

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS**

**MATTHÄUS MARÇAL CARDOSO**

**UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA COMO SUPERAÇÃO DO DISCURSO DE  
OBRIGATORIEDADE DA MONOGAMIA PARA A CONCEPÇÃO JURÍDICA DAS  
FAMÍLIAS**

**UBERLÂNDIA**

**2019**

**MATTHÄUS MARÇAL CARDOSO**

**UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA COMO SUPERAÇÃO DO DISCURSO DE  
OBRIGATORIEDADE DA MONOGAMIA PARA A CONCEPÇÃO JURÍDICA DAS  
FAMÍLIAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito  
da Universidade Federal de Uberlândia como  
requisito para a obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

**Orientadora: Professora Mestra Neiva Flávia de Oliveira**

**UBERLÂNDIA**

**2019**

**MATTHÄUS MARÇAL CARDOSO**

**União estável poliafetiva como superação do discurso de obrigatoriedade da monogamia para a concepção jurídica das famílias**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Data de aprovação 25 / 06 / 2019**

**Banca de Avaliação**

---

Profª. Me. Neiva Flávia de Oliveira – UFU  
Orientadora

---

Profª. Dra. Alice Ribeiro de Sousa - UFU  
Membro

---

Gabriel Lisboa Silva e Dias Ferreira - UFU  
Membro

Aos meus pais, que sempre me ensinaram o dom de *acreditar*.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente aos meus pais, que sempre me impulsionaram a fazer meu melhor, acreditando no meu potencial e nunca desistindo de lutar.

À minha querida orientadora, Prof.<sup>a</sup> Flávia de Oliveira, que sempre esteve na vanguarda do pensamento jurídico refletindo em nossa Universidade cotidianamente, transformando a UFU em um lugar mais plural e acolhedor para aqueles que se sentiam deslocados e responsável pela minha paixão pelo direito das famílias.

À Maria Berenice Dias, uma das maiores juristas que tive o prazer de conhecer, causadora de grandes avanços nos direitos da população LGBTQ+.

Ao Renan, à Lari, à Mari, à Karime, à Laís, à Thainá, à Ana, à Roberta, ao Gabriel e a outros queridos amigos, que de uma maneira ou de outra estiveram presentes em minha trajetória nesses cinco anos (e meio) e foram essenciais para que eu chegasse a este fechamento de ciclo.

*Não existem regras e limites  
quando se trata de amor.*

Lady Gaga

## RESUMO

O presente trabalho tem como meta o estudo transversal do direito à união estável poliafetiva, visando analisar as questões de fato e de direito pelo qual o reconhecimento destes entes familiares ainda não foi satisfeito pelo Poder Legislativo.

A monografia tem ainda por escopo realizar uma análise histórica acerca dos modelos de família brasileiros, da legislação aplicável ao caso concreto, dos institutos de direito passíveis de aplicação, dos estudos de especialistas para então dar um parecer com base sólida na melhor maneira possível para a efetivação da garantia à formação das famílias plurais, e confirmar a autonomia privada como sustento do total cumprimento ao princípio da dignidade humana e do afeto.

Palavras-chave: Direito. União Estável. Poliafetividade. Família. Pluralidade. Autonomia Privada. Afeto. Dignidade da Pessoa Humana. Direito das Famílias.

## **ABSTRACT**

The present work has as its goal the cross-sectional study of the right to establish a polygamist common-law marriage, aiming to analyze the issues of facts and laws by which the recognition of these family entities has not yet been satisfied by the Legislative Branch.

The monograph also has the scope to carry out a historical analysis about the Brazilian family models, the applicable legislation to the specific case, the institutes of law that can be applied, the studies of specialists to give a solid opinion on the best possible way for the guaranteeing the formation of the plural families, and confirming private autonomy as a basis for full compliance with the principle of human dignity and affection.

Keywords: Law. Common-law marriage. Polygamy. Family. Plurality. Private autonomy. Affection. Human dignity. Family law



## **LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS**

§- Parágrafo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art.- Artigo

Arts. - Artigos

CF- Constituição Federal

CC- Código Civil

IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família

RE- Recurso Extraordinário

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1. MONOGAMIA COMO PRESSUPOSTO JURÍDICO PARA EXISTÊNCIA DO ENTE FAMILIAR .....</b>	<b>16</b>
1.1. O dogma do casamento monogâmico no direito romano .....	17
1.2. A monogamia social como reflexo de um modelo judaico-cristão de família .....	19
1.3. O discurso da monogamia como defesa contra a confusão patrimonial .....	22
<b>2. AS DIVERSAS FORMAS DE EXPRESSÃO DOS NÚCLEOS FAMILIARES NÃO MONOGÂMICOS .....</b>	<b>24</b>
2.1. A bigamia e o concubinato .....	24
2.1.1. A diferença entre bigamia, concubinato, traição, relacionamento aberto e poliafetividade .....	25
2.1.1.1. A bigamia .....	25
2.1.1.2. O concubinato .....	26
2.1.1.3. Traição e relacionamento aberto .....	28
2.1.1.4. A poligamia e a poliafetividade .....	30
<b>3. FAMÍLIAS DO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DO AFETO.....</b>	<b>33</b>
3.1. O modelo tradicional de família para o ordenamento jurídico brasileiro .....	33
3.2. O Direito Civil perante os novos moldes familiares .....	34
3.1.1. A socioafetividade e a pluriparentalidade .....	35
3.1.2. As famílias homoafetivas .....	37
<b>4. A UNIÃO ESTÁVEL .....</b>	<b>39</b>
4.1. O instituto da União Estável .....	40
4.2. A união estável como alternativa ao casamento .....	42
<b>5. DEBATES ACERCA DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DAS UNIÕES POLIAFETIVAS ..</b>	<b>44</b>
5.1. As certidões de união estável poliafetiva no Brasil .....	44
5.1.1. O papel da judicialização da política e do ativismo judicial na salvaguarda de direitos .....	47
5.2. A evolução dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade no direito das famílias .....	48
5.3. Críticas à obrigatoriedade de um modelo monogâmico de relacionamentos .....	50
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>53</b>
<b>7. REFERENCIAL TEÓRICO .....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

Este estudo tem por escopo a verificação e o debate acerca dos limites do poder estatal e sua intervenção na esfera do direito privado, de forma mais específica, os limites impostos pelo Estado brasileiro naquilo que tange a constituição familiar por meio da imposição de obrigatoriedade da monogamia nas uniões estáveis.

Posto que os até mesmo a Constituição Federal de 1988 ainda traz em seu texto certo atraso, como é observável em seu art. 226, § 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”<sup>1</sup>, em que apenas eram reconhecidas as uniões formadas por pessoas de gêneros distintos, situação que apenas foi modificada por meio da resolução nº 175 de 2013 do CNJ, decorrendo esta dos julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando a importância da intervenção positiva do Poder Judiciário para que haja a garantia de direitos basilares às pessoas ainda que em suas vidas privadas.

A realidade social brasileira e mundial é plural e diversa, contudo, e por diversos motivos, os legisladores e doutrinadores ainda se veem ajuizados a valores antigos e conservadores. As relações interpessoais são orgânicas e, portanto, impossíveis de serem colocadas dentro de uma caixa com moldes e modelos pré-delimitados, os vínculos afetivos acontecem de maneira natural, e por diversas vezes, inesperadas e ainda assim o Estado tenta de forma malsucedida enquadrar toda esta realidade dentro dos mesmos padrões imutáveis.

Vida privada e intimidade têm suas bases fundadas na Carta Magna do Estado brasileiro em seu art. 5º inciso X, que assegura a todas as pessoas a inviolabilidade de sua intimidade, e tem como viés precursor a garantia à dignidade da pessoa humana, princípio norteador de qualquer Constituição de Estado Democrático de Direito, e conseqüentemente, centralizador de todo o ordenamento.

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 de dezembro de 2018 às 13h57.

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.<sup>2</sup>

Assim posto pelo entendimento doutrinário, relendo os fundamentos e princípios da Constituição Federal, toda pessoa merece o respeito à sua vida privada, desde que não haja prejuízo a outrem, não devendo então o ordenamento intervir na vida sexual-afetiva livre e consentida de indivíduos capazes, estando a intimidade fundeada às nossas garantias essenciais, que são a fonte primária de proteção do cidadão em face dos eventuais abusos cometidos pelo Estado.

Toda a problemática exposta aqui acerca dos temas do Direito das Famílias conservador é fruto de um ordenamento que segue padrões a ele introjetados no decorrer do tempo e que refletem valores e princípios de determinado período, que por alguma razão tende a limitar as vontades pessoais, ao invés de exercer papel puramente protetivo aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, no que tange decisões que apenas terão consequências na vida pessoal dos indivíduos naquela relação, fática e jurídica, envolvidos, o que de certa forma atenta contra as garantias supracitadas, tendo como primeiro obstáculo à formação inicial da entidade familiar derivada de conjugalidade, sendo neste estudo observada em sua modalidade, teoricamente, mais liberal, a união estável.

Na esfera do Direito das Famílias podemos encontrar dois tipos de visão sobre a formação das famílias e suas consequências jurídicas:

O primeiro, legalista, que dispõe o núcleo familiar como matéria fundamentalmente patrimonial e que tem suas normas elaboradas para que causem o menor desarranjo possível entre os bens de seus membros durante os processos de partilha, sendo derivados de dissolução da conjugalidade ou por sucessões decorrentes de morte. Este possui caráter conservador e que prega um modelo idealizado e pré-concebido de famílias, sendo esta formada por laços matrimoniais e de filiação sanguínea.

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2015, p.30

O segundo, mais recente e defendido por juristas como Maria Berenice Dias, Paulo Iotti, Rodrigo da Cunha e o próprio IBDFAM, é aquele que enxerga a família como núcleo de relações afetivas, formado por um pacto selado por pessoas que visam o objetivo de vida comum; não está engessado ao patrimônio e não tem este como cerne da entidade familiar, tem o pacto de afeto, levando em consideração a possibilidade de famílias homoafetivas, poliafetivas e de parentalidade por socioafetividade, deixando para trás conceitos e preceitos até então basilares no Direito, assentindo assim em modelos plurais e diversos, sendo os mesmos fáticos e não aqueles puramente existentes no plano material do Direito, nas palavras de Maria Berenice Dias podemos entender um conceito breve da formação do ente familiar:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do Direito.<sup>3</sup>

Naquilo que tange ao conúbio, o STF já deu posicionamento favorável à equiparação da união estável ao casamento, tendo sido no passado o maior problema de diferenciação entre os institutos a partilha de herança, questão pacificada por meio do julgamento dos REs 646721 e 878694.

Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida. **Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão.** O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.<sup>4</sup>

Ainda a despeito de toda a evolução social e reconhecimento de direitos, o Estado se nega a olhar para as pessoas que vivem em situação de poliafetividade, pessoas que são cidadãs como todas as demais, mas que por não possuírem seus relacionamentos reconhecidos

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

<sup>4</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.878694. Brasília/DF. 16/04/2015. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sEqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em 29 de novembro de 2017 às 16h29.

juridicamente pelos entes governamentais, vivem apreensivas, pois não existem garantias da existência de seus vínculos, ocasionando eventuais incertezas no Direito Sucessório e Previdenciário, a título exemplificativo, além de sofrerem certa segregação social por não se enquadrarem no modelo considerado ideal pelos parâmetros da sociedade brasileira.

A discussão acerca da possibilidade de formação e reconhecimento legal das famílias poliafetivas ainda causa divergências dentro do Direito, sendo que este deveria ser proclamador, dentre outras garantias, dos direitos civis e políticos, conhecidos como direitos de primeira dimensão, como afirma Marcelo NOVELINO em sua obra, sendo tais direitos consagrados nos textos constitucionais a partir do século XVIII, visando a garantia principalmente dos direitos fundamentais, precipuamente a liberdade, e ao mesmo tempo perseguindo a limitação do poderio do Estado<sup>5</sup>, iniciando a ideia de um Estado de Direito<sup>6</sup>, que por sua vez vincula o surgimento do Estado Democrático de Direito<sup>7</sup> séculos depois.

Em maio de 2016 o Conselho Nacional de Justiça, recebeu demanda da ADFAS para que reconhecesse a inconstitucionalidade da lavratura de certidões de união estável, vez que a competência do Conselho se restringe à ação cartorária, entre mais de duas pessoas, por considerar que as uniões estáveis poliafetivas violam os princípios familiares básicos, as regras constitucionais sobre família, a dignidade da pessoa humana, as leis civis, a moral e os bons costumes.

O desdobramento final deste debate no CNJ se deu em 26 de junho de 2018, quando o órgão decidiu pela impossibilidade do reconhecimento por parte das serventias para a poliafetividade das uniões estáveis como podemos verificar:

O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu, nesta terça-feira (26/6), que os cartórios brasileiros não podem registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, em escrituras públicas. A maioria dos conselheiros considerou que esse tipo de documento atesta um ato de fé pública e, portanto, implica o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável – herança ou previdenciários, por exemplo.

