

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**ERYCK JOSÉ DOS SANTOS FARIAS**

**DIREITO E FAMÍLIA: POLIAMORISMO, CONCUBINATO E  
DIREITO DOS AMANTES**

**Parnaíba – PI  
2018**

ERYCK JOSÉ DOS SANTOS FARIAS

**DIREITO E FAMÍLIA: POLIAMORISMO, CONCUBINATO E  
DIREITO DOS AMANTES**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
apresentado à Universidade Estadual do Piauí –  
UESPI, como requisito parcial para a Obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> M.a Bruna Oliveira Fernandes

**Parnaíba – PI  
2018**

F224d Farias, Eryck José dos Santos  
Direito e família: poliamorismo, concubinato e direito  
dos amantes / Eryck José dos Santos Farias. – 2018.  
68 f .

Monografia (graduação) – Universidade Estadual do  
Piauí – UESPI, Bacharelado em Direito, 2018.  
“Orientadora Prof<sup>a</sup>. M.a Bruna Oliveira Fernandes.”

1. Afeto. 2. Família. 3. Concubinato. 4. Poliamorismo.  
5. Direito dos Amantes. I. Título.

CDD: 346.015

ERYCK JOSÉ DOS SANTOS FARIAS

**DIREITO E FAMÍLIA: POLIAMORISMO, CONCUBINATO E  
DIREITO DOS AMANTES**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
apresentado à Universidade Estadual do Piauí –  
UESPI, como requisito parcial para a Obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> M.a Bruna Oliveira Fernandes – Orientadora

---

Prof. M.e Erasmo Carlos Amorim Morais

---

Prof. Esp. Emmanuel Rocha Reis

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha saudosa mãezinha, que me fez o que sou hoje, que de onde quer que me olhe, espero que feliz esteja.

A minha tia e a meu pai que muito se sacrificaram para me garantir o melhor.

A Homero, Monteiro Lobato e J. K. Rowling por me despertarem para um mundo enorme de imaginação e esperança, semeando em mim o gozo pelo conhecimento.

A todos os meus professores de ontem, hoje e amanhã.

A D. Maria dos Prazeres por ter me acolhido de bom grado em sua casa.

A meus colegas de turma, causadores de irremediável perturbação em meus valores.

E por derradeiro, agradeço a todos aqueles que tão bem me fizeram, mas a quem minha memória está traindo.

*XLVIII*

*Dois amantes ditosos fazem um só pão,  
uma só gota de lua na erva,  
deixam andando duas sombras que se reúnem,  
deixam um só sol vazio numa cama.*

*De todas as verdades escolheram o dia:  
não se ataram com fios senão com um aroma,  
e não despedaçaram a paz nem as palavras.  
A ventura é uma torre transparente.*

*O ar, o vinho vão com os dois amantes,  
a noite lhes oferta suas ditosas pétalas,  
tem direito a todos os cravos.*

*Dois amantes felizes não têm fim nem morte,  
nascem e morrem muitas vezes enquanto vivem,  
tem da natureza a eternidade.*

**Pablo Neruda**

## RESUMO

O presente trabalho se trata de um estudo sobre o aparato jurídico-legal dispensado aos institutos do Poliamorismo e do Concubinato, constituindo-se no chamado direito dos amantes. Essa pesquisa tem como objetivo geral demonstrar de que forma o Judiciário aplica a legislação às relações simultâneas poliamoristas e concubinárias. Para isso, busca-se fazer uma abordagem histórica da transformação jurídico-social da família no Brasil, identificar na doutrina especializada, os conceitos de Família e União Estável, assim como, pesquisar na doutrina, na lei e na jurisprudência pertinentes, a posição do Judiciário face ao Poliamorismo e ao Concubinato. De acordo com o estudo bibliográfico realizado, é possível dizer que o Judiciário ainda aplica a legislação com viés estritamente positivista, negando na maior parte direitos familiaristas, sucessórios e previdenciários às uniões múltiplas e/ou paralelas com fulcro no postulado da monogamia e na ausência de lei específica. Utiliza-se pesquisa bibliográfica de métodos descritivo e explicativo, recorrendo-se a variados autores do Direito de Família e trabalhos acadêmicos relacionados que embasam o referencial teórico, tais como, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, dentre outros. Constata-se ao final que, a despeito de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, do pluralismo familiar, da igualdade familiar e da afetividade, as relações múltiplas e/ou simultâneas permanecem no limbo jurídico, sem proteção considerável ainda que estruturadas sob núcleo familiar.

Palavras-chave: Afeto. Família. Concubinato. Poliamorismo. Direito dos Amantes.

## **ABSTRACT**

The present work is about a study on the legal framework concerning the institutes of Polyamory and Concubinage, constituting the so-called right of lovers. This research has as general objective to demonstrate how the Judiciary applies the legislation to the simultaneous polyamorist and concubinarian relations. In order to do this, a historical research approach to the juridical-social transformation of the family in Brazil is done, to identify in the specialized doctrine the concepts of Family and Stable Union, as well as to investigate in doctrine, in the law and in pertinent jurisprudence the position of the Judiciary in relation to Polyamory and Concubinage. According to the bibliographical study carried out, it is possible to say that the Judiciary still applies legislation with strictly positivist bias, mostly denying family, succession and social security rights to multiple and/or parallel unions with a fulcrum in the postulate of monogamy and in the absence of law specific. A bibliographic search of descriptive and explanatory methods is used, appealing to a variety of authors of Family Law and related academic works that base the theoretical reference. Consisting in the end, despite constitutional principles such as the dignity of the human person, family pluralism, family equality and affectivity, multiple and/or simultaneous relationships remain in legal limbo without considerable protection, even if structured under the family nucleus.

**Keywords:** Affection. Family. Concubinage. Polyamory. Lovers' Right.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. HISTÓRIA DA FAMÍLIA NO BRASIL .....	12
1.1 Abordagem histórica .....	12
1.2 A família brasileira no período colonial .....	12
1.3 A família brasileira no período imperial .....	15
1.4 A família no código civil de 1916 .....	18
2. FAMÍLIA PÓS-MODERNA: CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL .....	23
2.1 SOCIEDADE E FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE .....	23
2.2 CASAMENTO. ....	25
2.2.1 Definição .....	25
2.2.2 Características e finalidades .....	29
2.2.2.1 Procriação .....	29
2.2.2.2 Patrimonialismo .....	30
2.2.2.3 O formalismo do casamento no Código Civil de 2002 .....	31
2.2.2.4 Igualdade .....	32
2.2.2.5 Caráter exemplificativo de entidade familiar .....	34
2.2.2.6 Dissolubilidade .....	34
2.3 UNIÃO ESTÁVEL .....	36
2.3.1 Definição .....	37
2.3.2 União estável na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002: uma nova entidade familiar .....	37
3. POLIAMORISMO, CONCUBINATO E DIREITO DOS AMANTES .....	42
3.1 DEFINIÇÕES E CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES AFETIVAS SIMULTÂNEAS .....	42
3.1.1 Poliamorismo .....	42
3.1.2 Concubinato .....	45
3.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS .....	46
3.2.1 Poliamorismo .....	46
3.2.2 Concubinato .....	49
3.3 DIREITO DOS AMANTES .....	55

