha, protegendo os direitos daqueles que contribuíram para uma vida em comum, a partir de um único núcleo familiar, estruturado a partir de uma relação poliafetiva, não menos digna de respeito que os demais modelos de família.

⁵⁵ Sem a pretensão de emitir juízo de valor, no que diz respeito à união estável, impende consignar que a Constituição Federal em seu art. 226, §3º expressamente reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁵⁶Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1681623-15605,00-CADINHOS+DA+VIDA+REAL+BUSCAM+RECONHECIMENTO+DE+RELACOES+POLIAFETIVAS.htm>> . Acesso em 25 out. 2012.

No que diz respeito à União Estável, tem-se que com a Constituição Federal de 1988, mais especificamente no art. 226, parágrafo terceiro, esta fora consagrada expressamente como forma de família⁵⁷. Apesar do texto constitucional não contar com expressa vedação à união poliafetiva, assim como não o faz com a união homoafetiva, o fato é que o supracitado dispositivo legal, em que pese o evidente caráter protetivo da instituição familiar, dispõe que “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”. Nesta mesma linha, o parágrafo quinto do mesmo dispositivo legal consigna que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O Código Civil, em seu Livro IV destinado ao Direito de Família, por sua vez, também expressamente faz menção ao homem e a mulher, como a exemplo do observado nos arts. 1.514⁵⁸, 1.517⁵⁹ e 1.723, onde assinala o reconhecimento como entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, esta configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Portanto, importante registrar que o que se defende é a tutela às pessoas envolvidas na relação poliafetiva, fruto de uma sociedade globalizada, dinâmica e cada vez mais complexa. Enquanto seres dotados de dignidade, liberdade merecem um olhar, uma proteção, embora se reconheça que de acordo com o direito positivo, voltado para o reconhecimento entre homem e mulher, apresenta-se inviável uma flexão de número ainda que a flexão de gênero já tenha sido viabilizada com o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Poder Judiciário.

5.3 Do crime de bigamia

Quando se busca uma análise prática da questão envolvendo as Uniões Poliafetivas, não é difícil presumir uma associação com o crime de bigamia e ainda mais com um formato não tipificado, mas igualmente polêmico que é a poligamia. Essa relação poderia ser invocada como argumento para apontar as uniões aqui discutidas como crime.

⁵⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 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.

⁵⁸ Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

⁵⁹ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Em comentário ao posicionamento da cartorária⁶⁰ na mesma reportagem veiculada pela emissora Globo em que se manifestou a autora do documento, o advogado Pedro Gasparini adentrando na questão da terminologia envolta às Uniões Poliafetivas, contribui com a informação de que o caso não se confunde com poligamia⁶¹ eis que a poligamia se relaciona com o instituto do casamento⁶².

No que diz respeito à bigamia, o Código Penal em seu art. 235, a tipifica prevendo pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão para aquele que contrair, sendo casado, novo casamento. Em comentário ao referido dispositivo do Código Penal, Rogério Greco adverte:

Uma vez adotada pelo Estado a monogamia, torna-se impossível que alguém, desprezando as determinações legais e sociais, contraia um segundo matrimônio. A conduta afeta, de tal modo, a paz social que o legislador entendeu por bem tipificá-la, criando o delito de bigamia [...]⁶³.

E segue defendendo que “embora o tipo penal do art. 235 preveja o delito de bigamia, será possível, também, a ocorrência da chamada poligamia, tendo o agente se casado mais de uma vez depois de seu primeiro matrimônio”⁶⁴.

Entretanto, vale consignar que o texto legal é claro, o que é vedado pelo ordenamento jurídico interno é a pessoa já sendo casada, contrair novo casamento. No caso das Uniões aqui defendidas o que ocorre é uma única união entre três ou mais pessoas. Em um único ato, único elo, essas pessoas se unem, inexistindo impedimento prévio a qualquer uma delas, pelo que se acredita que não se confundem com a bigamia ou até mesmo a poligamia.