---

<sup>5</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 22.

<sup>6</sup> **Estado de direito** ou Estado Liberal de Direito, diz respeito à um estado em que se consagram as liberdades individuais com a ideia abstencionista, ou seja, não há regulação estatal sobre a economia e/ou a vida pessoal dos cidadãos.

<sup>7</sup> **Estado Democrático de Direito** forma atual do Estado brasileiro, em que se valoriza constitucionalmente os valores de fraternidade, solidariedade e felicidade dos cidadãos.

Na decisão, o CNJ determina que as corregedorias-gerais de Justiça proíbam os cartórios de seus respectivos estados de lavrar escrituras públicas para registrar uniões poliafetivas. A decisão atendeu a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões, que acionou o CNJ contra dois cartórios de comarcas paulistas, em São Vicente e em Tupã, que teriam lavrados escrituras de uniões estáveis poliafetivas.<sup>8</sup>

As uniões poliafetivas lavradas em cartório demonstram a intenção e necessidade vista por estas entidades familiares de buscar segurança jurídica para sua existência formal e refletem os anseios sociais para seu reconhecimento presente e futuro.

Existe então a necessidade de uma regulamentação para as famílias que possuem tal configuração, porquanto a partir de sua regulamentação formal abre-se precedente para sua efetivação no ordenamento, não só na área familiar, mas também nos Direitos Sucessório e Previdenciário, postos em questão pelo CNJ.

O direito ao afeto é matéria nova no ordenamento brasileiro, juristas com posicionamento mais progressista o defendem como algo necessário para o bem estar social do cidadão, a relação de pertencimento é fundamental desde os primórdios do ser humano, é instintiva, e, por conseguinte torna-se desmotivada a razão pelo qual o Estado proíbe as pessoas de reconhecerem perante a sociedade, com todos os efeitos nele embutidos, o envolvimento afetivo com mais de uma pessoa na forma do casamento, problema este que vem em decorrência de uma visão intimamente ligada à moral judaico cristã da monogamia, entranhada na sociedade brasileira, majoritariamente católica.

É inescusável, no Estado Democrático de Direito, um Poder Legislativo que atenda às necessidades da população, de forma geral e não apenas aqueles que se enquadram nesta moldura socialmente posta.

Consubstanciando, o direito ao afeto está estritamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que rege todo o ordenamento normativo do país e que deve ser amplamente difundido nas relações sociais e familiares.

Ademais, o presente estudo será desenvolvido em cinco capítulos, cada um com um objetivo geral, através do método indutivo, objetivando, de forma geral, através de pesquisas

---

<sup>8</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CARTÓRIOS SÃO PROIBIDOS DE FAZER ESCRITURAS PÚBLICAS DE RELAÇÕES POLIAFETIVAS**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso em: 06 de junho 2019 às 10h29.

bibliográficas e descritivas, demonstrar a necessidade do reconhecimento e regulamentação das uniões estáveis poliafetivas, como entidades familiares.



## 1. MONOGAMIA COMO PRESSUPOSTO JURÍDICO PARA EXISTÊNCIA DO ENTE FAMILIAR

Neste primeiro capítulo, adentraremos no estudo da preponderância da monogamia na constituição do ente familiar, em que usaremos não só a união estável, mas também o casamento como objeto de estudo, posto que as regras e consequências aos dois aplicados são muito similares.

É extremamente visível no ordenamento jurídico brasileiro a importância que o legislador deu à união entre as pessoas para o matrimônio, sendo o casamento tratado nos artigos 1.511 a 1.590 do CC e a união estável nos artigos 1.723 a 1.727 do mesmo código.

Não existe expressa menção à monogamia nos textos legais, mas os costumes, fonte do direito, nos apresentam quase que um “princípio da monogamia” orientador de todo o sistema jurídico-familiar.

Clóvis Bevilacqua, em seus comentários ao Código Civil de 1916 diz que “em todo o Occidente a família é fundada sobre a monogamia, modo de união conjugal mais puro, mais conforme aos fins culturais da sociedade, e mais apropriado à conservação individual tanto dos cônjuges, quanto da prole”<sup>9</sup> deixando claro que o sentido da monogamia é intrinsecamente ligado ao patrimônio e a moral religiosa que será melhor desenvolvida a seguir, como diz NAMUR em sua obra “ a monogamia surge de maneira interligada à economia e à esfera patrimonial e, portanto, à segurança jurídica, já que garante que a paternidade é indiscutível e assegura a transmissão da herança aos filhos legítimos”.<sup>10</sup>

Vamos nos aprofundar então em três fontes que explicam a natureza monogâmica das uniões civis no ordenamento brasileiro, sendo: I. o direito romano; II. a tradição judaico-cristã; e III. a questão patrimonial.

---

<sup>9</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 497.

<sup>10</sup> NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 160.

## 1.1. O dogma do casamento monogâmico no direito romano

A expansão é uma das principais características quando se pensa na Roma antiga, expansão não apenas no sentido territorial, mas também cultural; do latim surgiram diversas línguas, o francês, italiano, espanhol, romeno e português, demonstrando o tamanho a qual chegou o império e sua instrução, com as estradas, homens e língua, chegam também as *LEX*, a lei que era aplicada em Roma deveria ser também aplicada em todos seus domínios.

Podemos dividir o direito romano em três períodos extremamente distintos e com características bem delineadas, sendo:

- I. Período arcaico – era caracterizado pela influência religiosa no direito e a punição aos crimes mais graves, funcionava apenas para a manutenção básica do Estado romano.
- II. Período clássico – com a já dita expansão das fronteiras de Roma, foi necessária a criação de um sistema legal mais complexo, foi caracterizado pela forte atuação dos magistrados pretores, que tinham além de julgar, o poder de negar ou então reconhecer ações ainda desconhecidas e publicar os editos, que norteariam decisões dali em diante, analogamente nos dias modernos seriam as súmulas jurisprudenciais, pois estes preenchiam as lacunas do direito vigente.
- III. Período pós-clássico – foi o período marcado pela codificação das *LEX* em que surgiram o *Codex*, o *Digesto*, as *Institutiones* e as *Novellae* que compilavam toda a produção jurídica dos pretores, dos juriconsultos e as leis formuladas pelo imperador formando então o *Corpus Iuris Civilis*, modelo adotado até os dias de hoje na maior parte do ocidente, conhecido como *Civil Law*, ou então direito codificado, em detrimento do *Common Law*, ou direito dos costumes.<sup>11</sup>

Além da simples adoção do sistema jurídico vigente em Roma, o sistema jurídico brasileiro acolheu para si alguns institutos romanos, como por exemplo o casamento e o divórcio.

O matrimônio romano em princípio era muito mais uma relação social que jurídica, era não escrito e pouco solene, sendo muito mais parecido com as atuais uniões estáveis pois como requisitos para sua consagração eram necessários a *affectio maritalis*, que é a intenção de serem

---

<sup>11</sup> MEDIUM CORPORATION. **Introdução histórica ao direito romano.** Disponível em: <<https://medium.com/anota%C3%A7%C3%B5es-de-direito/introdu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-ao-direito-romano-61f5f97a5d0c>> Acesso em: 07 de junho de 2019 às 0h15.

marido e mulher, e a *honor matrimonii*, ou realização condigna desta convivência conjugal, adotando o aspecto ritualístico quando houve a miscigenação entre cristãos e romanos, Felipe Delanogare Alves em seu texto explica:

As núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano. Nessa concepção, de caráter muito mais social do que jurídico, há três termos que se completam: união, consórcio e comunicação. Dessa forma, estão presentes alguns princípios importantes: o casamento monogâmico, indissolúvel e uma implicação entre as exigências do direito humano e do direito divino.<sup>12</sup>

Decorria então do casamento o *vitae necisque potestas, poder de vida e de morte ao pater familias*, o pai de família que representava a autoridade religiosa, judiciária e legislativa dentro daquele núcleo familiar, possuindo poderes ilimitados sobre os filhos e escravos, devendo este poder passar ao primogênito no caso de falecimento do pai, e caso não houvesse filho homem, com a adoção de algum para a sucessão dos poderes.

Quanto ao poder do marido para com a esposa, este não era exercido sempre da mesma maneira, o casamento romano possuía duas espécies, a primeira era o casamento *cum manu*, na qual o marido exercia poder ilimitado sobre sua esposa, bem como era seu direito com a prole; em direção oposta, havia o casamento *sine manu*, onde o poder do marido simplesmente não existia, na maioria das vezes por ser a mulher mais rica ou nobre que o marido, se recusando à autoridade do mesmo.

O Brasil se inspirou na ideia de um poder paternalista até recentemente, ressalvadas as devidas proporções; o Código Civil de 1916 trazia em seu artigo 318 a seguinte redação:

**Art. 380.** Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

**Paragrafo único.** Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> ALVES, Felipe Delanogare. **Direito romano: principais institutos**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8504&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura#\\_ftn12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8504&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn12)>. Acesso em: 07 de junho de 2019 às 0h29.

<sup>13</sup> BRASIL. **Código Civil – Lei nº 3.071 de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em 07 de junho de 2019 às 01h01.

Naquilo que interessa o núcleo deste trabalho, diz PRADO em sua obra que em Roma a monogamia impedia que fosse realizado novo matrimônio, contudo foi amplamente aceita a bigamia durante o período republicano e início do império<sup>14</sup>, o que coincide com a amplificação da influência cristã em Roma, que viria a adotar o cristianismo como sua religião oficial em 380.

A confluência entre a absorção mútua de Roma e cristianismo gera então o segundo fenômeno a ser observado como fonte da monogamia no ordenamento brasileiro, que nos aprofundaremos no próximo tópico deste trabalho.

## **1.2.A monogamia social como reflexo de um modelo judaico-cristão de família**

Para a melhor compreensão dos reflexos judaico-cristãos no direito das famílias, é importante fazermos uma contextualização das razões pela qual se inserem os valores religiosos na sociedade brasileira.

Desde o dia 15 de abril de 1500, quando os portugueses liderados por Pedro Álvares Cabral desembarcaram no litoral da Bahia, o Brasil passaria a se tornar um território católico, vez que o Reino de Portugal possuía estreitos laços com a Igreja Católica de Roma, tendo sido neste mesmo dia celebrada a primeira missa em território tupiniquim.

Posteriormente ao descobrimento, por volta de 1549, começam a chegar os padres da Companhia de Jesus, responsáveis pela catequese dos índios brasileiros e do agrupamento catequético dos nativos surgem vilas, e cidades, como por exemplo São Paulo, uma das maiores cidades do mundo, com população aproximada de 12 milhões de habitantes.<sup>15</sup>

Com a chegada da família real portuguesa no Brasil em 1808 houve um ainda maior estreitamento de laços entre governo e Igreja como era extremamente comum na Europa daquela época. A imigração italiana nos meados do século XIX também colaborou para a

---

<sup>14</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2 : parte especial, arts. 121 a 249** – 11. ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 927.

<sup>15</sup> G1 SP. **Cidade de São Paulo tem 12,2 milhões de habitantes e é a mais populosa do país**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/29/cidade-de-sao-paulo-tem-122-milhoes-de-habitantes-e-e-a-mais-populosa-do-pais.ghtml>>. Acesso em: 06 de junho de 2019 às 12h11.

avigorar este liame, sendo a população italiana e brasileira as mais católicas do mundo em percentual e número de fiéis respectivamente.

Tanto na Itália quanto no Brasil era a Igreja quem exercia as funções cartoriais modernas de registro civil, ora os casamentos, e este laço entre cúria e Estado este apenas foi dissoluto com a proclamação da República em 1889, como podemos verificar no texto do historiador Tales Pinto:

As relações entre Igreja Católica e Estado foram estreitas no Brasil tanto na colônia quanto no Império, pois, além de garantir a disciplina social dentro de certos limites, a igreja também executava tarefas administrativas que hoje são atribuições do Estado, como o registro de nascimentos, mortes e casamentos. Contribuiu ainda a Igreja com a manutenção de hospitais, principalmente as Santas Casas. Em contrapartida, o Estado nomeava bispos e párocos, além de conceder licenças à construção de novas igrejas.

O cenário mudou com a nomeação do Marquês de Pombal, que afastou a influência da Igreja Católica da administração do Estado. Após sua morte, os laços voltaram a se estreitar, perpassando por todo o período imperial brasileiro no século XIX. Com a proclamação da República em 1889, houve a separação formal entre Estado e Igreja Católica, mas sua presença continuou ainda viva, como comprova a existência de várias festas e feriados nacionais, como as festas juninas e o feriado de 12 de outubro, dia de Nossa Senhora Aparecida, padroeira do país.<sup>16</sup>

Por ter tido um papel predominante na sociedade brasileira através dos séculos, a igreja católica possui aqui o maior número de fiéis no mundo, portanto introjetando seus costumes e crenças a nível geral na população.