3.3.1 O RE 397.762-8/BA de 2008 e a condenação ao invisível.....	58
3.3.1.1 Uma centelha de esperança: o voto vencido do Min. Carlos Aires Britto.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	62
REFERÊNCIAS .....	64

## INTRODUÇÃO

Durante os períodos colonial e imperial, a estrutura familiar do Brasil foi fortemente marcada pela influência da Igreja Católica que à época disciplinava inflexivelmente sobre comportamentos e costumes na sociedade. Sob forte repressão sexual e sacralização do casamento, construiu-se um padrão legítimo de família, relegando-se à marginalização moral e ao obscurantismo jurídico quaisquer arranjos familiares que não se enquadravam no modelo oficial. Além disso, o forte patriarcalismo na relação entre os gêneros e o moralismo religioso, pungentes nos períodos, também condenavam práticas sexuais e relações amorosas que se contrapunham às regras de conduta impostas, sobretudo face às mulheres cujo papel pré-determinado de honestidade e castidade quando rompido justificava a fulminação de sua dignidade por toda a sociedade.

A partir de meados do século XX um conjunto de transformações sócio-políticas a que se chamou de *pós-modernidade* deflagraram alterações profundas nos papéis e relações sociais. Fruto da desilusão com as estruturas sociais anteriores como a revolução industrial, o apego exacerbado ao racionalismo e a busca desenfreada pelo progresso, culminando nas duas Grandes Guerras, esse movimento propôs a defesa da liberdade e da satisfação do indivíduo com fulcro na conquista de sua felicidade e realização pessoal. Somando-se a isso, a partir da década de 1950 insurgiu nos Estados Unidos o chamado movimento da *contracultura* que se opunha ao *American Way of Life*<sup>1</sup> atacando o preconceito e as desigualdades e convidando à redescoberta da sexualidade.

Em 2016, o programa Bem-Estar da TV Globo veiculou em seu sítio eletrônico uma pesquisa realizada pela USP e conduzida pela psiquiatra Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da USP. A pesquisa entrevistou três mil brasileiros e investigou padrões sexuais, revelando que dentre os entrevistados homens, cerca de 50,5% deles confessaram já terem traído suas parceiras, contra o percentual de 30,2% no grupo das mulheres.

A escolha do tema se origina, portanto, da necessidade de se saber como a legislação e a jurisprudência brasileiras respondem à atual realidade social no que diz respeito às formas como se constituem as famílias e seus núcleos de afeto e aos conflitos decorrentes dos envolvimento forjados sob o incurso das novas maneiras de as pessoas se relacionarem. Dessa forma, perquire-se de que maneira ocorre o resguardo jurídico dos indivíduos quando no

---

<sup>1</sup> Modo de vida americano

enfrentamento entre as leis vigentes e o pensamento jurídico posto e os problemas concretos multifacetados decorrentes do incontável dinamismo social.

A importância do tema reside na necessidade de se demonstrar em que medida a defesa das pessoas, de seus afetos e de suas relações está sendo garantida. É de grande valia a percepção do grau de acompanhamento do Direito em relação às mudanças verificadas na sociedade, as teses que respaldam a inovação ou manutenção de preceitos tradicionais, uma vez que são essas observações que propiciam o avanço das Ciências Jurídicas em geral. Para tanto, será exposta de início breve remissão histórico-social e legal da transformação da família no Brasil ao longo da história a fim de que se conheçam as origens históricas das ideias que permeiam a seara do Direito de Família. Após, serão explorados conceitos fundamentais da matéria familiar, tais como casamento e união estável para que se discuta ao final a possibilidade de se conferir direitos a arranjos familiares que destoem dos formatos legais ou tradicionais – poliamor e concubinato.

O objetivo do presente estudo é analisar como o Judiciário posiciona-se face aos vínculos familiares paralelos no tocante às relações poliamoristas e concubinárias. Assim, procura-se descrever de que modo as famílias paralelas se encontram quanto à proteção jurídica e à concessão de direitos no âmbito legal e jurisprudencial.

Este trabalho se viabilizará por meio da pesquisa bibliográfica, ancorando-se, sobretudo, no pensamento da doutrina especializada, notadamente do Direito de Família. Serão usadas ainda a legislação e jurisprudências pertinentes e contribuições da produção científica acadêmica relacionáveis ao tema no sentido de se visualizar em que base se sustenta a visão atual sobre a problemática.

Trabalha-se com a hipótese de que ainda se nega sobremaneira direitos às relações familiares não previstas expressamente nas leis com fundamento na necessidade de formalidade das uniões e com fulcro no princípio da monogamia que ainda se sobrepõe ao afeto, além da carga depreciativa que historicamente acompanha uniões simultâneas e mesmo paralelas ao casamento. Assim, as decisões jurisprudenciais tornam o Judiciário anacrônico e desconectado ao tempo presente, bem como alheio aos princípios constitucionais aplicáveis às Famílias.

# CAPÍTULO I

## HISTÓRIA DA FAMÍLIA NO BRASIL

### 1.1 ABORDAGEM HISTÓRICA

Antes que se proceda à exposição dos conceitos próprios do atual Direito de Família, faz-se necessária uma breve digressão histórica a respeito da família no Brasil, suas antigas configurações e elementos caracterizadores ao longo do tempo sob o ponto de vista legal e social. Assim, buscar-se-á a melhor compreensão desse importante objeto de estudo das normas familiaristas, bem como compreender o processo de construção do pensamento jurídico sobre o tema.

A importância do estudo histórico a respeito da família vem asseverada pelo pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 34) que advertem:

É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversos matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo.

Contudo, tendo em vista a universalidade da família enquanto fundamento das sociedades em geral e a variação de suas estruturas e funcionamento no tempo e no espaço<sup>2</sup>, extrapolaria o propósito deste trabalho uma abordagem que contemplasse desde a origem da família, que se confunde com a própria origem da espécie humana<sup>3</sup>, até os dias atuais. Desse modo, opta-se como marco inicial de estudo o século XVI do Brasil colônia, cujo início, consoante Boris Fausto (1995, p. 41), inicia-se com a chegada de Cabral a estas terras.

### 1.2 A FAMÍLIA BRASILEIRA NO PERÍODO COLONIAL

Apesar da frota naval portuguesa ter chegado ao atual território brasileiro em 1500, apenas em 1532, com a fundação da vila de São Vicente, inicia-se efetivamente a colonização da assim chamada América portuguesa (PELLEGRINI, DIAS e GRINBERG, 2016, p. 100). Àquele tempo, já vigia no reino de Portugal a Ordenação Manuelina de 1521, fruto da reforma definitiva da Ordenação de 1514 ordenada pelo rei D. Manuel (POVEDA VELASCO, 1994, p. 21).