⁶⁰Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1681623-15605,00-CADINHOS+DA+VIDA+REAL+BUSCAM+RECONHECIMENTO+DE+RELACOES+POLIAFETIVAS.htm>>. Acesso em 25 out. 2012.

⁶¹ Acerca da poligamia, a Revista VEJA em 25 de janeiro de 2012 traz a seguinte nota: “É a união reprodutiva entre mais de dois indivíduos de uma mesma espécie. Entre os humanos, já foi a regra. O Velho Testamento faz várias referências ao assunto. O personagem Jacó, por exemplo, teve duas esposas e 12 filhos, que teriam dado origem às doze tribos de Israel. Ainda é praticada no Oriente Médio e em partes da África e da Ásia, além dos Estados Unidos, onde seitas fundamentalistas, não reconhecidas pela organização principal da religião mórmon, a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, permitem o casamento poligâmico. Regulamentada pelo Alcorão, é relativamente comum no mundo islâmico, apesar de estar perdendo adesão. O profeta Maomé chegou a ter 16 esposas, mas hoje o permitido são, no máximo, quatro. Foi proibida no Nepal em 1963, na Índia, parcialmente, em 1955, na China em 1953 e, no Japão, em 1880. Nunca foi permitida no Brasil”. Revista Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/poligamia-gera-sociedades-violentas-afirma-pesquisa>>. Acesso em: 25 out. 2012.

⁶² Epistemologicamente poligamia significa “estado do homem casado ao mesmo tempo com diversas mulheres, ou da mulher casada ao mesmo tempo com diversos homens”. NETTO, José Oliveira. *Dicionário Jurídico Universitário*: terminologia jurídica e latim forense. 4. ed. Leme: EDIJUR, 2010, p. 430.

⁶³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial v. 3. 4. ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 619.

⁶⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial v.3. 4. ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 625.

5.4 Argumentos contrários ao reconhecimento das Uniões Poliafetivas

Dentre aqueles que se posicionam contrariamente aos ditames poligâmicos, o respeito à monogamia é tido como fundamento maior.

Como se sabe, nesta seara de estudo, a imprecisão terminológica não é incomum, no entanto, por vezes tamanha relevância é atribuída à monogamia que Rodrigo da Cunha Pereira chega a registrar que:

O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental⁶⁵.

Acredita-se que o pluralismo familiar reconhecido pela Constituição Federal e pelo Poder Judiciário, viabilizando arranjos familiares multifacetados aptos à constituição do núcleo família não significa afastar de sua natureza monogâmica⁶⁶. Ou seja, defende-se que as múltiplas formas de família reconhecidas e defendidas na atualidade não constituem fundamento suficiente para viabilizar o reconhecimento de uniões que fugiriam a um padrão monogâmico.

Entende-se que “da análise quanto à possibilidade de estabelecer limites aos direitos humanos, provavelmente será possível extrair uma fundamentação para a legitimação ou não da poligamia em nosso ordenamento jurídico”⁶⁷. E, desta forma, utilizando-se do posicionamento de Gustavo Zagrebelsky, tem-se como resposta que os direitos humanos são intrinsecamente ilimitados porém com a implicação de uma potencial e necessária limitação quando extrinsecamente considerados⁶⁸. Neste sentido, acerca dos limites considera-se que estes dizem respeito “[...] não apenas a restrição por expressa disposição normativa, mas

⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

⁶⁶ OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (org.) *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigüi: Boreal, 2012, p. 99.

⁶⁷ OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (org.) *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigüi: Boreal, 2012, p. 99.

⁶⁸ ZAGREBELSKY apud OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (org.) *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigüi: Boreal, 2012.

sobretudo, à tábua axiológica adotada pela Constituição Federal de 1988, que, antes de fragilizar aqueles direitos, fortalece-os em substância”⁶⁹.

Admitida assim a limitação dos direitos, entendendo pela prevalência do padrão monogâmico da sociedade ocidental acredita-se que o Estado não deve se responsabilizar pela tutela de toda forma de vontade e manifestação das pessoas, como no caso em que se pretende a proteção de um sistema poligâmico, onde por certo consideram incluídas as Uniões Poliafetivas.