O direito não estaria então isento desta influência, principalmente naquilo que tange a esfera familiar, pois como vimos, a celebração do casamento era de competência da Igreja e os ditames para sua concreção eram exclusivamente por ela escolhidos, como nos aduz Maria Berenice Dias:

Até o advento da República, em 1889, só existia o casamento **religioso**. Ou seja, os não católicos não tinham acesso ao matrimônio. O casamento civil só surgiu em 1891. Ainda assim o caráter sagado do matrimônio foi absorvido pelo direito, tanto que o

---

<sup>16</sup> PINTO, Tales dos Santos. "**A Igreja Católica no Brasil**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/igreja-catolica-no-brasil.htm>> Acesso em 06 de junho de 2019 às 12h19.

conceito de família, identificado como o casamento indissolúvel mereceu consagração em todas as Constituições Federais do Brasil.<sup>17</sup>

Já constatada a defluência da religiosidade no direito, é necessário irmos mais fundo, no cerne do pensamento eclesiástico acerca do núcleo deste trabalho: o poliamor.

O principal norteador da moral católica é a bíblia, o livro sagrado dos povos cristãos; neste livro não há qualquer menção à proibição da poliafetividade, contudo podemos concluir que parte da razão de vivermos em uma sociedade monogâmica heterossexual decorre do texto bíblico, pois Deus criou Adão e posteriormente Eva, para que esta lhe fosse companheira, como podemos verificar em Gênesis cap. 2 vers. 18 a 24:

O Senhor Deus disse: ‘Não é bom que o homem esteja só; vou dar-lhe uma ajuda que lhe seja adequada’. ... O homem pôs nomes a todos os animais, a todas as aves dos céus e a todos os animais dos campos; mas não se achava para ele uma ajuda que lhe fosse adequada.

Então o Senhor Deus mandou ao homem um profundo sono; e enquanto ele dormia, tomou-lhe uma costela e fechou com carne o seu lugar. E da costela que tinha tomado do homem fez uma mulher e levou-a para junto do homem. ‘Eis agora aqui, disse o homem, o osso de meus ossos e a carne de minha carne; ela se chamará mulher, porque foi tomada do homem’.

Por isso o homem deixa o seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher; e já não são mais que uma só carne.<sup>18</sup>

Percebe-se então que o modelo base para o cristianismo é aquele apresentado na bíblia, homem e mulher em uma relação monogâmica indissolúvel, e por toda a trajetória histórica do governo aliado à Igreja, estes valores presentes no direito canônico foram transferidos para o direito positivo brasileiro.

Não estamos tratando aqui de algo pura e simplesmente religioso, a monogamia rompeu as barreiras da cristandade, tendo se tornado em algum ponto da história ocidental, um costume e posteriormente uma regra, mesmo que não escrita, vinculante à sociedade.

Contudo, a questão religiosa não é ainda a explicação isolada para os porquês do direito civil, pois para que haja uma limitação da autonomia privada, temos que cavar no próprio direito moderno a razão pela qual não é possível a celebração civil das uniões estáveis por três ou mais pessoas.

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

<sup>18</sup> **BÍBLIA SAGRADA. O paraíso**. Tradução por Monges Maredsous. Revisada por Frei João José Pedreira de Castro. 60 ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005, p. 50 e 51.

### 1.3. O discurso da monogamia como defesa contra a confusão patrimonial

Como verificaremos no próximo capítulo deste trabalho, união estável e casamento são institutos civis distintos, mas que se espelham nas consequências patrimoniais e por isso trataremos de forma conjunta neste tópico, denominando então uniões civis.

Sob uma ótica estritamente positivista, o casamento, e a união estável por equiparação, são apenas contratos firmados pelas partes interessadas e que podem ser dissolvidos mediante declaração de vontade dos mesmos.

Sendo então os as uniões civis contratos privados, mas que vinculam os companheiros em uma série de atos, podemos aduzir que existe um grande interesse patrimonial a qual se cercam estes institutos de direito.

Na constância do casamento, os noivos tem liberdade de escolher o regime de bens por meio de um pacto antenupcial, na união estável os companheiros tem a opção de firmarem um contrato de convivência, e na hipótese de silêncio há automática adoção do regime de comunhão parcial de bens em ambos os casos.

Neste regime, todos os bens serão configurados frutos do trabalho comum e serão de posse de ambos os cônjuges ou companheiros, devendo ambos protegê-los, assim sendo, apesar de não deixar clara a necessidade de anuência de ambos os companheiros para a realização de atos que atinjam os bens comuns, como penhora, compra de bens por financiamento, e concessão de fiança ou aval, como aduz Maria Berenice:

Todavia, como a limitação é imposta pela lei a todo e qualquer regime de bens (exceto ao regime de separação absoluta), não há como afastar a mesma exigência em sede de união estável em que vigora o regime da comunhão parcial. Reconhecida a união estável como entidade familiar, é necessário impor as mesmas limitações, para salvaguardar o patrimônio do casal e proteger terceiros de boa-fé. Assim também cabe aplicar a Súmula do STJ<sup>19</sup> que proclama a ineficácia total da fiança prestada por somente um do par.<sup>20</sup>

Agora que elucidamos a paridade entre a questão patrimonial entre os institutos, exceto na questão sucessória, podemos seguir para a demonstração dos argumentos pelo qual a monogamia é o sistema cogente no ordenamento brasileiro.

---

<sup>19</sup> **Súmula 332 do STJ:** A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 253 e 254.

Temos então dois artigos do Código Civil que exemplificam os esforços do legislador em evitar a confusão patrimonial entre os pares, sendo o primeiro deles o art. 1.523 e seus incisos, na qual não recomendam o casamento de pessoas viúvas e divorciadas que não tenham finalizado a partilha dos bens e também da viúva ou mulher cujo casamento tenha sido desfeito até dez meses após a viuvez ter iniciado ou então o casamento tenha sido desfeito, o que nos leva ao segundo artigo de relevância, o 1.597 do mesmo código, por tal artigo trazer em si a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância da união e em até trezentos dias após finda a mesma.

É tão séria a questão patrimonial no casamento, que nas hipóteses dos incisos do art. 1.523, estas configuram causa suspensiva ao casamento, e caso haja a hipótese de confusão patrimonial, aplica-se o regime da separação obrigatória de bens para o casal.

Oportunamente, destaca-se mais uma vez que as causas suspensivas são apenas relativas ao casamento, mas demonstram o cuidado ao se impor os limites, e podemos então ver que ambas as preocupações, da partilha dos bens e dos herdeiros na verdade podem ser superados com a elaboração do contrato de convivência entre todos aqueles envolvidos juridicamente na relação e a possibilidade da pluriparentalidade, vez que os sucessores são herdeiros legítimos de todos, afastando assim a necessidade de se encontrar o genitor biológico da prole como veremos de forma mais desenvolvida.

Para finalizar este tópico, cita-se o professor Samir Namur, em uma passagem que condensa todo o pensamento aqui explanado acerca da monogamia:

O casamento monogâmico como modelo jurídico de constituição da família tem a conhecida função de proteção econômica da propriedade privada. Aproveita-se o monopólio da constituição familiar criado pela Igreja para que exerça essa função no direito. A partir da modernidade, inicialmente com o Código Civil francês, todo o direito de família se estrutura dessa forma.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014, p. 143.



## 2. AS DIVERSAS FORMAS DE EXPRESSÃO DOS NÚCLEOS FAMILIARES NÃO MONOGÂMICOS

O enfoque do segundo capítulo deste estudo é verificar alguns casos socialmente recorrentes em que não se pratica a monogamia, casos em que há a formação de entidades familiares diversas e hipóteses em que a relação se dá de forme eventual, analisaremos os desdobramentos sociais e jurídicos dos mesmos.

É importante também que pensemos neste capítulo como contraste do primeiro, onde vimos a monogamia sob um ponto de vista teleológico e axiológico, vamos então iniciar uma jornada de descobrimento acerca dos moldes invisibilizados pelo Estado brasileiro.

### 2.1. A bigamia e o concubinato

A família e sua defesa ocupam papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro como um todo, inclusive recorrendo à *ultima ratio*<sup>22</sup> do sistema legal, qual seja, o direito penal, este ramo que apenas, em tese, é invocado quando nenhuma outra esfera se mostrou plenamente satisfatória na proteção de um bem jurídico constitucionalmente tutelado.

O Título VII do Código Penal de 1940 trata dos crimes contra a família, dedicando seu primeiro capítulo aos crimes contra o casamento, sendo tipificada no artigo 235 a bigamia, que será melhor desenvolvida no próximo tópico.

Enquanto o a bigamia é matéria de direito penal, o direito civil voltou os olhos ao concubinato, sendo este regulado pelo artigo 1.727 do Código Civil.

O concubinato tem uma evolução histórica complexa, e multifacetada, na qual se confunde costumeiramente a figura do concubino com amante, trazendo uma carga pejorativa ao termo.

---

<sup>22</sup> *Ultima ratio* do latim: último recurso.

### **2.1.1. A diferença entre bigamia, concubinato, traição, relacionamento aberto e poliafetividade**

De uma forma geral, a sociedade tende a enquadrar tudo aquilo que não lhe é comum como algo errado e passível de represália, seja social ou jurídica. Devido a este comportamento, as pessoas inclinam-se a enquadrar bigamia, traição, relacionamentos abertos e a poliafetividade como sinais de promiscuidade, não se importando em ao menos compreender as diferenças e peculiaridades de cada espécie, por tal, neste tópico iremos deslindar um conceito, natureza e consequências jurídicas de cada uma das estirpes citadas.

#### **2.1.1.1. A bigamia**

O conceito de bigamia é a ação de contrair casamento, alguém já casado, a natureza de tal ato é de direito penal e a prática tem como resultado para o bígamo pena de reclusão de dois a seis anos, ou então para quem, ciente do matrimônio, contraia núpcias com pessoa casada, detenção de um a três anos, nos termos do artigo 235 do Código Penal.

Como já vimos anteriormente, a história de punibilidade da bigamia remonta ao império romano, tal posicionamento foi reproduzido de forma ainda mais severa durante a Idade Média na Europa, vez que a estrutura de maior poder na época era o clero e este baseado nos costumes cristãos, repudiava a bigamia, equiparando-a ao adultério sendo passível de excomunhão pelo Direito Penal Canônico, majoritariamente cominada com alguma punição de ordem pecuniária, podendo chegar a pena de morte, conforme PRADO.<sup>23</sup>

Evolutivamente, o Código Penal Francês de 1791, pós revolução francesa, e embebido pelos ideais de igualdade e liberdade, previu uma pena mais branda se comparada à de morte praticada pela igreja, a sanção seria de prisão a ferros por doze anos. O diploma legal francês de 1810, por sua vez, previa trabalhos forçados a aquele que mesmo casado contraísse novo matrimônio, bem como ao oficial público que concorresse para a celebração do matrimônio. Neste sentido, deixou a bigamia de ser considerada uma espécie de adultério continuado com a celebração de casamento, se tornando tipo penal autônomo, punindo não apenas aquele que

---

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2 : parte especial, arts. 121 a 249** – 11. ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 927.

contraíra núpcias já sendo casado, mas também aquele que conquanto sabia, contraiu matrimônio com pessoa casada.

A bigamia foi introduzida ao ordenamento brasileiro em 1603 por meio das Ordenações Filipinas, sua forma e a pretensão punitiva do Estado variaram com o passar dos séculos, mas ela ainda se encontra presente, conforme leciona Luiz Regis Prado:

No Brasil, as Ordenações Filipinas (1603) sancionavam a bigamia com a pena de morte (Livro V, Título XIX). O Código Criminal do Império (1830), inspirado pela legislação napoleônica, cominava ao delito em exame pena de prisão com trabalhos, além de multa (Título I, Capítulo III – Dos crimes contra a segurança do estado civil e doméstico). O Código Penal republicano (1890), na trilha do precedente, tipificou a conduta daquele que contraísse mais de um casamento sob o defeituoso *nomen juris* de ‘poligamia’, o que contribuiu para a consolidação do entendimento – infundado – de que o segundo matrimônio não seria punível.<sup>24</sup>

Percebemos assim que a bigamia tem características unicamente relativas ao instituto do casamento, em que uma pessoa que celebrou solenemente o matrimônio, contrai núpcias com outra pessoa, formando dois núcleos familiares incomunicáveis derivados do enlace matrimonial, não tendo nada obstante à poliafetividade.

#### 2.1.1.2. O concubinato

Por definição, concubinato é a relação não eventual entre duas pessoas impedidas de se casarem, mas é axiomático que esta expressão traz consigo estigma nada positivos, etimologicamente, concubinato deriva do latim *concu* que quer dizer coito, ou conjunção carnal e *binatus*, com alguém, quer dizer, concubinato é a intenção pura e simples de obter conjunção carnal com alguém, algo moralmente inaceitável, especialmente para as mulheres, a qual pejorativamente a palavra concubina tornou-se sinônimo de prostituta.