---

<sup>2</sup> LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia geral**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 169.

<sup>3</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p. 22.

Consoante Ignácio Maria Poveda Velasco (1994, p. 11): “ As Ordenações do Reino de Portugal compilaram o direito positivo lusitano e foram a legislação vigente naquele país e no Brasil por vários séculos”. Dessa forma, a Ordenação Manuelina também vigorava no Brasil com suas disposições legais reguladoras de hábitos e costumes da época, dentre as quais, exemplifica Flávia Lages de Castro particularmente a respeito do casamento (2008, p. 279):

Achando algum homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela, como aquele que se achar com ela em adultério, salvo se o marido fosse plebeu, e o adúltero fosse fidalgo de solar, ou Nosso Desembargador ou pessoa de maior qualidade. Porém quando algum matasse alguma das sobreditas pessoas achando-o com sua mulher em pecado de adultério, não morrerá por isso, mas será degredado [...] pelo tempo que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de três anos.

Logo, ao tempo da fase colonial no Brasil, o adultério, quando praticado pela mulher, era crime cujo homicídio da esposa adúltera praticado por seu marido não ensejava qualquer reprimenda pela Coroa Portuguesa, pelo contrário, a lei expressamente consentia em facultar ao marido traído o *direito* de assassinar a esposa. Nota-se no texto da lei, aliás, a leniência da Coroa com homens de elevada condição social contra os quais não incidia o direito de homicídio quando do adultério.

Eni de Mesquita Samara<sup>4</sup> (2002, p. 32) assim dispõe sobre a ambientação econômica e familiar no início dos séculos XVI e XVII no Brasil:

[...] a economia da Colônia esteve, basicamente, assentada nas plantações de cana localizadas no Nordeste. Nos engenhos do mundo rural, as famílias de elite viviam nas mansões assobradadas, cercadas de escravos e dependentes. Nas uniões legítimas, o papel dos sexos estava bem definido, por costumes e tradições apoiados nas leis. O poder de decisão formal pertencia ao marido, como protetor e provedor da mulher e dos filhos, cabendo à esposa o governo da casa e a assistência moral à família.

Depreende-se que nesse primeiro momento, não havia igualdade no seio da família colonial, haja vista a detenção do comando por parte do homem na relação familiar. Outrossim, transparece a valorização por um modelo de família baseado em um valor de legitimidade, além da submissão da mulher a afazeres domésticos, cabendo-lhe primar pela moral em prol de sua família. Sobre a condição *recatada* da mulher no período colonial assinala a historiadora Mary Del Priore (1994, p. 71):

A Igreja entendia que confinada à casa, delimitada pela privacidade doméstica, a mulher, e sobretudo a mãe, poderia fazer o trabalho de base para o estabelecimento do edifício familiar [...] “Ser mãe de família” passa a ser uma meta de contornos muito bem definidos. A família, ancilar unidade de produção e reprodução, deveria entreter-se em torno da mãe supostamente exemplar.

---

<sup>4</sup> Eni de Mesquita Samara é Professora Titular do Departamento de História na USP, na disciplina História do Brasil Colonial.

Consoante relata a historiadora, cabia à mulher do período um papel de guarda da moral e de direção do núcleo doméstico, função, inclusive, alvo de cobiça feminina da época. Tal delimitação da função social feminina, como se nota, provinha da imposição religiosa que ditava naquele momento as regras de trato social e de costumes.

Descreve Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 12): “O Código Civil de 1916 proclamava, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima”. Como se vê, a ideia jurídica de uma família legítima presente no Brasil desde o século XVI perduraria pelos próximos séculos, fazendo-se constar inclusive no Código Civil de 1916 – século XX.

O modelo de família legítima à época em muito derivava da pretensão da Igreja em difundir nas terras coloniais os ditames da fé católica europeia, que nesse sentido, usava as chamadas famílias institucionalmente constituídas como meio de implantação de tais ditames (DEL PRIORE, 1994). Entretanto, coexistiam paralelamente às famílias legítimas, relações de *mancebia* ou concubinato – a união entre um homem e uma mulher por um vínculo afetivo e sem casamento (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 466) – as quais, em certa medida, eram toleradas pela Igreja contanto que sobreviesse casamento; a verdade é que muitos casais passavam uma vida sem a consagração religiosa de seu relacionamento (PRIORE, 1994, p. 71).

A despeito da incansável vigília moral da Igreja, já durante o período colonial observava-se a proliferação de arranjos familiares não oficializados entre homens e mulheres. A explicação que o estudo histórico fornece para a existência numerosa de relações concubinárias nesse período é a de que a sobrevivência era difícil em grande parte das capitânias (PRIORE, 1994, p. 72). Nesse contexto, as mulheres pertencentes a camadas sociais menos abastadas apegavam-se à possibilidade de alento afetivo e material, ainda que se envolvendo com homens desposados.

O ambiente doméstico do período erigia-se sobre um conjunto de ideias e práticas que privilegiavam a figura masculina. Tal contexto de dominação do homem na vida familiar era um reflexo de um arranjo político-social mais abrangente, intimamente relacionado à necessidade de adaptação dos homens brancos europeus às terras coloniais com fulcro na obtenção de poder econômico, o que culminou na predominância de famílias extensas que se baseavam em relações de natureza patriarcal (SAMARA, 2002, p. 33).

A psicóloga Maria do Perpétuo Socorro Leite Barreto (2004, p. 64) define o patriarcalismo da seguinte forma:

PATRIARCALISMO pode ser definido como uma estrutura sobre as quais (*sic*) se assentam todas as sociedades contemporâneas. É caracterizado por uma autoridade imposta institucionalmente, do homem sobre mulheres e filhos no ambiente familiar, permeando toda a organização da sociedade, da produção e do consumo, da política à legislação e à cultura. Nesse sentido, o patriarcado funda a estrutura da sociedade e recebe reforço institucional, nesse contexto, relacionamentos interpessoais e personalidade, são marcados pela dominação e violência.

A psicóloga define o patriarcalismo atentando para a forma como ele se insere no âmbito familiar, ou seja, desse vício social resulta a desigualdade e subjugação das mulheres e dos filhos ao poderio masculino paterno, sugerindo um sistema que em maiores proporções apõe isoladamente o homem no centro de decisões, direções e melhora status social. Por isso, o sistema patriarcal representa fonte criadora da disparidade de direitos entre homem e mulher.

No século XVII, a partir de 1603 e sob o reinado de Felipe II passou a vigor, sem muitas inovações em face da ordenação anterior, a Ordenação Filipina. Esse documento jurídico é considerado aquele que mais perdurou não apenas na história de Portugal, mas também na história do Brasil (CASTRO, 2008, p. 282).