5.5 Em defesa de uma tutela pessoal acerca daqueles que vivem em Uniões Poliafetivas: uma questão de Acesso à Justiça

Doutrinariamente, representando posicionamento favorável ao reconhecimento das Uniões Poliafetivas⁷⁰, Maria Berenice Dias considera que “temos que respeitar a natureza privada dos relacionamentos e aprender a viver nessa sociedade plural reconhecendo os diferentes desejos”⁷¹. Desse modo, ainda que em defesa de vertente aparentemente minoritária consigna que:

O princípio da monogamia não está na constituição, é um viés cultural. O código civil proíbe apenas casamento entre pessoas casadas, o que não é o caso. Essas pessoas trabalham, contribuem e, por isso, devem ter seus direitos garantidos. A justiça não pode cancelar a injustiça⁷².

Entende-se neste momento, que a argumentação do Superior Tribunal de Justiça, quando da análise das Uniões Homoafetivas no sentido de que, a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição não é aumentada nem diminuída em razão da sexualidade, pode perfeitamente ser estendida em defesa das uniões aqui comentadas.

⁶⁹ OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos.. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (org.) *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigüi, SP: Boreal, 2012.

⁷⁰ Também defensor do reconhecimento das Uniões Poliafetivas está Paulo Roberto Iotti Vecchiatti argumentando que: “Em suma, a despeito de jurisprudência contrária do STJ e do STF à possibilidade jurídica de uniões estáveis paralelas (que diferem das poliafetivas, que não são “paralelas”, pois formam uma única união), a família conjugal poliafetiva que não gere opressão a nenhum de seus integrantes deve ser reconhecida e protegida pelo Estado Brasileiro, por força do princípio da pluralidade de entidades familiares oriundo da interpretação do *caput* do art. 226 da CF/88 e da ausência de motivação lógico-racional que justifique a negativa de reconhecimento à mesma (isonomia), o que deve ensejar, inclusive, a declaração da inconstitucionalidade do crime de bigamia e do impedimento matrimonial ao casamento civil com pessoa já casada (quando isto seja de plena concordância do outro cônjuge, claro) – argumentos estes que, ao que me consta, ainda não foram considerados pelo STJ e pelo STF”. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-sobre-sua-constitucionalidade,40126.html>>. Acesso em 26 out. 2012.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>>

⁷² <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>>. Acesso em: 26 out. 2012

Em abordagem acerca das Uniões Homoafetivas, Luís Roberto Barroso compreende que:

Em relação à autonomia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo envolve dois adultos que escolhem, sem manipulação ou coerção, como exercer seu afeto e sua sexualidade. Não há qualquer violação à autonomia de qualquer outra pessoa nem dano a terceiros que possam justificar a proibição. Finalmente, no plano do valor comunitário, não se pode deixar de reconhecer que numerosos segmentos da sociedade civil, particularmente grupos religiosos, desaprovam a conduta homossexual e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas negar o direito de casais homossexuais se casarem seria uma restrição injustificada sobre sua autonomia, em nome de um moralismo impróprio ou da tirania da maioria. Em primeiro lugar, há um direito fundamental envolvido, seja o direito à igualdade ou à privacidade (liberdade de escolha). Mesmo se assim não fosse, o fato inegável é que não há danos a terceiros ou à própria pessoa para serem levados em conta⁷³.

Admite-se que toda pessoa tem o direito de se posicionar contrariamente à união homoafetiva e tentar convencer os outros de que a sua opinião é correta, o que não significa defender que o Estado não reconheça um exercício legítimo da autonomia pessoal de cidadãos livres e iguais⁷⁴. A autonomia da vontade, interpretada em seu viés de direito fundamental, constitui um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos⁷⁵.