Historicamente, o concubinato era praticado em Roma por pessoas que não poderiam se casar, se recordarmos que os direitos ao casamento aplicavam-se somente aos romanos, e não aos povos agregados, e estes não eram dotados de *ius conubii*, o concubinato foi a saída, mas o mesmo era visto social e juridicamente como uma união inferior, não gozando a prole do direito sucessório dos pais e não garantindo à esposa quaisquer direitos.

Com a evolução do direito romano o concubinato passou a ser dotado de personalidade jurídica, gerando efeitos, os quais podemos verificar nas palavras de Kümpel:

<sup>24</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2 : parte especial, arts. 121 a 249** – 11. ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 927.

Com a evolução do Direito Romano, o instituto do concubinato passou a ser regido por direitos e obrigações. De união que não gerava conseqüências jurídicas ganhou força, por meio da *Lei Julia de Adulteriis* (17 AD), tornou-se um instituto protegido pelo ordenamento jurídico, então em vigor. A *Lex Julia* isentava de pena os concubinos, assim sendo, legitimou a união. Durante o Império, de acordo com Código Teodoriano (9 de abril, 529 AD), o concubinato era tido como um casamento entre pessoas de condições sociais diferentes, mas com legalidade para garantir direitos.

Dos efeitos jurídicos do concubinato, dois se destacavam: 1º) passam a existir obrigações recíprocas, sendo a fidelidade a principal delas, de modo que o Código Teodoriano acabou por converter o concubinato em união estável, já que o concubino não podia ser casado nem estar envolvido em outro concubinato. Isso significava que, a partir desse momento, mesmo para o Direito Romano, passavam a existir: o casamento (entre cidadãos romanos), a união estável protegida pelo Código Teodoriano e o concubinato como sendo a situação jurídica em que pessoas, impedidas de casar e de viver protegidas pelo Código, poderiam, ainda assim, permanecer juntas de modo estável; 2º) Os filhos nascidos da relação concubinária (*liberi naturales*) eram considerados, até o advento do Código Teodoriano, quase indignos. Passaram a ser protegidos, porém, sob o ponto de vista sucessório, tendo direito à herança do pai, desde que não concorressem com filhos legítimos (advindos do casamento).<sup>25</sup>

No direito brasileiro, antes do advento da Constituição Federal de 1988, havia que se falar em duas espécies distintas de concubinato, a primeira, classificada como concubinato puro, é aquela que descende do concubinato romano, tendo por esforço do legislador em findar o estigma ruim colocados sobre estes entes familiares, adotou uma outra denominação: a união estável. Conforme Flávio Tartuce:

Tratar-se-ia da união estável, hipótese em que os companheiros são viúvos, solteiros, divorciados ou separados de fato, judicial ou extrajudicialmente; desde que preenchidos os demais requisitos caracterizadores da entidade familiar em debate. Em relação à separação jurídica ou de direito, repise-se que, diante da Emenda do Divórcio (EC 66/2010), somente têm pertinência as situações dos relacionamentos anteriores e das pessoas já separadas antes da sua entrada em vigor.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> KÜMPEL, Vítor Frederico. **O concubinato sob uma perspectiva histórica (Roma)**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI45942,41046-O+Concubinato+sob+uma+perspectiva+historica+Roma.>> Acesso em 07 de junho de 2019 às 12h06.

<sup>26</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5 : Direito de Família** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 205.

Ainda acerca desta pretensão do legislador, Samir Namur diz que:

É possível que a ausência de reconhecimento do Estado de uma situação jurídica merecedora de tutela esteja de alguma forma associada à própria discriminação, ... contida na expressão 'concubinato'. Por isso mesmo é que surge a proposição de uma nomenclatura diferenciada para expor justamente a definição excludente de novo conceito de concubinato: a união estável.<sup>27</sup>

Desta forma, o concubinato a que se refere o artigo 1.727 do Código Civil é aquele que anteriormente era conhecido como concubinato adúltero, ou concubinato impuro, sendo hoje espécie única e denominado simplesmente de concubinato.

O concubinato hoje é tratado com regime de exclusão, o intuito do Código Civil é coibir sua existência, criando o instituto de forma apartada do instituto da união estável, lhe negando qualquer efeito jurídico.

Neste sentido, o concubinato cai no mesmo problema das relações poliafetivas, não encontrando respaldo jurídico, nas palavras de Lucas Santos Chagas:

...não cabe aos operadores do Direito relegar uma relação afetuosa à uma espécie de limbo jurídico, vez que a mesma possui todos os requisitos para a configuração de um núcleo familiar. Não há que se mascarar, portanto, à luz de um instituto arcaico e conservador, cuja denominação remete à uma espécie de comunhão de leitos ilegal, uma verdadeira entidade familiar, sob pretextos conservadores, religiosos, morais e, principalmente, contraditórios.<sup>28</sup>

É então muito difícil a questão do concubinato, pois de um lado existe um núcleo familiar reconhecido, e do outro, um núcleo que materialmente cumpre os mesmos requisitos de uma união estável, contudo não lhe são dotadas as garantias desta.

O cerne deste ponto em discussão é a mera diferenciação entre o concubinato e a bigamia e poliafetividade, vez que neste existem núcleos extramaritais em sentido aberto, na bigamia em sentido fechado, casamento, e na poliafetividade não há que se falar em núcleos, sendo um único núcleo com mais de dois indivíduos figurando como casal.

### 2.1.1.3. Traição e relacionamento aberto

<sup>27</sup> NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 164 e 165.

<sup>28</sup> CHAGAS, Lucas Santos. **A invisibilidade jurídica das famílias paralelas**. 2018. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018, p. 17.

O conceito de traição é muito mais amplo e complexo do que se supõe, gramaticalmente traição pode significar: I – enganar com traição; II – revelar informação que era secreta; III – deixar perceber; IV – não cumprir promessa, compromisso ou princípio; V – ser infiel a; VI – revelar (o que se desejaria ocultar).<sup>29</sup>

De forma geral, assume-se que traição seja nutrir relações afetivo e principalmente sexuais com aquele que não é o companheiro ou então o cônjuge, aplicando-se então o sentido expresso em V, ora ser infiel.

Dentro do direito das famílias, existem princípios norteadores, e estes princípios diferem do casamento para a união estável, no primeiro encontramos os deveres de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência, enquanto na segunda espécie, os princípios são a lealdade, respeito e assistência.

Percebemos que o legislador não aplicou de forma análoga os princípios, como mostra Maria Berenice Dias:

Não se atina o motivo de ter o legislado substituído **fidelidade** por **lealdade**. Como na união estável é imposto tão somente o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel. E, se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viver juntos, a manutenção de mais de uma união estável não desconfigura nenhuma delas. Assim, nada impede o reconhecimento de vínculos simultâneos.<sup>30</sup>

Contudo, é imperioso entender que o significado contido na hipótese IV é muito mais relevante e abrangente que aquele do casamento, presentemente a fidelidade, traição é então a quebra de promessa, compromisso ou princípio, ou seja, se há um acordo entre as partes de que possa haver relações extramaritais, não há que se falar em quebra dos princípios de fidelidade ou lealdade.

Ser desleal é muito mais que fazer sexo com outro que não seja seu companheiro, ser desleal é quebrar a expectativa do outro conquanto haja um acordo bilateral em vigor.

Neste sentido leciona Maria Berenice:

Não é por outro motivo que a lei impõe o dever de fidelidade no casamento (CC 1.566, I) e o dever de lealdade na união estável (CC 1.724). Os deveres de fidelidade e de lealdade cristalizam tanto o princípio da boa-fé objetiva, como o da proibição de comportamento contraditório, que compõem a tutela da confiança. Nada mais do que a consagração do princípio *nemo potest venire contra factum proprio*, ou seja, a

<sup>29</sup> DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. **Traição**. Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/traicao>>. Acesso em: 07 de junho de 2019 às 14h46.

<sup>30</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 250.

imposição da uma atuação refletida, um agir pensando no outro, uma postura de lealdade, sem abuso. Este conceito, ainda que construído no campo obrigacional, não é diferente das expectativas que permeiam os vínculos afetivos.<sup>31</sup>

Nisso podemos mencionar um outro modelo de relacionamento não monogâmico, as relações abertas, na qual os indivíduos são livres para se relacionarem com terceiros, sem que sejam configurados outros núcleos familiares, como no caso de concubinato e famílias paralelas.

#### 2.1.1.4. A poligamia e a poliafetividade

É de extrema importância entendermos a diferença entre a poligamia, no sentido em que este termo é usado recorrentemente, e a poliafetividade, a qual este trabalho visa defender o reconhecimento jurídico.

Poligamia e poliafetividade são sim termos irmãos, contudo é preciso compreender o sentido a qual cada um deles é empregado socialmente, há aqui uma óbvia semelhança com os termos homossexualidade e homoafetividade, expressão cunhada pela brilhante jurista Maria Berenice Dias, como podemos observar:

Homoafetividade é uma expressão a qual se torna cada vez mais comum e conhecida em nosso cotidiano, pois termos como gays, lésbicas são extremamente preconceituosos para as pessoas que vivem essa realidade. Com isso, Maria Berenice Dias desenvolveu a palavra “homo” que quer dizer vários e “afeto” que é o bem maior, o amor, o carinho, o respeito, para definirem-se diversas relações no Direito Civil moderno, com a junção deu-se origem a Homoafetividade.<sup>32</sup>

Cunha se então o termo poliafetividade, *poli* que do grego significa muitos ou vários e afeto, que neste caso assume a função amorosa, formando então o poliafeto ou poliafetividade, podendo por vezes se chamar de poliamor.

Foi necessária a criação de tal termo para afastá-lo do significado socialmente adotado de poligamia, que bem da verdade, é a poliginia, casos em que o homem e apenas ele é casado com diversas mulheres, sendo esta uma prática comum e incentivada em países muçulmanos como elucidada o antropólogo angolano Paulo de Carvalho:

<sup>31</sup> DIAS, Maria Berenice. **Os princípios da lealdade e da confiança na família**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_564\)18\\_\\_os\\_principios\\_da\\_lealdade\\_e\\_da\\_confianca\\_na\\_familia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_564)18__os_principios_da_lealdade_e_da_confianca_na_familia.pdf)> Acesso em: 07 de junho de 2019 às 15h08.

<sup>32</sup> COSTA, Débora Carolinna Pereira. **Homoafetividade**. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,homoafetividade,32172.html#\\_ftnref1](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,homoafetividade,32172.html#_ftnref1)> Acesso em: 08 de junho de 2019 às 11h53.

Também há religiões que aceitam e, até, incentivam a poligamia. Pode citar-se o caso do Islão, que permite a poligamia com algumas restrições. Um muçulmano pode casar com até quatro mulheres (nunca o contrário!), pois considera-se o homem ser poligâmico e a mulher, ser monogâmico. A opção islâmica por várias mulheres é justificada pela convicção de que é mais correcto e mais honesto ter várias esposas do que ter amantes. Por outro lado, existe neste caso a imposição de igual tratamento às várias esposas.<sup>33</sup>

Além dos países de cultura islâmica que aceitam a poligamia, podemos encontrá-la nos em Utah e Arizona nos Estados Unidos, onde os mórmons são autorizados a contrair mais de um casamento com diversas mulheres, segundo censo oficial, mais de quarenta mil pessoas se encontram nessa situação.<sup>34</sup>

De forma mais remota encontramos culturas que praticam a poliandria, a qual uma mulher pode ter vários maridos, sendo esta prática aceita em comunidades do Uzbequistão e em pequenas vilas do Himalaia, norte da Índia e fronteira com o Tibete,<sup>35</sup> apesar de estar este costume desaparecendo neste último.

Agora com 70 anos e viúva ainda casada – um de seus maridos morreu –, Devi é um fantasma de outros tempos, representante de um grupo cada vez menor de pessoas que ainda vivem em famílias que seguem a antiga prática da poliandria (casamento de uma mulher com vários homens). Em vilas remotas deste vale do Himalaia, a poliandria foi, durante séculos, uma solução prática para um conjunto de problemas geográficos, econômicos e meteorológicos.

A poliandria tem sido praticada aqui por vários séculos, mas numa única geração ela quase desapareceu. É um desenvolvimento notavelmente rápido num país onde a mudança social, apesar do acelerado crescimento econômico, grandes avanços tecnológicos e implacável marcha da globalização, acontece com dolorosa lentidão, quando acontece.<sup>36</sup>

Adentrando por fim no tema central do estudo, precisamos explorar a poliafetividade, na forma a qual defendemos, aquela que aposta na equidade, em que todos são livres para se unirem.