Em síntese, o período colonial é marcado por um processo de adaptação dos europeus às terras recém-conquistadas cujo instrumento para tanto consistiu no patriarcalismo. Nessa lógica de dominação masculina, as mulheres eram objetos de satisfação da lascívia dos homens, servindo a um só tempo como reprodutoras de herdeiros, de força de trabalho e de mais reprodutoras (SAFFIOTI, 2004, p. 105).

Como visto, contrastavam-se as famílias *legítimas* e *ilegítimas*. Estas, à margem da oficialidade, marcadas pelo envolvimento concubinário de mulheres empobrecidas com homens casados, intentando-se amparo material e afetivo. Aquelas, constituídas sob o vaticínio da Igreja e com oficialidade por meio do matrimônio. Ademais, sobrelevava a autoridade do marido e do pai em face da mulher e dos filhos. O papel social da mulher no seio familiar circunscrevia-se à guarda do lar, bem como, zelando pelos filhos e mantendo-se em integridade moral.

Observa-se que o germen das relações paralelas no tocante à História da Família no Brasil possui o período colonial como marco primeiro de registro histórico. Malgrado os vários séculos que seguiram à Colônia, as relações concubinárias bem como o preconceito social relacionado, que ainda serão objeto de discussão mais detalhada adiante, persistem até a contemporaneidade.

### 1.3 A FAMÍLIA BRASILEIRA NO PERÍODO IMPERIAL

Proclamada a independência em 7 de setembro de 1822, o Império recém-instalado em muito pouco se distinguia do sistema antecedente no que concerne às organizações familiares, bem como às estruturas políticas e sociais. Persistiam a sociedade escravocrata, a legislação da Coroa Portuguesa e a influência da religião católica sobre o Estado, considerada sua religião oficial (OLIVEIRA, 2004, p. 42).

A Constituição imperial de 1824 foi por D. Pedro I outorgada, ou seja, imposta de maneira unilateral (LENZA, 2014, p. 96). Embora o imperador tivesse convocado uma Assembleia Constituinte incumbida de confeccionar a Constituição, em virtude da colisão de pretensões entre os Constituintes, que ansiavam por reproduzir no regime imperial os ideais republicanos consolidados pelo povo francês, e o próprio imperador, que resistia a essas tendências liberais receoso de perda de autoridade monárquica, a Assembleia acabou por ser dissolvida por D. Pedro I (CURIONI-MERGULHÃO, COUTINHO JÚNIOR e MACHADO, 2011, p. 104).

Prevvia a Carta Constitucional de 1824 no seu art. 179, XVIII: “Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da justiça, e Equidade<sup>5</sup>”. Após a proclamação da independência, fazia-se necessário a edição de nova legislação que legitimasse o regime que estava surgindo.

Dispõe José Sebastião de Oliveira<sup>6</sup> (2004, p. 48-49) que:

Durante o período que compreendeu o primeiro e segundo Império no Brasil, em termos de legislação civil continuou a viger as vetustas Ordenações do Reino de Portugal, no entanto, teve-se a elaboração das Leis Civis, elaborado por Augusto Teixeira de Freitas a convite do Governo Imperial. Ela nada inovou em matéria de família, pois o seu trabalho se resumia em notas explicativas das ordenações Filipinas. Posteriormente, foi o referido jurista recontratado para elaborar o que seria o anteprojeto do futuro Código Civil Brasileiro, cujo trabalho ficou conhecido com a denominação de “Esboço”.

Num primeiro momento, como se depreende, remanesceram em conteúdo as disciplinas normativas da coroa portuguesa. Somente posteriormente aconteceria a criação de

---

<sup>5</sup> BRASIL. CARTA DE LEI DE 25 DE MARÇO DE 1824. **Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador**, BRASÍLIA, DF, abr. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> Acesso em: 15 abr. 2018

<sup>6</sup> José Sebastião de Oliveira é Professor Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da graduação do Curso de Direito e Coordenador do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá.

um diploma normativo de natureza autônoma ao direito português. O “Esboço” de Augusto Teixeira de Freitas viria se a primeira codificação privada do Brasil.

Dispunha o art. 95 da Consolidação das Leis Civis<sup>7</sup> de Augusto Teixeira de Freitas: “As disposições do Concílio Tridentino, e da Constituição do Arcebispado da Bahia, á respeito do matrimonio, ficão em effectiva observancia em todos os Bispados, e Freguezias do Imperio”. A opção de Teixeira de Freitas em prever a competência da Igreja sobre as questões matrimoniais revela o entrelaçamento político entre Estado e Igreja no período histórico.

O Concílio Tridentino ou Concílio de Trento foi um movimento de reforma interna da Igreja Católica operado no século XVI. Sua convocação se deu a mando do Papa Paulo III e realizou-se entre os anos de 1545 a 1563 com várias interrupções nesse período. Em linhas gerais, o Concílio reafirmou o poder do papa, assim como da doutrina católica com base na tradição e na Bíblia (SILVA, 2015).

Por outro lado, a Constituição do Arcebispado da Bahia correspondia a um conjunto de regras catequéticas inspiradas no Concílio de Trento. Essas regras destinavam-se a imprimir à sociedade brasileira, obediência à religião católica e viveu no Brasil a partir da primeira metade do século XVIII durando por quase dois séculos (CASIMIRO; ALMEIDA; SILVEIRA, 2017, p. 1037-1038).

Teixeira de Freitas, ao consolidar no texto da lei a direção religiosa sobre o matrimônio, fez valer a ingerência da Igreja sobre o Estado Imperial, vínculo que ficou conhecido como o Regime do Padroado. O Regime do Padroado extinguir-se-ia somente no ano de 1890, já o Brasil sob a República (LIMA OLIVEIRA, 2017, p. 92).

Na mesma Consolidação, no art. 117, atrelava-se à primeira prática sexual dos cônjuges a efetiva consolidação do matrimônio: “ Para dar-se a comunhão legal é necessário, que haja entre os cônjuges copula carnal depois da celebração solemne do matrimonio”. Enquanto que o art. 118 do mesmo diploma legal dizia sobre presunção matrimonial: “ Resulta a comunhão, ainda que se não prove a celebração do matrimonio, se os conjuges vivêrão ambos na mesma casa, em publica vóz e fama de casados, por tempo suficiente para presunção do matrimonio”.

Verifica-se que na legislação de Teixeira o casamento consubstanciava-se formalmente com o evento cópula, nesse sentido, a união matrimonial do período tinha uma finalidade sexual bem definida. A menção a um casamento presumido dizia respeito a um

---

<sup>7</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, 2003. vol. 1, p. 103. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/colecao/dc/article/view/85/63>> Acesso em 25 abr. 2018

instituto possivelmente embrionário do que atualmente se conhece como união estável na atual Constituição Federal de 1988 e no vigente Código Civil de 2002.