Acredita-se que antes de se observar o envolvimento da união ali estabelecida, é preciso partir da premissa de que se trata de pessoas e como tais, dotadas de capacidade, liberdade, autonomia e principalmente de dignidade. Se a pouco discutia-se a questão da homoafetividade, levantando valores como o afeto, a dignidade da pessoa humana, a igualdade formal, autonomia da vontade, por que não estendê-los à análise das Uniões Poliafetivas. Na tratativa do tema, famílias simultâneas, Letícia Ferrarini bem adverte que “qualquer ‘família’, pois, que seja instrumento de realização de seus membros, está protegida pelo comando constitucional. A família não será protegida pelo seu nome, mas pelo seu conteúdo”⁷⁶.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 105-106.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 106.

⁷⁵ PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 8244-8255.

⁷⁶ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 100.

Mais uma vez em comentário acerca do tema Maria Berenice Dias apresenta contribuição no sentido de que:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Esses princípios, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família⁷⁷.

Se o papel da família na atualidade é proporcionar o desenvolvimento pleno de cada um de seus membros, com observância à dignidade da pessoa humana e fundamento maior no afeto, sem qualquer vinculação obrigatória a laços consanguíneos ou até mesmo matrimoniais, defende-se que com base nos valores vigentes na sociedade atual, àquele agrupamento de pessoas em que se desenvolva o afeto e os seus membros assim os reconheçam e desejam ser reconhecidos, é preciso ser atribuído o *status* de família. Tal assertiva não significa a defesa de uma interpretação *contra legem* e sim uma proposta de tutela a partir da alteração no texto legal.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em defesa da vontade, da dignidade e interesse dos conviventes argumentam que “embora a fidelidade (e a monogamia, por consequência) seja consagrada como um valor juridicamente tutelado, não se trata de um aspecto comportamental absoluto e inalterável pela vontade das partes”⁷⁸. Complementando no sentido de que:

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

Acerca da monogamia, Letícia Ferrarini em sua obra *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos* preleciona que “trata-se a monogamia de uma característica histórica-sociológica reconhecida como padrão médio da família ocidental”⁷⁹. E que assim, “embora não tenha sido alçada expressamente na Constituição Federal, arquitetou-se como verdadeiro

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 107-108.

⁷⁹ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 92.

axioma pela doutrina, encontrando guarida na legislação infraconstitucional e na sociedade, cuja orientação é judaico-cristã⁸⁰. Entretanto, acredita-se que a caracterização de um Estado laico não comporta um fundamento baseado em preceitos unicamente religiosos. No atual estágio de desenvolvimento da sociedade, não diminuindo a indiscutível influência da religião e da moral ocidental também no Direito, é preciso que se encare a realidade como ela é, com as consequências de um mundo globalizado, dinâmico e cada vez mais complexo sob pena de, a depender do caso concreto se afrontar a dignidade das pessoas envolvidas.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, VI, estabelece que o direito de crença é um direito fundamental; neste viés, qual a resposta de um Estado Democrático de Direito em uma era assumidamente globalizada, às famílias mulçumanas que professarem a fé islâmica, entendendo que a poliafetividade é um permissivo religioso e se encontra dentro do código moral de sua vertente filosófica? Estaria então o Estado legitimado a desrespeitar o direito fundamental à liberdade religiosa ao reconhecimento a uma família instituída sobre os moldes familiares islâmicos? Neste sentido evidencia-se que o argumento da monogamia como fundamento da formação do Estado é decorrente de um viés cultural, o que não se sustenta como motivo para excluir a tutela jurisdicional sobre as entidades formadas com base no afeto, conhecida por todos, entre três ou mais pessoas.

Entende-se que a resposta do Estado para situações como a discorrida neste artigo nada mais é do que a concessão de acesso à justiça a todas as pessoas, as quais possuem autonomia de vontade. A esse respeito José Roberto dos Santos Bedaque aponta que:

Acesso a Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar a esse resultado. [...] é o processo modelado em conformidade com as garantias fundamentais [...].⁸¹

Ter acesso a justiça é proporcionar o real sentido e alcance dos direitos fundamentais⁸², observando preceitos de dignidade, liberdade e de igualdade. Não haveria valor a um sistema jurídico que contemple um rol de direitos fundamentais quando se apontam escusas para sua observância. Note-se o relevante apontamento:

⁸⁰ FERRARINI, Leticia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 92.

⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2009, p.71.

⁸² GALLASSI, Almir. O acesso a justiça como garantia dos direitos fundamentais das minorias sociais. In: OLIVEIRA, Flávio Luis de; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). *Acesso à justiça*: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. Birigui: Boreal, 2012, p.6.

A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.⁸³

Neste quadrante, a ideia de uma justiça social pressupõe o acesso efetivo, no sentido de que a adequação do processo ao direito material demanda que seja analisado como técnica destinada à promoção dos direitos fundamentais e da personalidade, promovendo-se o sentido axiológico do direito.

Relativamente à axiologia, esta pode ser conceituada como o estudo dos valores, e valor é aquilo que tem sentido, significado, apreço e estima. Cada ser humano possui em seu interior valores, cujos princípios o norteiam como ponto de partida para o seu comportamento e para o seu desenvolvimento.⁸⁴

O ser humano possui em seu interior diversos valores, sendo que estes compõem a sua personalidade. Cada homem é guiado em sua existência pelo primado de determinado valor, pela supremacia de um foco de estimativa que dá sentido a sua concepção da vida.⁸⁵ Assim como existe necessidade de importar com as escolhas e com os valores que cada um possui, é igualmente importante aceitar o fato de que alguns valores mudam, neste sentido note-se a fala de Miguel Reale:

Os valores não são, por conseguinte, objetos ideais, modelos estáticos segundo os quais iriam se desenvolvendo, de maneira reflexa, as nossas valorações, mas se inserem antes em nossa experiência histórica, irmanando-se com ela. Entre valor e realidade não há um abismo, porque entre ambos existe um nexo de polaridade e de implicação, de tal modo que a história não teria sentido sem o valor, seria inexistente um valor que jamais se convertesse em um momento da realidade.⁸⁶

O reconhecimento e a tutela das pessoas, enquanto conviventes em uma relação poliafetiva não pode ser negado com fundamento na necessidade de limites à publicização do privado, prevalência absoluta da monogamia ou até mesmo por incompatibilidade com o

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant, *apud* MARTINS, Daniela Dias Graciotto. In: OLIVEIRA, Flávio Luis de; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012, p. 91.

⁸⁴ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 7, n. 1, 2007, p. 59.

⁸⁵ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; SILVA, Camila Viríssimo Rodrigues da. A tutela dos valores interiores e da consciência humana pelo direito da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 11, n. 2, 2011, p. 618.

⁸⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 207.

sistema normativo. Necessário se faz a outorga de uma tutela específica, com observância aos preceitos de acesso à justiça, a partir do reconhecimento jurídico da sociedade plural hoje vivenciada, das especificidades das pessoas, suas diferenças, promovendo a tolerância e o respeito como forma de gerar e perpetuar a almejada sociedade prevista no preâmbulo da Constituição Federal⁸⁷.

CONCLUSÃO

O Direito possui papel determinante na organização das sociedades, devendo acompanhar e responder aos avanços sociais e culturais que estão atrelados ao próprio desenvolvimento humano. A perspectiva jurídica da idade média não se confunde com a do início do século XX, nem tampouco com a atual, embora todas estejam, em tese, pautadas por um padrão ético comum.

O sistema normativo evoluiu de maneira visível na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a ideia do Público completamente apartado do Privado em respeito à liberdade e autonomia deu lugar à quebra de barreiras e assim um forte movimento de constitucionalização do Direito, publicização do privado e privatização do público passou a se instaurar. O Estado passou a olhar e intervir também nas relações privadas, em busca de uma igualdade material, liberdade agora positiva, respeito aos direitos fundamentais e da personalidade e principalmente consagração da dignidade da pessoa humana.