Primeiramente é preciso distinguir de forma fatal os núcleos poliafetivos das famílias paralelas, no primeiro caso, existe um núcleo onde o papel de companheiro é desenvolvido por três ou mais pessoas, e todas elas se relacionam entre si, visando formar um ente familiar; no

<sup>33</sup> CARVALHO, Paulo de. **Poligamia não deve constituir preocupação social em Angola**. Seminário Angolense. Disponível em: <http://www.angonoticias.com/Artigos/item/17798/poligamia-nao-deve-constituir-preocupacao-social-em-angola-paulo-de-carvalho>. Acesso em: 08 de junho de 2019 às 12h11.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> G1. **Costume himalaio de uma noiva para vários irmãos está sumindo**. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/costume-himalaio-de-uma-noiva-para-varios-irmaos-esta-sumindo.html>.> Acesso em: 08 de junho de 2018 às 12h31.



segundo, existe o compartilhamento de uma única pessoa em diversos núcleos familiares, cada um com objetivos diferentes, nesse sentido explana o professor, advogado e ativista dos direitos LGBT+ Paulo Iotti:

Primeiro, há que se diferenciar a união poliafetiva das famílias paralelas. Famílias paralelas são aquelas formadas por diferentes núcleos familiares que têm ao menos um integrante comum mantendo comunhão plena de vida e interesses com estes distintos núcleos. Logo, trata-se de situação fática na qual uma pessoa forma mais de uma família conjugal por se relacionar com duas ou mais pessoas que não mantêm uma tal relação entre si. Já a união poliafetiva é aquela formada por três ou mais pessoas que mantêm uma comunhão plena de vida e interesses entre si. O essencial é a comunhão plena de vida e interesses de todos entre si para fins de sua caracterização como uma união poliafetiva. Ou seja, na união poliafetiva temos apenas um núcleo familiar, no qual três ou mais pessoas mantêm uma comunhão plena de vida entre si, ao passo que nas famílias paralelas, temos mais de um núcleo familiar, no qual pelo menos uma pessoa mantém uma comunhão plena de vida com diferentes pessoas, as quais não se relacionam entre si.<sup>37</sup>

Após a diferenciação e esta definição, resta claro qual aquela que visamos ser adotada no ordenamento brasileiro.

---

<sup>37</sup> VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. **União poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida**. Revista Libertas – Ouro Preto. 2016, p. 2.

### **3. FAMÍLIAS DO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DO AFETO**

O terceiro capítulo tem como escopo a análise da influência do afeto na formação jurídica das famílias após realizarmos uma análise de alguns modelos familiares, temos o confronto entre o dito modelo da família tradicional brasileira, a socioafetividade, pluriparentalidade e as famílias homoafetivas.

Este capítulo busca reforçar a ideia da desconstrução da preponderância jurídica na formação das famílias, demonstrando que o direito reconhece as famílias formadas de fato pelos enlaces afetivos criados entre seus membros.

#### **3.1. O modelo tradicional de família para o ordenamento jurídico brasileiro**

É deveras complexa a missão de conceituar família, o próprio legislador não se atreve a desenvolver uma única concepção amplamente difundida, ainda que quando se fale em família venha a mente o modelo convencional, heterossexual, monogâmico e patriarcal, a questão familiar é ampla e subjetiva.

Para fins meramente acadêmicos, vamos neste tópico delimitar aquilo que seria o formato de família legalmente tradicional, para que possamos compará-lo com a realidade social e com alguns modelos plurais.

Constitucionalmente protegida, a família no texto da CF cita no artigo 226 parágrafos segundo e terceiro a entidade familiar derivada do casamento, enquanto o parágrafo quarto diz que serão reconhecidas como entidades familiares a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, isto é, sob a fria análise do texto legal máximo do país, a família pode ser compreendida como o ente formado a partir de uma união civil, união estável ou casamento, ou então derivada de filiação.

Neste sentido leciona brilhantemente o professor Samir Namur:

A necessidade de um mecanismo juridicamente seguro, portanto formal, burocrático e público para a constituição da família a estruturou em torno do casamento civil. No Brasil, até 1988, forma única de constituição da família. Quase que como uma

concessão social, a Constituição e depois a legislação ordinária reconheceram apenas situações análogas ao casamento (casais heterossexuais, monogâmicos e sem parentesco próximo) pudessem tornar família. Ainda que tal concessão tenha sido recentemente feita aos casais homossexuais, está o brasileiro diante de um sistema de constituição da família que é taxativo.<sup>38</sup>

Sabendo que este não é o único molde familiar existente, vamos tratar de adentrar na formação das famílias plurais no Brasil.

### 3.2. O Direito Civil perante os novos moldes familiares

O direito civil, como todos os outros ramos do direito, são decorrentes dos ideais sociais do Poder Constituinte Originário, assim sendo, a forma a qual essa esfera do direito se apresenta, principalmente após o Código Civil de 2002, está diretamente ligada aos princípios que regem o ordenamento, em que a ideologia predominante é relacionada à promoção do pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo, tornando a integral proteção dos interesses da dignidade da pessoa humana o cerne de preocupação.

O direito das famílias se tornou então mais amplo e mais voltado para a nova função da família, a realização afetiva de seus entes, como explica Maria Berenice Dias na seguinte passagem:

A família adquiriu **função instrumental** para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Neste contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade – que não se alterou – de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem. Daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que identifica a família atual, de modo a albergar todas as suas conformações: daí, **direito das famílias**.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014, p. 161.

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.

Tal passagem demonstra o valor preponderante atribuído ao afeto naquilo que tange a constituição familiar na contemporaneidade, isto se mostra um sinal inequívoco de que o direito das famílias está cumprindo sua missão naquilo que alcança os interesses matrimoniais e extramatrimoniais, ou seja, a união civil não mais é um contrato com finalidade econômico-patrimonial, a função do direito das famílias com a regulamentação e regularização das famílias plurais, é de solidificar o entendimento de que a família não deriva do jurídico, e sim do pacto de afeto firmado pelas pessoas.

Outro argumento extremamente relevante para a criação de moldes tão diversos de famílias, pode ser encontrado na tese do professor doutor Samir Namur:

Considerando que não há limite para as possibilidades de manifestação afetiva e da sexualidade do ser humano, não cabe a um ordenamento jurídico baseado em um princípio de liberdade, que é corolário da dignidade humane (pilar jurídico desse mesmo ordenamento), estipular previamente alguns modelos de família (mesmo que atendam a certos costumes e tradições da maioria da sociedade), até porque essa forma de previsão, de um modelo familiar tradicional como indicativo e sugestivo opera em forma de condicionamento para as massas, que o adotam quase sempre acriticamente.<sup>40</sup>

Vamos então a partir de agora visitar alguns desses modelos plurais de família para estudar a forma a qual eles são tratados juridicamente.

### 3.1.1. A socioafetividade e a pluriparentalidade

O direito civil brasileiro reconhece que genética não é a única fonte de filiação possível, o parentesco civil entre ascendente e descendente poderá se dar da decorrência de parentalidade biológica, ou então por origem afetiva. Segundo Maria Berenice Dias, autora do projeto de estatuto da adoção “a filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela convivência e assegura o direito à filiação”.<sup>41</sup>

A questão levantada pela possibilidade da filiação por socioafetividade é que esta não é caracterizada simplesmente por um fator biológico, ou então pela presunção legal de que ali se encontra um núcleo familiar, a constância dessa relação é exatamente a convivência e o afeto,

<sup>40</sup> NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014, p. 183.

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 402.

vínculo este que fora desenvolvido pela real ocupação de espaço um na vida do outro, em que o pai afetivo efetua importante papel, dando abrigo, carinho, educação e amor ao filho afetivo, cuidados que de forma alguma são assegurados pelo elo puramente orgânico entre duas pessoas.

Quando reconhecida a paternidade ou maternidade socioafetiva, passa a gerar todos os efeitos pessoais e patrimoniais que são inerentes à parentalidade e à filiação, ideia que é sedimentada por enunciado do próprio IBDFAM<sup>42</sup>.

O vínculo concebido pela filiação socioafetiva é reconhecido para todos os fins civis nos limites da lei e gera seus efeitos como se biológico fosse, proporcionando ao filho o **estado de filho**, nas palavras do doutrinador Caio Mário:

A paternidade socioafetiva, sob a noção da posse de estado de filho, que ganha abrigo nas mais recentes reformas do direito internacional, não se funda no nascimento, mas, num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, coloca em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica, no estabelecimento da filiação.<sup>43</sup>

Em alguns estados brasileiros é plenamente possível que haja o reconhecimento da paternidade socioafetiva sem que seja necessária a propositura de ação judicial; caso não exista paternidade registral prévia, o pai afetivo deve apenas comparecer ao Cartório de Registro Civil, e com a anuência do filho maior, firmar espontaneamente o vínculo.<sup>44</sup>

É importante que a gente tenha sempre em mente que quando há interesse de filho menor em voga, sempre aplicar-se-á o princípio do melhor interessa da criança, e quando adulto, aplica-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a defesa de tais interesses, além da parentalidade socioafetiva, devemos voltar os olhos à questão da pluriparentalidade, ou, multipatentalidade. A cada dia se torna mais comum o desfazimento de um núcleo familiar e sua transformação em um novo núcleo, na maioria das vezes pelo final de um relacionamento, e início de um novo dos pais, nestas hipóteses a prole passa então a figurar em dois núcleos diversos.

Uma criança cujos pais se separaram e desenvolveram novos relacionamentos com outros parceiros possui então além do vínculo biológico com os genitores, um elo afetivo com os novos companheiros destes, e como já apresentamos acima, os vínculos afetivos são tão

---

<sup>42</sup> Enunciado 6 do IBDFAM: Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

<sup>43</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – Vol. V / Atual**. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 432.

<sup>44</sup> TJPE, Prov. 09/2013; TJMA, Prov. 21/2013; TJCE, Prov. 15/2013; TJSC, Prov. 11/2014.

preponderantes quanto os biológicos na formação do ente familiar, neste sentido o legislativo seguiu tendência jurisprudencial elaborando a Lei nº 11.924/09, cujo texto permite que haja a inclusão do nome do padrasto ou madrasta ao nome da criança sem que seja necessária a exclusão do nome dos genitores biológicos.

### **3.1.2. As famílias homoafetivas**

A Constituição Federal é confusa em si mesma naquilo que trata as uniões homoafetivas, enquanto seu artigo 1º, inciso III consagra ao povo brasileiro o princípio do respeito integral à dignidade da pessoa humana, ela, de modo expreso e taxativo, diz que merece o status de família juridicamente protegida a união estável formada entre um homem e uma mulher, ora essa, está a Constituição, a normatização máxima do país dizendo que duas pessoas do mesmo gênero não podem formar uma união estável e conseqüentemente não são amparados enquanto ente familiar constitucionalmente protegido.

Em nada difere a união entre dois homens ou duas mulheres daquela engendrada por pessoas enquadradas nos campos opostos do binômio de gênero, não oferecendo risco de dano a outrem, e caso oferecesse, numa hipótese estapafúrdia, não cabe ao direito de família propor normas que regulamentem a reparação do dano, para isso estamos patrocinados pela responsabilidade civil.

A explicação mais congruente para a omissão legislativa sobre a união civil homoafetiva é nada mais nada menos que o próprio preconceito, o asco da sociedade para com os homossexuais é a principal razão pelo qual o congresso não efetivou um diploma legal que regulamente as uniões, os congressistas não querem se indispor com o eleitorado preconceituoso e retrógrado que ainda hoje é a maioria dos votantes brasileiros, nesse espírito leciona mais uma vez Maria Berenice Dias:

O repúdio social a segmentos marginalizados acaba intimidando o legislador, que tem a enorme resistência em cancelar lei que vise a proteger quem a sociedade rejeita.

Omitem-se na vã tentativa de excluir da tutela jurídica as minorias alvo da discriminação. Nada mais do que uma perversa condenação à invisibilidade.<sup>45</sup>

Se por um lado o Poder Legislativo nega-se a olhar para aqueles que dele necessitam, o Judiciário dá a mão para aquele que a ele recorre.

No princípio passou a reconhecer que as sociedades de fato, caracterizando os vínculos homoafetivos não pelo afeto, mas como uma questão negocial, garantia alguns direitos, mas não os encobria com o manto do direito das famílias, renegando assim qualquer reivindicação sucessória ou previdenciária.

O ponto de virada se deu a partir de decisões da corte gaúcha, essa a qual Maria Berenice Dias integrou por anos, definindo a competência das varas de família para as questões provenientes das uniões homoafetivas em 1999; e em 2001 reconhecendo a existência de união estável homoafetiva enquanto entidade familiar, deferindo herança para o companheiro sobrevivente.

A partir de então começou o direito a caminhar no sentido de promover garantias, chegando até sua instância constitucional:

As inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas a essas relações levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecê-las como união estável com iguais direitos e deveres. A partir desta decisão passou a Justiça a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento. De imediato o Superior Tribunal de Justiça admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso antes formalizar a união para depois transformá-la em casamento. Até que o Conselho Nacional de Justiça proibiu que seja negado acesso ao casamento e reconhecida a união homoafetiva como união estável.<sup>46</sup>

Por uma questão de lógica prognostica-se que toda união poliafetiva tem em si mesma uma união homoafetiva, porquanto haja a dicotomia masculino e feminino, e para que haja um poliamor são necessárias no mínimo três pessoas, não é necessário o emprego de muito esforço a compreender que pelo menos duas das, no mínimo, três pessoas possuirão o mesmo gênero.