O art. 158 da Consolidação disciplinava sobre divórcio e nulidade do matrimônio atribuindo à Igreja Católica a competência sobre o assunto, cujas decisões deveriam se sobrepor ao Judiciário: “ As questões de divorcio, ou sobre nullidade do matrimonio, ou sobre separação temporaria ou perpetua dos conjuges, pertencem ao Juízo Eclesiastico. A respeito dellas nenhuma ingerência póde t er a jurisdição secular”. Desse modo, como conclui Jos e Sebastião de Oliveira (2004, p. 51):

Tem-se que durante o Período Colonial e o Período Imperial, a constitui o das famílias, sob o aspecto legal, somente ocorria, através do casamento católico e a desconstitu o dessas uniões, somente ocorria por intermédio do divórcio a não vínculo, que na verdade, correspondia a uma separa o de corpos e a divisão do patrimônio, porém, nesses dois períodos, não se permitia o rompimento do vínculo matrimonial. Assim, a legisla o religiosa e também a legisla o que se tentou editar em tal período, sempre eram voltadas para a impossibilidade da não dissolu o do vínculo matrimonial.

Como esclarece o autor, as rela es familiares na Colônia e no Império eram estabelecidas sob o rígido crivo da Igreja. O casamento era indissolúvel, a despeito de haver o divórcio, o vínculo era juridicamente inquebrantável, e consistia no único modelo oficial e aceitável de constru o de uma entidade familiar.

#### 1.4 A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O estabelecimento do regime republicano no final do século XIX se deu em um cenário político tumultuado. Quando proclamada a República no Brasil, muitos foram surpreendidos pelo evento e muitos outros se viram na contingência de apoiar o ato de última hora, na esperança de que uma rebelião popular contra o Império não se consumasse (CASTRO, 2008, p. 407-408).

Após proclamada a República em 1889, houve a separa o entre Igreja e Estado o que impendia ao Estado republicano, a partir de então, a edi o de nova regulamenta o sobre o instituto do casamento cuja via legal se deu pelo Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890. Esse decreto previa que o casamento realizado no Brasil só seria válido caso respeitasse as normas brasileiras, além disso, também permitia aos nubentes antes ou depois do casamento civil a consagra o do matrimônio conforme suas crenças religiosas. Todavia, posteriormente tornou-se obrigatória a realiza o do casamento civil antes de qualquer casamento religioso. A Constitui o Republicana de 1891 não se aprofundou em matéria de família, limitando-se em

dizer que apenas o casamento civil seria reconhecido pelo Estado, sendo a sua realização gratuita (COSTA, 2006, p. 69-70).

Fazia-se necessário no novo Estado republicano que emergia, uma nova Codificação Civil para o Brasil. Isso se explicava por ser a antiga Ordenação Filipina, vigente à época do Império, uma representação, sobretudo, do direito da Metrópole portuguesa, assim como a Consolidação das Leis Civis (1858) de Augusto Teixeira de Freitas que em grande medida reproduzia a tradição jurídica de Portugal (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p. 87).

Coube ao jurista Clóvis Beviláqua a tarefa de elaborar o novo Código Civil do Brasil recém-republicano, o qual, foi sancionado no dia 1º de janeiro de 1916 para entrar em vigor um ano depois (CASTRO, 2008, p. 436-437). O Código Civil Brasileiro de 1916 era dividido em duas partes: uma Parte Geral e uma Parte Especial.

A Parte Geral compreendia os artigos 1º a 179. A Parte Especial, por sua vez, era dividida em quatro livros: Direito de Família (artigos 180 a 484); Direito das Coisas (artigos 485 a 862); Direito das Obrigações (artigos 863 a 1571) e Direito das Sucessões (artigos 1572 a 1805). De modo geral, as normas concernentes ao Direito de Família no Código Civil de 1916 eram conservadoras e retratavam as ideias moralistas do século XIX (MARQUES, 1997, p 93).

Sobre a precedência do Direito de Família na Parte Especial e em face dos demais livros no Código de Beviláqua, ensina Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 33):

Essa orientação refletia a situação do país à época de sua elaboração, caracterizada por uma sociedade agrária e conservadora, que conferia importância primordial ao “pai de família” e ao “proprietário”, bem como o apego ao individualismo econômico e jurídico.

Consoante o eminente autor, o fato de o livro referente ao Direito de Família vir antes dos demais na parte especializada foi uma escolha simbólica da forma como a sociedade estava estruturada no período histórico. Não era simplesmente o Direito de Família que vinha à frente: era o “pai de família”, ou seja, a rotunda afirmação da lógica patriarcal conservadora ainda presente de forma expressa na legislação civil.

O mesmo autor menciona que no Código Civil de 1916, previa o art. 233 que o marido era considerado o chefe da sociedade conjugal, cabendo-lhe a administração tanto dos bens comuns quanto dos bens particulares da mulher, a fixação do domicílio conjugal, como também o provimento da manutenção da família. Pelo art. 358 era proibido o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, os quais eram denominados filhos adulterinos (GONÇALVES, 2009, p. 13). Tamanha era a disparidade de direitos entre homem e mulher na relação familiar que com o advento da Constituição Federal de 1988, consagrando no seu art. 5º, I, e art. 226, §

5º a igualdade entre homens e mulheres, a um só tempo foram revogados mais de uma “centena” de artigos do Código de 1916 em comento (PEREIRA e DIAS apud GONÇALVES, 2009, p.17).

Conforme redação do art. 6º, II do CCB<sup>8</sup> de 1916: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”.<sup>9</sup> A família no Código Civil de 1916 referia-se exclusivamente àquela decorrente do casamento, baseada no patriarcalismo e na hierarquização (GONÇALVES, 2009, p. 16).

A estrutura familiar no Código Beviláqua existia em prol da manutenção do vínculo matrimonial, ainda que a felicidade de seus membros fosse sacrificada para consecução desse propósito. A família era considerada uma unidade que se destinava à produção e formação patrimonial o que, em certa medida, afastava a importância dos laços de afetividade entre seus membros (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 35). Segundo o art. 240 do mesmo Código: “A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe zelar pela direção material e moral desta”. Essa foi a redação dada pela Lei Nº 4.121 de 1962 que impôs um dever de zelo moral da mulher para com sua família como consequência de sua união matrimonial.

Igualmente oportuna é a transcrição do 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”.

Decorrente do desequilíbrio nos papéis no ambiente doméstico, o homem também detinha primazia na autoridade sobre os filhos. A decisão da mulher sobre os seus filhos, como se percebe era residual e, portanto, não prevalecia sobre a vontade do pai diante de divergências que se apresentassem.