Os mandamentos de acesso à justiça passaram a orientar o que se entende por uma prestação jurisdicional justa, a qual proporcione a todos o direito a pleitear a tutela jurídica do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar o resultado.

Nesse contexto o Direito de Família, assim como os demais ramos do Direito, foi inundado por princípios constitucionais. O conceito de família fora ampliado, desenrolando-se identificações de núcleos familiares distintos do tradicional a partir do reconhecimento do amor e do afeto como valor juridicamente mensurável.

Na atualidade, o afeto se tornou o grande fundamento nas decisões envolvendo Direito de Família tanto o é que, após a grande evolução no reconhecimento e valoração da

⁸⁷ “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. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

união estável, do reconhecimento da família monoparental, recentemente atribuiu-se às uniões homoafetivas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Considerando os recentes posicionamentos dos Tribunais Superiores, conclui-se que a relevância das normas de direito interno e o viés cultural ocidental da monogamia não mais podem ser interpretados de forma absoluta, sem a observância da tutela específica das pessoas que formam um dos requisitos do Estado (povo), as quais, independentemente de se aglutinarem em um núcleo familiar diverso do tradicional possuem sua dignidade e o direito subjetivo de exigir do Estado o acesso aos mecanismos jurídicos para o estabelecimento do justo.

Não se pode fechar os olhos às realidades culturais diversas do contexto ocidental, a ponto de ignorar qualquer tipo de regulamentação ou tutela. São pessoas que construíram uma vida em comum, cuja proteção por parte do Estado será diferida, o que afronta princípios constitucionais básicos do Estado autodeclarado democrático de Direito.

O Estado não pode chancelar a injustiça, ignorando as realidades sociais, simplesmente por fugirem dos padrões pré-estabelecidos. A família atual é tida como núcleo capaz de proporcionar afeto, amor e desenvolvimento sadio a cada um dos seus membros e por isso se acredita que àquele núcleo capaz de instrumentalizar tais características é preciso sim atribuir o caráter de família, com as consequências jurídicas que isso implicar.

Admite-se e defende-se que o caminho mais acertado e que conferiria maior segurança a esta realidade é por certo a via legislativa, como se observou com o reconhecimento da família monoparental e família decorrente de união estável. No entanto, reconhece-se o atual estágio de necessária influência do ativismo judicial decorrente da morosidade legislativa, que resulta em interpretações como a recentemente assistida no tocante às Uniões Homoafetivas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 58, ano 15, p. 129-173, jan.-mar. 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed., rev. 2. reimp. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, originária da Ação Declaratória de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sob n.º 132-RJ. Plenário. Rel. Min Ayres Brito. Brasília, DF, 05 maio 2011. DJe nº 198, de 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378/RS. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 out. 2011. DJe de 01 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em: 25 out. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant, *apud* MARTINS, Daniela Dias Graciotto. In: OLIVEIRA, Flávio Luis de; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr.-jun. 2009.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 7, n. 1, 2007.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; SILVA, Camila Viríssimo Rodrigues da. A tutela dos valores interiores e da consciência humana pelo direito da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 11, n. 2, 2011.

FERRARINI, Leticia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6,

GALLASSI, Almir. O acesso a justiça como garantia dos direitos fundamentais das minorias sociais. In: OLIVEIRA, Flávio Luis de; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial v. 3*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2007.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARIN, Jeferson Dytz. Direitos fundamentais e democratização do afeto: uma incursão pelo princípio da livre orientação sexual. In: MINHOTO, Antonio (Org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIGUEL, Paula Castello; SANTOS, Ricardo Goretti. Irradiação de direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado: a aproximação de pólos dicotômicos. In: XVIII Encontro

Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 75, ano 19, p. 309-334, abr.-jun. 2011.

NETTO, José Oliveira. *Dicionário Jurídico Universitário: terminologia jurídica e latim forense*. 4. ed. Leme: EDIJUR, 2010.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (org.) *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigüi: Boreal, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 8244-8255.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996,

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ZAGREBELSKY apud OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (org.) *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigüi: Boreal, 2012.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.