---

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 273.

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 142.

#### 4. A UNIÃO ESTÁVEL

O quarto capítulo deste trabalho tem por desígnio o estudo da união estável enquanto fato e ato jurídicos, retomando a narrativa deixada no item 1.3. desta obra, vamos verificar a função social da união estável, bem como suas diferenças em relação ao casamento, perpassando por sua história e analisando dados sobre casos concretos, para podermos então atinar qual a finalidade da união estável em detrimento do instituto do casamento nos dias de hoje.

De forma prática a união estável nasce como fato jurídico, ou seja, apenas pela convivência entre os companheiros com o intuito de formação de uma entidade familiar assumindo a faceta de ato jurídico pelos direitos que dela decorrem, adotando a identidade de um ato-fato jurídico, pois compreendemos que não há necessidade de declaração de vontade como por exemplo no casamento, sua simples existência é suficiente para que dela brotem os direitos inerentes a esta espécie.

Ao mesmo tempo que a regulamentação da união estável é necessária para sua proteção frente ao Estado, esta mesma regulamentação mata a união extramatrimonial como ela é: livre.

A beleza da união estável como ato-fato é que não há amarras estatais, ela se forma e se desfaz de forma espontânea, sem que haja um modelo pré-concebido e tantos requisitos quanto para a celebração da solenidade do casamento PEREIRA chama de infeliz a equiparação levada a efeito, pois tenta impor regras do casamento para quem não o escolheu, ou dele quis fugir<sup>47</sup>. Nas palavras de Maria Berenice:

Esse é um paradoxo com a qual é preciso aprender a conviver, pois, ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações mais íntimas, busca-se a sua interferência para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9 ed. – São Paulo : Saraiva, 2009, p. 112.

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 243.



#### 4.1. O instituto da União Estável

A união estável é regulada tanto pelo Código Civil, como pela própria Constituição Federal, que ao garantir proteção jurídica às famílias, o fez de forma horizontal, não gozando qualquer espécie de entidade familiar mais paládios que outra, facilitando inclusive a conversão de união estável em casamento para aqueles que a desejem.

Conforme expõe mais uma vez Maria Berenice Dias:

Apesar do desdém do legislador, não existe hierarquia entre casamento e união estável. O texto constitucional lhes confere a especial proteção do Estado, sendo ambos fonte geradora de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória. É uma afronta ao princípio da igualdade diferenciações entre casamento e união estável.<sup>49</sup>

No Código Civil, o artigo 1.723 trata da união estável, antes entre homem e mulher, agora interpretado como entre duas pessoas, como a convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família, a lei, então, não dá contornos precisos do que seria a união estável, se limitando a elencar as características do 1.723, ainda que o principal seja a existência de elo afetivo, aplicam-se elementos objetivos.

Ao exigir durabilidade, a lei não estabelece um interregno mínimo para que seja aquele enlace caracterizado enquanto união estável, a questão do lapso temporal serve para dizer que não pode uma relação momentânea caracterizar-se como se união estável fosse.

No tocante à publicidade da relação, é importante entender que público é sinônimo de notório, devendo então a publicidade ser reconhecida no meio social em que aquele ente familiar está integrado, afastando a possibilidade de reconhecimento da união estável de pessoas cujo intuito seja o segredo sobre o relacionamento.

Acerca do objetivo de constituir família, estamos tratando do *animus familiae*, sendo um pressuposto de caráter subjetivo, visto que a vontade é apenas isto, vontade, segundo DIAS, a necessidade deste requisito está ligada à origem do instituto, no concubinato, visto que a união

---

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 242.

estável era formada por aqueles que queriam contrair núpcias, mas estavam impedidos por alguma questão.<sup>50</sup>

Naquilo que tangencia o estado civil dos companheiros, não há então um estado civil específico para quem se encontra na constância de uma união estável, ficando livres a se declararem como se sentem mais confortáveis, contudo o Código de Processo Civil determina em seu texto que haja a identificação de união estável na postulação de ação:

Não definida a união estável como um estado civil, quem assim vive não é obrigado a se identificar. Não falta com a verdade o convivente que se declara solteiro, separado, divorciado ou viúvo. No entanto, tal omissão não pode ocorrer em juízo. O Código de Processo Civil determina que na inicial deve ser indicado se a parte vive em uma união estável (CPC 319 II). Caso a omissão gerar prejuízo a alguém, a parte será considerada **litigante de má-fé** por alterar a verdade dos fatos (CPC 80 II), podendo ser responsabilizada por **perdas e danos**, por alterar a verdade dos fatos.<sup>51</sup>

No tocante ao nome dos companheiros, é plenamente possível que qualquer um dos conviventes adote o nome de família do outro.

Como tratado no item 1.3. relativamente à questão patrimonial, há uma profunda simetria entre o casamento e a união estável, deixando os bens de se comunicarem apenas com a morte de um dos conviventes ou então quando finda a vida comum.

Não há que se falar em dissolução da união estável por meios judiciais, diferente da sociedade conjugal que apenas termina com o divórcio, o máximo de interferência judiciária na união estável é para o reconhecimento de termo inicial e final, também pela natureza de ato-fato jurídico, em que a simples vontade de não mais formar uma entidade familiar rescinde qualquer consequência daquele momento em diante, tornando assim uma anomalia jurídica as ações de dissolução de união estável.

---

<sup>50</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

## 4.2. A união estável como alternativa ao casamento

Há não muito tempo a união estável era mal vista pela sociedade, pois em sua origem fora concebida para aqueles que não poderiam se casar, muitas vezes, pessoas separadas, o enlace matrimonial com toda sua pompa e sentido religioso era aceito gregariamente como via única e exclusiva de criação de família, entendimento que juridicamente caiu em 1988 com o advento da Constituição cidadã. Neste sentido diz o professor Namur:

A rigor, foi grande no Brasil o histórico de exclusão da juridicidade da união estável, quebrando apenas com a Constituição da República de 1988, o que permite, até os dias de hoje, que ela seja tratada com grande discriminação em face do casamento. Exemplo claro disso é a nomenclatura utilizada até 1988 e ainda amplamente difundida na atualidade: o concubinato. Palavra que tem a sua etimologia oriunda do latim *concubere* (estar deitado com outrem), teve a responsabilidade de capitanear toda a carga discriminatória e negativa com que se tratou a família não fundada no casamento, já que alusiva a uma relação desonesta, sinônimo de libertinagem, prostituição, devassidão e poligamia.<sup>52</sup>

E se considerarmos os custos para o registro civil de um casamento, complementa o professor “considerando isso, é plenamente possível argumentar que a união estável surge como a única forma de constituição da família pelas camadas mais pobres”.<sup>53</sup>

Progressivamente a escolha das pessoas de um meio de germinação da entidade familiar, foi se virando para a união estável, abandonando os desdouros do passado, ela então seria um meio mais condizente com os dias de hoje, mais dinâmico, sem as amarras do Estado e com a possibilidade de um desfazimento tão ligeiro quanto sua consecução; isto é o nas palavras de Bauman, a modernidade líquida, a volatilidade das relações humanas, enquanto ao mesmo tempo se atém a aquilo que é mais importante para a criação do núcleo familiar, o afeto, sem que se afaste a proteção estatal e patrimonial, nesse sentido diz Namur:

Nada obstante, independente daquilo que impulsiona um casal a viver em união estável, sem a celebração do casamento, certamente o seu cerne se encontra na informalidade, no afastamento da interferência estatal (sem embargo da possibilidade

---

<sup>52</sup> NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 94.

<sup>53</sup> NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 96.

da pactuação de um acordo de vontades para regular a convivência, principalmente o campo patrimonial, que, uma vez situada na esfera da autonomia privada, reforça a ausência de interferência estatal).<sup>54</sup>

Ainda é cedo para afirmar que a união estável irá se sobrepor ao casamento, o imaginário humano é impregnado pela ideia de que o enlace matrimonial é a mais alta expressão de amor pelo outro, mas na prática a convivência familiar é exatamente a mesma se casados ou se conviventes, é grande o aumento no número de uniões estáveis nas últimas décadas, e a tendência é de que aumentem com as gerações futuras, cada vez menos algemadas a instituições arcaicas.

De certa forma, é possível dizer que nas últimas décadas a união estável tem se difundido. No entanto, talvez seja ainda impossível afirmar que corresponde a verdadeira ameaça à supremacia do casamento, o que certamente reflete o sucesso do modelo sócio-cultural deliberadamente imposto. Isso porque, segundo o IBGE, o número de uniões não formalizadas passou de 5,1 milhões em 1991 para 9,7 milhões em 2000, passando de 18% para 28% o número de casais não casados no Brasil. Entretanto, o número de casamentos realizados apenas em 2005 foi de 835.846, o que demonstra um panorama em que a união estável vem sendo cada vez mais adotada, mas que reflete ainda a predominância do casamento.<sup>55</sup>

Com estes dados do professor Namur, podemos perceber o longo caminho que a união estável deve percorrer para que se torne uma ameaça à hegemonia do casamento, mas é impossível negar que se trata de uma alternativa válida e que tem corresponde muito mais aos anseios e necessidades dos dias modernos.

---

<sup>54</sup> NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 160.

<sup>55</sup> NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 95.

## **5. DEBATES ACERCA DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DAS UNIÕES POLIAFETIVAS**

O quinto e último capítulo deste trabalho visa estudar os casos concretos de poliafetividade no Brasil, bem como colocar em confronto o direito positivo, a doutrina e beber das ideias de alguns especialistas para razoar a melhor forma possível de adoção da poliafetividade regulamentada sob a perspectiva da autonomia privada para a constituição da família no âmbito jurídico.

O debate aqui será estribado nos capítulos anteriores, agora que já entendemos as razões pelo qual a monogamia é amplamente difundida, qual a importância do afeto no ordenamento jurídico Brasileiro em que verificamos a maneira a qual a sociedade e o direito se comportam enquanto vislumbramos aquilo que queremos: a emancipação das pessoas frente as talingas a qual estamos vinculados.

Além do mais é interessante que haja uma profunda ilação dos interesses do Estado na interferência naquilo que há de mais privado na vida de alguém, o afeto e a vida sexual.

### **5.1. As certidões de união estável poliafetiva no Brasil**

Para começarmos a discussão sobre o futuro das uniões poliafetivas no Brasil, precisamos olhar para trás, para onde se iniciou essa contenda, como se deram as uniões poliafetivas juridicamente aceitas no Brasil.

A legislação brasileira não prevê de forma expressa que é vedada a união formal de três ou mais pessoas, abrindo espaço para divergentes posicionamentos e interpretações, é isso que causa uma lacuna legal, a incerteza.

Utilizando-se da existência de tal lacuna, no ano de 2012, foi lavrada em cartório uma certidão de união estável entre um homem e duas mulheres, na cidade de Tupã, interior de São Paulo. Os três viviam desde 2009 juntos, sob o mesmo teto, relacionando-se mutuamente com a intenção de formação de uma entidade familiar.

Frente a impossibilidade de criação de um núcleo familiar matrimonializado, decidiram os três, que já gozavam de convivência pública, contínua e duradoura e estabeleceram o intuito de formar família, sim os requisitos impostos pela lei para que seja reconhecida união estável, procuraram a Tabeliã de registro civil para que pudessem garantir os direitos inerentes a família, ente constitucionalmente protegido, segundo as palavras da própria Tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues, que confirmou a união “a declaração é uma forma de garantir os direitos de família entre eles. Como eles não são casados, mas, vivem juntos, portanto, existe uma união estável, onde são estabelecidas regras para estrutura familiar”<sup>56</sup>

Procuravam então essas três pessoas a chancela do Estado para confirmarem aquilo que já sabiam: que eram uma família. Além disso o reconhecimento do vínculo familiar garante direitos sucessórios e previdenciários aos companheiros, o que reflete no amparo dos sobreviventes em caso de morte de algum deles. E numa visão macro da situação, esta atitude visava abrir os olhos da sociedade e dos entes governamentais para os modelos de família ainda invisibilizados no Brasil.

A partir de então surgiram novas famílias poliafetivas avalizadas, pessoas com o mesmo intuito, a formação de uma família, e os cartórios de forma extrajudicial as reconhecia por meio de escritura pública. Por tal movimento, a ADFAS entrou com o Pedido de Provimentos nº 0001459-08.2016.2.00.0000 junto ao CNJ para que este reconhecesse a ilegalidade das certidões lavradas, revogando-as e proibindo a lavratura de novos documentos de mesmo teor.