O Código Civil de 2002 não reproduziu o termo *pátrio poder*, em substituição, em seu Capítulo V, do Subtítulo II – Das Relações de Parentesco – no Título I – Do Direito Pessoal – dentro do Livro de Direito de Família, o Código tratou de chamar o instituto de *poder familiar*.<sup>10</sup> Acerca do conceito de poder familiar, aduz Maria Helena Diniz (2010, p. 564):

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições,

<sup>8</sup> Código Civil Brasileiro.

<sup>9</sup> BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF, abr. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)> Acesso em: 28 abr. 2018.

<sup>10</sup> BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, abr. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 28 abr. 2018.

por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Segundo se infere do conceito da autora, o poder familiar se difere do pátrio poder quanto à igualdade na sua gestão. Enquanto que no pátrio poder, como o próprio nome indica, cabia ao marido decidir sobre os interesses dos filhos, no poder familiar tal decisão se processa em parceria, tendo ambos os pais a mesma carga de influência sobre aquilo que melhor poderá operar o bem-estar dos filhos.

A respeito do antigo termo pátrio poder, leciona Rolf Madaleno (2013, p. 677):

A expressão *pátrio poder* induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina de proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí evoluindo para a denominação do *poder familiar*, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos.

Madaleno corrobora o pensamento anterior, na medida em que enfaticamente aduz à impropriedade no modo como acontecia a criação dos filhos em uma família, quase que por completo em função da perspectiva masculina. O advento do poder familiar foi mais uma peça no quebra-cabeça da equiparação de direitos e deveres entre homem e mulher no casamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a vigência do Código Civil de 2002, bem como o avanço social decorrente da construção de novos valores e do progresso científico (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 35-36), a lógica que predominou no Código Civil de 1916 ruiu de maneira. Nessa percepção, assim ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 35):

A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

A lição dos doutos juristas menciona a nova circunstância jurídico-social que irrompeu principalmente com a *pós-modernidade*, com o advento de nossa Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002. Os modelos do século XX fortemente centrados em valores de desigualdade entre os gêneros e com foco no patrimônio restariam em grande medida superados e no lugar o soerguimento do ideário de igualdade e de afetividade entre as pessoas, mormente no cenário familiar.

Apresentou-se uma breve remissão histórica a respeito da família no contexto legal e social, expondo algumas ideias e valores que predominaram em cada período da história brasileira. Pretende-se no segundo capítulo a feitura de uma análise mais minuciosa sobre as transformações operadas no Direito de Família em razão da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da vigência do Código Civil de 2002, especialmente sobre o casamento

confrontando-o com relevante instituto do Direito Civil atual, qual seja, a União Estável, a fim de se estruturar uma base teórica a partir da qual se analisará no terceiro capítulo o tratamento jurídico-legal que constitui os *Direitos dos Amantes*<sup>11</sup>, isto é, o modo como a lei e a jurisprudência lidam com as reivindicações das uniões concubinárias e dos indivíduos sob o vínculo do Poliamor.

---

<sup>11</sup> GAGLIANO, P. S. Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos tribunais). **Jusbrasil**, 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em 10 fev. 2018

## CAPÍTULO II

### FAMÍLIA PÓS-MODERNA: CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

#### 2.1 SOCIEDADE E FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE<sup>12</sup>

No capítulo anterior, em sucinta remissão histórica, expôs-se o modelo social e jurídico da família brasileira do século XVI ao XX. De igual modo, apresentaram-se as bases ideológicas e culturais sobre as quais se assentava a estrutura familiar do período, quais sejam, o patrimonialismo, o matrimonialismo, a moral cristã católica, o patriarcalismo e a hierarquização entre os membros familiares.

Embora por muito tempo predominantes nas famílias do período acima mencionado, tais caracteres não resistiriam à constante variação de modelos e valores sociais, próprio das transformações pelas quais atravessa a sociedade humana no decorrer do tempo. Como certamente constata Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka<sup>13</sup>:

Mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis. (HIRONAKA, 2006, p. 156)

Nesse sentido, em uma situação social atual identificada como a *pós-modernidade*, a referida autora destaca a eleição de novos comportamentos e contextos valorativos que rompem em grande medida com a tradição familiar anterior. Estão dentre as mudanças destacáveis do período: a ênfase em uma busca do prazer em detrimento da noção de dever que resulta na fragilização do moralismo dos séculos XIX e XX; a perda gradual da noção de pecado e

---

<sup>12</sup> Tarefa tormentosa é a de conceituar o que vem a ser a *pós-modernidade*, e mais ainda trabalhosa é a tentativa de lhe apor delimitações cronológicas, não havendo opiniões uníssonas sobre o assunto. A esse respeito, Hironaka faz menção às contribuições do filósofo e antropólogo francês Ernest Gellner para quem, no que tange à *pós-modernidade* enquanto movimento contemporâneo, “não é completamente claro o que diabo ele é” (apud HIRONAKA, 2006, p. 157). Por outro lado, para o filósofo francês Jean-Françoise Lyotard, a *pós-modernidade* representa um rompimento com as verdades absolutas propaladas pelas tradições marxistas e liberais vinculadas à era anterior chamada de *modernidade* (apud HIRONAKA, 2006, p. 157). Ante o antagonismo das ideias sobre a questão, a autora entende que a confrontação entre *modernidade* e *pós-modernidade* revela, sobretudo, a ambiguidade ou simplesmente a conflitualidade dos paradigmas de um período em face dos do outro. Por fim Hironaka acaba por acolher a percepção de uma *pós-modernidade* associando-a a uma ideia de justiça, onde, a despeito das incertezas sobre seu marco inicial e sobre seu significado, ou não, de progresso ou avanço, coisa que somente o tempo poderá dizer, bem como as dúvidas relacionadas às suas conformações, tal visão carregaria consigo, ainda sim, uma perspectiva de *oxigenação de ranços ancestrais*, um convite para descobrir novas visões sobre o mundo, assim como, um salto qualitativo sobre a ciência do Direito com vistas, por exemplo, ao resgate ou reavaliação dos princípios constitucionais, notadamente no âmbito do Direito Civil, reaproximando o Direito e a Ética (HIRONAKA, 2006, p. 158-159).

<sup>13</sup> Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro Fundador e Diretora Nacional para a região sudeste do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

imoralidade sobre condutas outrora ditas *ilegítimas* pelo tradicional e repressor moralismo sexual, a exemplo do excesso de relações, da prática de relações sexuais após os 50 anos, do direito ao amor livre e ao orgasmo e das relações homoafetivas; a liberdade de expressão; a revalorização do sentimento e a busca pela própria felicidade e bem-estar (HIRONAKA, 2006, p. 160-161).

A pós-modernidade pode ser entendida como uma resposta social crítica às crenças e valores modernos calcados na busca desenfreada do progresso e na confiança absoluta na razão, que em meados do século XX, entraram em colapso face às atrocidades da segunda Grande Guerra, do totalitarismo e do Holocausto (OLIVEIRA e SANCHO, 2015, p. 5-11). Entende-se que tais transformações foram importantes bases históricas para que se consolidasse na contemporaneidade os valores humanistas de respeito à diversidade social e de combate ao preconceito.