Além de maldoso, o pedido da ADFAS se baseou em argumentos desarrazoados, que segundo o relatório elaborado para o julgamento do Pedido de Provimentos são:

A requerente narra que os requeridos lavraram escrituras de “união poliafetiva” consubstanciada na “união estável” constituída entre três ou mais pessoas reciprocamente. Em síntese, sustenta a inconstitucionalidade na lavratura de escritura pública de “união poliafetiva”, tendo em vista a falta de eficácia jurídica e violação a) dos princípios familiares básicos; b) das regras constitucionais sobre família; c) da dignidade da pessoa humana; d) das leis civis; e e) da moral e dos costumes brasileiros. Defende que a expressão “união poliafetiva” é um engodo na medida em que se procura validar relacionamentos com formação poligâmica e que todas as tentativas

---

<sup>56</sup> G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã - SP.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>> Acesso em: 09 de junho de 2019 às 10h24.

de ampliação das entidades familiares para acolhimento da poligamia são contrárias ao § 3º do art. 226 da CF/88.<sup>57</sup>

É completamente equivocado falar em violação da dignidade da pessoa humana caso haja autorização para que as uniões poliafetivas sejam reconhecidas, ora essa, violação da dignidade da pessoa humana é coibir a felicidade das pessoas, é a falta de reconhecimento destas pessoas enquanto família.

Fala-se também de afronte à moral e aos costumes brasileiros, primeiramente deve-se reconhecer a subjetividade presente na moral, e também é preciso destacar que os costumes mudam e o direito deve sempre abarcar as mudanças nos costumes do povo, para que não haja exclusão de parcelas da sociedade, nesse sentido, apesar do voto procedente ao Pedido de Providências, o Ministro relator, João Otávio Noronha, reconhece a importância das modificações sociais no direito:

Historicamente, ocorreram mudanças no Direito de Família pátrio. A princípio, os grupos familiares originavam-se do casamento religioso e, posteriormente, do casamento civil. Avançando no tempo, passou-se a reconhecer direitos ao concubinato puro, que evoluíram até que, sob a denominação de união estável, passou a ser compreendido como forma de união familiar. Adiante, houve o reconhecimento da entidade familiar fundada na relação homoafetiva. Aludidas alterações provocaram desconforto em parte da sociedade e, apesar das reações contrárias que ecoam inicialmente, a consolidação dos avanços e a tutela das uniões não sofreram empecilhos.

A pluralidade de formas de constituição familiar foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar do reconhecimento da união estável formada por pessoas do mesmo sexo. A Corte Suprema reconhece a família como instituição privada, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, que mantém com o Estado e a sociedade uma relação tricotômica.

E completa com o seguinte trecho:

Sabe-se que a família não é um fenômeno da natureza, mas da cultura, que se transforma historicamente; possui conformações diferentes a depender da área geográfica em que seja formada; também possui aspectos antropológico, social e

---

<sup>57</sup> CNJ. **Pedido de providências nº 0001459- 08.2016.2.00.0000 – Relatório**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=70df401956c31d05b7040da1ae767bb2c15d2621b673fd1f50d8ecdf994bda414aa0c96ed7bee941d2d9a249132d349e39b484d172d84d8e&idProcessoDoc=3095628>> Acesso em: 09 de junho de 2019 às 11h09.

jurídico. Suas características refletem a sociedade de seu tempo e lugar, o que a faz um fenômeno social e cultural.<sup>58</sup>

Findo o julgamento, no dia 29 de junho de 2018, o pedido foi provido, devastando as entidades familiares poliafetivas que haviam se socorrido à lavratura das certidões, a partir de então o CNJ proibiu a consecução de novas escrituras públicas de união estável poliamorosa e revogou aqueles documentos que eram válidos.

### **5.1.1. O papel da judicialização da política e do ativismo judicial na salvaguarda de direitos**

Primeiramente é necessário entender o que são e para que servem a judicialização da política e o ativismo judicial no cenário brasileiro atual, e qual o real papel do Supremo Tribunal Federal na garantia dos direitos das minorias a qual o Legislativo se nega a olhar.

Judicialização da política é quando o julgamento realizado pelo STF possui um caráter que excede os limites do Poder Judiciário, a decisão proferida então passa a vincular os outros poderes interferindo em suas decisões.

O exemplo mais recente e que tem gerado profunda polêmica acerca da judicialização da política são a ADO 26 e o MI 4733 que visam a criminalização da LGBTfobia, até a data de escrita deste trabalho, já haviam sido proferidos os votos de seis dos onze ministros do Supremo, onde já se considera este tipo de comportamento de repulsa contra a população LGBT um crime equiparado ao racismo até que haja legislação pertinente ao assunto.

Diversas foram as tentativas dos setores conservadores do Congresso Nacional de barrar a votação, sem sucesso, pois o julgamento favorável da ADO e do MI vinculam o Legislativo que terá um prazo para legislar acerca do tema, percebendo assim o viés político das decisões proferidas em sede de judicialização da política.

Este tipo de decisão é sempre criticado por setores da sociedade e até mesmo por juristas, no caso concreto critica-se a punibilidade aplicada para comportamento sem que haja lei que o tipifique, contudo é necessário entender que, nas palavras do ministro Fachin "Nenhuma

---

<sup>58</sup> Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de providências nº 0001459- 08.2016.2.00.0000 – Voto**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=70df401956c31d05b7040da1ae767bb2c15d2621b673fd1f50d8ecdf994bda414aa0c96ed7bee941d2d9a249132d349e39b484d172d84d8e&idProcesoDoc=3095628>> Acesso em: 09 de junho de 2019 às 11h25.



instituição pode deixar de cumprir integralmente a Constituição, que não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe"<sup>59</sup>, restando claro o posicionamento da dignidade da pessoa humana acima de qualquer outra questão.

Por outro lado, temos também que concentrar nossos esforços para compreendermos o papel do ativismo judicial, vez que este é um outro mecanismo utilizado para que haja uma amplitude maior na interpretação do direito positivo, neste se encontra a criatividade do Tribunal, ele abrange a interpretação da norma de uma forma mais aberta que aquela que vem sendo aplicada.

Grande exemplo de ativismo judicial é o reconhecimento da possibilidade das uniões estáveis homoafetivas em 2011, como julgamento conjunto da ADI 132 e ADPF 4277, de forma unânime decidiram os ministros a interpretar o artigo 226, § 3º da Constituição Federal de modo a modificar o entendimento de que o dispositivo apenas abrangia a união estável heterossexual enquanto entidade familiar protegida.

O ativismo então, diferentemente da judicialização, está ligado ao próprio direito, modificando através do tempo a interpretação para que sejam supridos os anseios da sociedade naquele período do tempo.

## **5.2. A evolução dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade no direito das famílias**

Os direitos fundamentais são aqueles que historicamente servem para a integral proteção da pessoa em face da oponibilidade do Estado, protegem aquilo que é essencial ao homem frente ao poderio estatal. Surgiram na França, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

É extremamente importante que entendamos a evolução destas garantias no decorrer do tempo e espaço a qual são aplicadas.

Primeiramente surgiram os direitos fundamentais de primeira dimensão, ligados aos ideais de liberdade e igualdade formais, são os direitos civis e políticos, visavam uma menor

---

<sup>59</sup> BARIFOUSE, Rafael. Apud. FACHIN, Luiz Edson. **O STF já tem maioria para criminaliza a homofobia; entenda o julgamento.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>> Acesso em: 09 de junho de 2019 às 12h12.

interferência estatal na vida privada, caracterizando-os como Estados abstencionistas impondo-lhes o caráter negativo.

Partindo então do Estado Liberal, em que todos são formalmente iguais, vê-se a necessidade da ampliação das garantias do homem, pois a igualdade formal apenas é praticável se há a equidade, assim são desenvolvidos os direitos fundamentais de segunda dimensão, ou direitos sociais, econômicos e culturais exigíveis para que haja uma diminuição entre as diferenças fáticas, apoiando-se em prestações materiais e jurídicas para tal.

Os direitos de terceira geração estão ligados aos valores de fraternidade e solidariedade, são importantes não apenas para a população de determinado local, pois visam a união global pelo desenvolvimento, estão relacionados ao progresso, meio ambiente, autodeterminação dos povos, comunicação, segundo Marcelo Novelino “Os direitos de terceira dimensão são direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano.”<sup>60</sup>

Decorrendo dos efeitos da globalização temos os direitos de quarta dimensão, intimamente ligados ao pluralismo, informação e democracia

Paulo Bonavides então propõe uma nova dimensão dos direitos fundamentais, a quinta geração: o direito à paz.

Podemos então deduzir que a família, como ente constitucionalmente protegido, banha-se dos ideais propostos por tais garantias, assim sendo, não há que se falar em limitação dos moldes familiares, vez que isso seria uma clara violação aos direitos de primeira geração, liberdade para a formação do ente e igualdade entre os diversos modelos frente o Estado.

Não fornecendo o Estado os meios jurídicos para que seja promovida a igualdade material das famílias pluriamorosas, ferem-se os direitos de segunda geração.

A pluralidade defendida pelas garantias de quarta geração também é ultrajada quando não se permite a formação de uma entidade familiar por esta ser simplesmente isto, plural, e não se enquadrar nos modos pré-definidos.

---

<sup>60</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 386.

### 5.3. Críticas à obrigatoriedade de um modelo monogâmico de relacionamentos

O silêncio do legislador no caso das famílias poli amorosas nada mais é que uma tentativa de invisibilizar a existência destes núcleos, seja por razões de ordem religiosa ou até mesmo por questões políticas, o que não se pode negar é que estas uniões existem e funcionam de fato como um casamento totalmente tradicional, a única diferença é o número de integrantes, algo que apenas diz respeito aos envolvidos naquela situação, vez que não há dano a outrem ou a bem jurídico coletivo. Isto quer dizer que deveria então ser estabelecido um regime jurídico idêntico a aqueles aplicados em caso de uniões monogâmicas, ora essa, se aqueles que se encontram em situação poliamorosa são cidadãos, pagam seus impostos, são capazes e estão de acordo, que poder tem o Estado para lhes negar os direitos que possuem os casais unígamos?

A ideia de família é muito mais antiga que a de Estado, deve então o ordenamento deste se submeter a todas as formas fáticas de parentelas e não o contrário, o governo deve se regular pela realidade social e não por ideais de um grupo. Neste sentido temos o seguinte pensamento explorado pelos juristas espanhóis Juan Ignacio Grande Aranda e Miguel Ángel Herrera Molina:

A missão do Estado é coordenar – não substituir – a atividade livre das famílias para que contribuam ao bem comum e ao aperfeiçoamento integral de todos os membros da sociedade. A existência e o desenvolvimento da pessoa se solidificam com o pertencimento a uma pluralidade de grupos sociais (sendo o mais importante o que aqui tratamos, a família), vinculados através de uma multiplicidade de relações recíprocas. Estes agrupamentos ou coletividades, particularmente a família, respondem a tendências da natureza humana ou a funções necessárias da vida social e demandam sua própria esfera autônoma de poder e ação.

A ideia subjacente a este princípio é de que a sociedade está a serviço do cidadão e sua tarefa principal é o logro do bem comum, principalmente assegurar o desenvolvimento do indivíduo e o respeito de sua dignidade.<sup>61</sup> (Tradução nossa)

---

<sup>61</sup> La misión del Estado es coordinar –no reemplazar– la actividad libre de los de las familias para que contribuyan al bien común y al perfeccionamiento integral de todos los miembros de la sociedad. La existencia y el desarrollo de la persona se va cimentando a través de la pertenencia a una pluralidad de grupos sociales, (siendo el más importante el que aquí nos ocupa, la familia), vinculados a través de una multiplicidad de relaciones recíprocas. Estas agrupaciones o colectividades, particularmente la familia, responden a tendencias de la naturaleza humana o a funciones necesarias de la vida social y demandan su propia esfera autónoma de poder y de acción. La idea subyacente en este principio es que la sociedad está al servicio del ciudadano y su tarea principal es logro del bien común, principalmente la de asegurar el desarrollo del individuo y el respeto de su dignidad. GRANDE, Juan Ignacio Aranda,; HERRERA, Miguel Ángel Molina. **La función del derecho y del estado sobre la familia: razón o ideología.** Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche Volumen I – Número 9 – Madrid, 2013, p. 68.

Outra questão que se faz muito relevante é a isonomia de direitos entre os modelos de família, agora, homoafetivos e trisais ou policasais; a partir do momento em que se reconhece a união homoafetiva e deixa-se de reconhecer a legitimidade das uniões plurais cria-se um ambiente de desequilíbrio em que são adotados dois pesos e duas medidas, neste sentido diz o professor norte americano Ronald Den Otter:

Aqueles que se importam com gays e lésbicas sendo discriminados não podem ignorar as pessoas que se casariam com múltiplos parceiros, se lhes fosse permitido fazê-lo, também estão sendo tratados de maneira inadmissível sob a égide da Constituição. O primeiro tipo de discriminação pode ser pior do que o segundo, mas essa não é a questão. À medida que o debate sobre o significado do casamento continua, pode-se esperar que aqueles que se opõem ao casamento plural utilizem alguns dos argumentos que os tradicionalistas empregaram contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ao articular sua visão constitucional normativa, eles terão que fazer mais do que consultar um dicionário, referir-se a entendimentos religiosos, conduzir pesquisa de opinião, abraçar a “tradição”, investigar como a maioria das pessoas usa a palavra “casamento”, apresentar afirmações empiricamente infundadas. Diante desse duplo padrão, os progressistas poderiam mudar de ideia e rejeitar um direito constitucional ao casamento entre pessoas do mesmo sexo (ou equivalente por motivos de proteção iguais) ou tentar defender a constitucionalidade do tratamento jurídico desigual dos polígamos e polamoristas que se casariam se pudessem. No passado, aqueles que favoreciam o casamento entre pessoas do mesmo sexo hesitavam em se alinhar com aqueles que defendiam a descriminalização da poligamia ou o reconhecimento legal de casamentos plurais. Em vez disso, eles se esforçaram para distinguir nitidamente entre discriminação contra gays e lésbicas e discriminação contra os polígamos.<sup>62</sup> (Tradução nossa).