Desse modo, a lógica vigente no período anterior arruinou-se, fazendo despontar uma nova visão do ser humano enquanto indivíduo no mundo e uma ascendente reavaliação dos costumes e ideias no ambiente social. Dito de outro modo:

Assim, na pós-modernidade, valoriza-se acima de tudo a individualidade da pessoa humana. E desta forma, adotaram-se instituições mais flexíveis e abertas, que recusando as estruturas rígidas e uniformes, hierarquizadas do passado, fazem vigorar o ecletismo cultural, a informação, o estímulo das necessidades. Liberam-se assim os costumes valorizando a inclusão sobre a exclusão, tendo em vista a realização pessoal do indivíduo. (MALUF e MALUF, 2013, p. 222)

Logo, depreende-se que a sociedade reformulou a base de princípios e interesses sobre a qual estava assentada. Além disso, vê-se um rearranjo das antigas construções morais e políticas, orientadoras das relações entre os indivíduos, onde se poderia destacar, dentre outros círculos sociais de relacionamento aos quais a pessoa se integra, a família.

Na lição de Maria Berenice Dias (2010, p. 44): “As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem pressionadas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras”. Na senda do pensamento da autora, pode-se dizer que foi dado às pessoas, a partir de então, a autonomia para que querendo, pudessem experimentar efetivamente sua individualidade. A “mulher honesta” ou o “pai de família” desceram do alto do pedestal como únicos tipos sociais ideais, passando a ser apenas mais umas das formas de vivência ao lado daquelas em que as pessoas se percebiam melhor realizadas.

Conforme exposto, na vigência da pós-modernidade, perde sentido a categorização da família conforme modelos morais pré-formulados. Portanto, a pretensa ilegitimidade de um arranjo familiar é elidida pela substituição da noção do casamento enquanto fim em si mesmo,

pela noção de casamento enquanto meio de que pode se valer o indivíduo na busca de sua felicidade e realização pessoal, em comunhão de vida com o(a) parceiro(a) que escolher (FARIAS e ROSENVALD, 2016).

O principal eixo da família tradicional, o patrimonialismo, tem sua importância enfraquecida ao passo em que se valoriza princípios mútuos tais como solidariedade, cooperação e dignidade. Somente se compreende a família atual, caso seja ela percebida como um cenário que promova a realização afetiva da pessoa e fundamentalmente a igualdade dos cônjuges (LÔBO, 2010, p. 29).

Ademais, o estabelecimento de uma hierarquia no âmbito familiar, a fixação de um modelo único de união de vida, bem como a ingerência incontestável de tradições religiosas não mais se coadunam, como se verá adiante, com o entendimento contemporâneo das Ciências Jurídicas. Assim, é outra a acepção de família a que se busca defender tanto na Codificação Privada atual – Código Civil de 2002 – quanto na vigente Constituição Federal de 1988.

## 2.2 CASAMENTO

### 2.2.1 Definição

Tradicionalmente, o casamento corresponde à união formal entre um homem e uma mulher, contudo, contemporaneamente essa definição tem sido ampliada a fim de se ajustar às novas relações sociais que se apresentam. Apesar de no passado a exigência de diferença de sexos ter sido elemento para caracterização do casamento, no Direito atual uma perspectiva de se entender benquisto o casamento homoafetivo tem se mostrado como uma relevante tendência (TARTUCE, 2012, p. 1043). Logo, o casamento enquanto instituto do Direito de Família não se exime das readequações imprimidas pelas mudanças sociais.

Maria Helena Diniz (2010, p. 37) assim define o casamento: “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”. Conforme se percebe, a autora ainda se apegava à tradição de conceber o casamento no viés estritamente heterossexual. Malgrado a posição da ilustre jurista, tal visão hoje não se sustenta em razão de dois principais aspectos: a principiologia garantista da Constituição Federal de 1988 e a posição já consolidada dos Tribunais Superiores quanto à questão.

Desde a Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro elegeu como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e, como um de seus objetivos, o de se promover o bem geral de todos com a eliminação de preconceitos e discriminações de qualquer ordem (BRASIL, 2017). Por isso, em não havendo sequer proibição expressa sobre a igualdade de sexos na lei e na Constituição Federal para poder se casar (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 228-229) pode-se dizer que a negação ao casamento a casais homoafetivos não se funda em argumento jurídico sustentável senão no conservadorismo perseguidor e discriminatório, ensejando o seu afastamento e o conseqüente reconhecimento do casamento entre homossexuais.

Em 2011 o Supremo Tribunal Federal sepultou a celeuma jurídica sobre a possibilidade ou não de reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo, outorgando por fim tal direito às pessoas homossexuais. O julgado a seguir esclarece a questão:

**Ementa:** 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.

[...]

**3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.**

[...]

**6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

(STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341) **(grifo nosso)**

A Corte decidiu conceder aos casais homoafetivos o direito de formarem uma união estável, ou seja, uma relação de convivência entre duas pessoas – até então entre homem e mulher – que se comportam como se casadas estivessem (LÔBO, 2010, p. 169). Assim, o STF, pelo que se depreende, considerou que a família expressa no texto constitucional não

denota um sentido fechado ou restrito às pessoas heterossexuais, por isso não se deve interpretar proibições àqueles que desejarem constituir suas famílias, assistindo-lhes, nesse sentir, o direito subjetivo de constituí-las.

No mesmo ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, seguindo orientação firmada no julgamento da referida ADI<sup>14</sup> Nº 4.277 do Distrito Federal no STF, pela possibilidade do casamento homoafetivo via conversão, pelo que se nota na seguinte ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

**3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.**

[...]

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

[...]

**6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.**

[...]

11. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012) (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, dessa maneira, aquiesceu pela conversão da união estável homoafetiva em casamento, cristalizando o entendimento de que pessoas homossexuais, a partir de então, efetivamente poderiam se casar. A Corte Superior invocou

---

<sup>14</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade

como argumento, pelo que se expôs acima, o fato da vigente Constituição Federal ter inaugurado uma percepção pluralizada de família indo de encontro com a tradição anterior que colocava o casamento como meio único de se construir arranjos familiares.

No ano de 2013 o CNJ editou a Resolução N° 175 que dispunha sobre habilitação e celebração de casamentos entre pessoas homoafetivas, assim como, sobre conversão de uniões estáveis homossexuais em casamento civil. Consoante o art. 1° da referida resolução: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”.<sup>15</sup> Consequentemente, reputou-se administrativa e judicialmente sedimentado o direito das pessoas homossexuais de se casarem.