---

<sup>62</sup> Those who care about gays and lesbians being discriminated against cannot ignore whether those who would marry multiple partners, if they were allowed to do so, are also being treated impermissibly under the Constitution. The former kind of discrimination may be worse than the latter, but that is not the issue. As the debate over the meaning of marriage continues, those who oppose plural marriage can be expected to draw upon some of the arguments that traditionalists have deployed against marriage between people of the same gender. In articulating their normative constitutional view, they will have to do more than consult a dictionary, refer to religious understandings, conduct survey research, embrace “tradition,” investigate how most people happen to use the “m” word, put forth empirically unfounded claims, or generalize from outliers. In the face of this double standard, progressives could change their minds and reject a constitutional right to same-sex marriage (or its equivalent on equal protection grounds) or attempt to defend the constitutionality of unequal legal treatment of polygamists and polyamorists who would marry if they could. In the past, those who favored same-sex marriage hesitated to align themselves with those who advocated decriminalizing polygamy or legally recognizing plural marriages. Instead, they went out of their way to distinguish sharply between discrimination against gays and lesbians and discrimination against polygamists. OTTER, Ronald Den. **Three may not be a crowd: the case for a constitutional right to plural marriage**. 2015, p 1989.

Ainda relativamente ao argumento em que pese a discriminação dos modelos de família poliafetiva frente às outras, o professor Paulo Iotti diz o seguinte:

O direito fundamental à igualdade demanda que não haja discriminação entre distintos modelos de entidades familiares, garantindo mais direitos a uma em detrimento da outra, sem que haja uma motivação lógico-racional que lhe sustente. Assim, considerando a inexistência de motivação lógico-racional a justificar a discriminação das uniões poliafetivas relativamente às monoafetivas, tem-se por inconstitucional o seu não-reconhecimento.<sup>63</sup>

No sentido apresentado então por Vecchiatti e Otter, percebemos que há além do estigma, a inconstitucionalidade no não reconhecimento destas famílias enquanto núcleos familiares.

Para finalizarmos então este capítulo e encerrarmos a parte de análise acerca dos impedimentos frente às famílias plurais, adotamos um trecho da obra de Fátima Perelló Tomás:

As biografias e as trajetórias vitais das pessoas já não são predeterminadas por normas e modelos claramente pré-estabelecidos, mas, de certa forma, são itinerários abertos a diferentes possibilidades onde as escolhas pessoais desempenham um papel importante. As pessoas tendem a estabelecer vínculos pessoais e afetivos diferentes daqueles do passado recente, porque querem que suas próprias opções de vida estejam presentes nelas. Terceiro, a falência das relações de gênero e dominação geracional que sustentaram a consolidação da família nuclear burguesa.<sup>64</sup> (Tradução nossa)

---

<sup>63</sup> VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. **União poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida**. Revista Libertas – Ouro Preto. 2016, p. 21.

<sup>64</sup> Las biografías y trayectorias vitales de las personas ya no están predeterminadas por normas y modelos claramente preestablecidos, sino que, de algún modo, se trata de itinerarios abiertos a distintas posibilidades donde las elecciones personales juegan un importante papel. La gente tiende a establecer vínculos personales y afectivos distintos a los del pasado reciente porque quiere que en ellos estén presentes sus propias opciones vitales. En tercer lugar, la quiebra de las relaciones de dominación de género y generacionales que sustentaron la consolidación de la familia nuclear burguesa. PERRELÓ, Fátima Tomás. **El pluralismo de las formas familiares y la quiebra de las viejas adscripciones de género** – Revista Arxius. València. 2006. p. 19.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto pelo presente trabalho, podemos concluir a emergência a qual deve ser tratado o assunto da regularização das uniões estáveis poliafetivas no Brasil, vez que a falta de reconhecimento pelo Estado gera um déficit em termos de garantias no tangente ao direito familiar, sucessório e previdenciário, além de uma clara afronta aos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente precisamos considerar que os costumes religiosos não compõem fonte válida de direito, a laicidade da República assegura que não haverá interferências nas ações da administração pública, ou nos poderes componentes do Estado, dessa forma, a supressão de direitos de minorias com motivo religioso é muito mais grave que a indisposição do legislador, a pressão, principalmente cristã, para que não se aceitem estas uniões é um problema jurídico e social.

É preciso deixar claro também que este trabalho se propõe a defender a relação mútua entre todos os companheiros, não advogando a favor da bigamia ou do adultério, sendo veementemente contra qualquer tipo de quebra de lealdade dentro dos limites impostos pelos membros da relação.

Resta claro também, após todo o estudo desenvolvido, a preponderância do afeto na constituição de fato dos entes familiares brasileiros, a sociedade compreende cada dia mais que um pedaço de papel não faz ninguém mais ou menos família, apenas assegura direitos e garantias, mas que a convivência e o intuito de ser uma família, mesmo que sem o reconhecimento governamental, não desabona de qualquer maneira a validade fático-social daquele núcleo. O próprio Judiciário ao reconhecer a necessidade de chancela para as uniões estáveis, e posterior casamento, entre pessoas do mesmo sexo e a possibilidade jurídica do reconhecimento de múltiplas parentalidades para uma só pessoa, visando a dignidade da pessoa humana, abre um precedente gigantesco para que as famílias poliafetivas sejam reconhecidas.

Partindo também do pressuposto que as uniões estáveis possuem dinamismo muito maior que o casamento, num primeiro momento seria interessante a utilização desta para a confirmação jurídica dos núcleos poliamorosos, vez que esta é constitucionalmente protegida e não é hierarquicamente inferior ao casamento.

A facilidade para a consagração de uma união estável também beneficiaria estas famílias, vez que não existem tantos requisitos pré-definidos quanto para a celebração de um casamento, bem como seu desfazimento, a natureza de ato-fato jurídico é interessante para aqueles que desejam a regularização, mas não uma regulamentação, com contornos muito sólidos.

A flexibilidade das relações humanas é um fato, o desejo sexual e a capacidade afetiva são infinitos, deve-se então deixar que isso seja o norte do direito, que a autonomia de vontade para a concepção jurídica das famílias seja imperativa. Se todos são capazes e estão de acordo, não é papel do estado intervir na intimidade das pessoas.

É absurdo o limbo criado pela decisão do CNJ para com as famílias poliafetivas, as vindouras e principalmente aquelas que já estavam na constância de uma união estável, foi como de um dia para o outro o governo deixar de reconhecer a pessoa enquanto cidadão, a família é um ente jurídico despersonalizado, nestes casos foi negada a reconhecença enquanto ente, e o retrocesso de direitos é inadmissível num Estado Democrático de Direito, coisa que o Brasil ainda se esforça em ser.

A felicidade está inerente à dignidade da pessoa humana e é impossível falar em felicidade quando se impede que a pessoa exerça livremente, dentro dos limites do consentimento capaz e inequívoco, sua sexualidade e seu amor, tal vedação é uma afronta aos direitos da personalidade.

A sociedade brasileira tem se demonstrado extremamente atada a valores conservadores, um grande exemplo é o resultado das eleições de 2018, onde grande parte do Congresso Nacional e até mesmo o presidente da república defendem os ditos valores cristãos.

Por tal configuração social e parlamentar, a maior aposta para que haja o reconhecimento pleno dos núcleos familiares plurais é o ativismo judicial, o STF reconheceu nos últimos anos as uniões estáveis homoafetivas, a possibilidade de retificação de nome e gênero de pessoas transexuais e criminalizou a LGBTfobia, por isso a via que mais apresenta uma esperança de progresso neste assunto é a via judicial.

Se o Legislativo se recusa a olhar para estas famílias, que o faça a Justiça, a decisão do CNJ é meramente administrativa, não permitindo a formalização das escrituras públicas de união estável poliamorosa, mas vez que intervenha o STF dizendo que estas uniões não ferem o ordenamento e aplicando a correta interpretação aos dispositivos constitucionais, o Brasil

estará na vanguarda jurídica mundial, reconhecendo mais uma vez os direitos fundamentais de seu povo, não interessando com quantas pessoas se forme uma união estável, o afeto e a família devem ser unos frente ao Estado.

Por estas razões de fato e de direito, este trabalho vem para levantar a discussão e defender a união estável poliafetiva como superação do discurso de obrigatoriedade da monogamia para a concepção jurídica das famílias.



## 7. REFERENCIAL TEÓRICO

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.878694. Brasília/DF. 16/04/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CARTÓRIOS SÃO PROIBIDOS DE FAZER ESCRITURAS PÚBLICAS DE RELAÇÕES POLIAFETIVAS**. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>.

BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEDIUM CORPORATION. **Introdução histórica ao direito romano**. Disponível em: <<http://medium.com/anota%C3%A7%C3%B5es-de-direito/introdu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-ao-direito-romano-61f5f97a5d0c>>

ALVES, Felipe Delanogare. **Direito romano: principais institutos**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8504&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura#\\_ftn12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8504&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn12)>

BRASIL. **Código Civil – Lei nº 3.071 de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2 : parte especial, arts. 121 a 249** – 11. ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

G1 SP. **Cidade de São Paulo tem 12,2 milhões de habitantes e é a mais populosa do país**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/29/cidade-de-sao-paulo-tem-122-milhoes-de-habitantes-e-e-a-mais-populosa-do-pais.ghtml>>

PINTO, Tales dos Santos. "**A Igreja Católica no Brasil**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/igreja-catolica-no-brasil.htm>>

BÍBLIA SAGRADA. **O paraíso**. Tradução por Monges Maredsous. Revisada por Frei João José Pedreira de Castro. 60 ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005.

NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.

KÜMPEL, Vítor Frederico. **O concubinato sob uma perspectiva histórica (Roma)**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI45942,41046-O+Concubinato+sob+uma+perspectiva+historica+Roma>>

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5 : Direito de Família** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CHAGAS, Lucas Santos. **A invisibilidade jurídica das famílias paralelas**. 2018. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. **Traição**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/traicao>>

DIAS, Maria Berenice. **Os princípios da lealdade e da confiança na família**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_564\)18\\_\\_os\\_principios\\_da\\_lealdade\\_e\\_da\\_confianca\\_na\\_familia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_564)18__os_principios_da_lealdade_e_da_confianca_na_familia.pdf)>

COSTA, Débora Carolinna Pereira. **Homoafetividade**. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,homoafetividade,32172.html#\\_ftnref1](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,homoafetividade,32172.html#_ftnref1)>

CARVALHO, Paulo de. **Poligamia não deve constituir preocupação social em Angola**. Seminário Angolense. Disponível em: <<http://www.angonoticias.com/Artigos/item/17798/poligamia-nao-deve-constituir-preocupacao-social-em-angola-paulo-de-carvalho>>

G1. **Costume himalaio de uma noiva para vários irmãos está sumindo**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/costume-himalaio-de-uma-noiva-para-varios-irmaos-esta-sumindo.html>>

VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. **União poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida**. Revista Libertas – Ouro Preto. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – Vol. V / Atual**. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9 ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.

G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã - SP**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido de providências nº 0001459- 08.2016.2.00.0000 – Relatório.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=70df401956c31d05b7040da1ae767bb2c15d2621b673fd1f50d8ecdf994bda414aa0c96ed7bee941d2d9a249132d349e39b484d172d84d8e&idProcessoDoc=3095628>>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido de providências nº 0001459- 08.2016.2.00.0000 – Voto.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=70df401956c31d05b7040da1ae767bb2c15d2621b673fd1f50d8ecdf994bda414aa0c96ed7bee941d2d9a249132d349e39b484d172d84d8e&idProcessoDoc=3095628>>

BARIFOUSE, Rafael. Apud. FACHIN, Luiz Edson. **O STF já tem maioria para criminalizar a a homofobia; entenda o julgamento.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>>

GRANDE, Juan Ignacio Aranda; HERRERA, Miguel Ángel Molina. **La función del derecho y del estado sobre la familia: razón o ideología.** Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche Volumen I – Número 9 – Madrid, 2013.

OTTER. Ronald Den. **Three may not be a crowd: the case for a constitutional right to plural marriage.** 2015.

PERRELÓ. Fátima Tomás. **El pluralismo de las formas familiares y la quiebra de las viejas adscripciones de género** – Revista Arxius. València. 2006.