Diz Rodrigo da Cunha Pereira sobre a família na Constituição de 1988 (2015, p. 287): “Com a carta Magna, ela deixou sua forma singular e passou a ser plural, estabelecendo-se aí um rol exemplificativo de constituições de família, tais como casamento, união estável e qualquer dos pais que vivam com seus descendentes (famílias monoparentais)”. O autor refere-se à falta de vedação da Constituição quanto ao reconhecimento dos modelos de família não enquadráveis nos tipos expressamente elencados, sendo estes, portanto, exemplificativos.

Tanto o casamento quanto a união estável estão ao alcance jurídico dos homoafetivos e dos heteroafetivos, gozando todos do mesmo tratamento legal decorrente de tais relações jurídicas (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 81). Conclui-se que as jurisprudências das Cortes Superiores pacificaram o entendimento segundo o qual a união civil se prestará à satisfação dos afetos entre as pessoas que se desejam unir nos termos da lei, independentemente da orientação sexual que possuam.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2016, p. 176, *grifo do autor*) perfilhando-se à moderna e melhor doutrina sobre o tema definem o casamento do seguinte modo: “[...] é uma *entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial*”. Por conseguinte, entende-se que o casamento contemporaneamente não se presta ao exclusivismo heterossexual tradicional, uma vez que a Constituição trouxe uma visão multifacetada dos arranjos familiares admitindo-se, pela interpretação dos Tribunais

---

<sup>15</sup> BRASIL. RESOLUÇÃO N° 175, DE 14 DE MAIO DE 2013. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.** BRASÍLIA, DF, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 1 jun. 2018.

Superiores, bem como pelo entendimento da moderna doutrina, uma união entre duas pessoas lastreada, sobretudo, no afeto e no desejo de compartilhamento de vida do que propriamente na argumentação estritamente biológica ou em valores conservadores arraigados às estruturas sociais do passado.

## 2.2.2 Características e finalidades

No tópico anterior demonstrou-se atualmente que o conceito de casamento se alargou para atingir relacionamentos não heterossexuais, porquanto na visão dos Tribunais Superiores, segundo o que se mostrou, a Constituição de 1988 não apôs um sentido excludente na noção de família. Destarte, cabe uma análise a respeito das características e finalidades do casamento de hoje em face desse novo entendimento.

### 2.2.2.1 Procriação

Na lógica antecedente, onde havia o predomínio segregador do casamento unicamente heterossexual, uma das finalidades dessa união era a concepção de filhos. Leciona Maria Berenice Dias (2010, p. 255, **grifo do autor**): “ O casamento, historicamente, sempre teve por finalidade a **procriação**. Os filhos necessitavam ser filhos do patriarca, pois destinados a se tornarem os herdeiros de sua fortuna”. A autora critica a formação da prole como uma das tradicionais finalidades do casamento, assim como a natureza patrimonialista da relação matrimonial.

Ocorre que, alterada a percepção do casamento para uma união passível de ser formada também por pessoas de mesmo sexo, não parece coerente a sobrevivência jurídica desse fim como inerência matrimonial. Primeiro, ante a existência de casais homoafetivos. Segundo, em razão da própria Constituição Federal vigente que apregoa o livre planejamento familiar a ser feito pelo casal em seu art. 226, § 7º (BRASIL, 2017, p. 49).

Nesse sentido e com amparo no referido dispositivo constitucional, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 174) não enxergam razão em se colocar a concepção de uma prole como consectário do casamento, haja vista a decisão de ter filhos hoje em dia estar à disposição mesmo das pessoas que não estão sob vínculo matrimonial. Além disso, em razão da citada liberdade no planejamento familiar, por óbvio, há de se convir que o casal poderá optar em não ter descendência.

Para Paulo Lôbo (2010, p. 19), a respeito da tarefa de procriação atribuída à família: “ A função procracional, fortemente influenciada pela tradição religiosa, também foi desmentida pelo grande número de casais sem filhos [...] O favorecimento constitucional da adoção fortalece a natureza socioafetiva da família, para a qual a procriação não é imprescindível”. Na opinião do ilustre jurista, o intento de ter filhos não está mais como atributo funcional da família de hoje devido ao exercício pelos casais do direito de não ter filhos, bem como, em decorrência do ideal da socioafetividade que impregna a família atual.

Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 651) explica que a socioafetividade se baseia sobretudo em fortes relações de afeto entre as pessoas de uma família podendo resultar na chamada parentalidade socioafetiva, ou seja, os vínculos entre familiares outrora decorrentes somente de fatores biológicos passam a decorrer também das relações de afeto entre os indivíduos. Pode-se dizer então que, a procriação enquanto finalidade do casamento se desnatura face aos rearranjos jurídicos descritos sobre os quais a família está hodiernamente construída: a socioafetividade, a liberdade no planejamento familiar e a homoafetividade,

#### 2.2.2.2 Patrimonialismo

No passado, o casamento também possuía intensa feição patrimonialista onde as relações familiares se orientavam em torno de questões econômicas e os afetos eram secundarizados. Segundo Rolf Madaleno (2013, p. 24):

A família do passado não tinha preocupação alguma com o afeto e sua felicidade restava embotada pelos seus interesses econômicos construídos em um modelo familiar de um pai e uma mãe e seus filhos, todos financeiramente dependentes.

Pode-se inferir que o autor interpreta o patrimonialismo como base lógica da concepção de família no passado, já que se suplantava a própria noção de felicidade em prol das pretensões patrimoniais na estruturação familiar de antes. A visão da família era, portanto, pragmática pois orbitava em torno do patrimônio.

Sem embargo dessa mentalidade patrimonializante, direcionando-se sobremaneira ao indivíduo, ao seu engrandecimento pessoal e com apoio na sua dignidade enquanto ser humano, a Constituição Federal de 1988 inaugurou, juridicamente, um novo valor na essência das entidades familiares, qual seja, o afeto, sobrepondo-o aos interesses patrimonializantes (LÔBO, 2010, p. 18-23). O ideal familiar, por isso, transforma-se em um espaço de busca do aprofundamento das relações entre os indivíduos, distanciando-se da superficialidade dos fatores econômicos.

No raciocínio preciso de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 37):

Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreaajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

Os juristas aduzem a transição do núcleo familiar de uma importância eminentemente materialista, posto que ordenado por patrimônio e procriação, para um núcleo familiar cuja importância se funda especialmente na realização espiritual, na construção de laços afetivos profundos e na construção de um espaço destinado ao fomento da personalidade dos sujeitos. À medida que se descortinam novas bases para a edificação da família, agora ligados à necessidade da realização pessoal do indivíduo, é forçoso convir que, mediante o que se apresentou, está-se diante de uma perspectiva que justifica e acolhe a variedade dos arranjos familiares cujas existências melhor se explicam pelo conteúdo afetivo umbilicalmente a elas relacionável.

#### 2.2.2.3 O formalismo do casamento no Código Civil de 2002

O casamento é uma das formas mais antigas de que se tem história como meio formal para constituição de uma família, de maneira que se verifica farta regulamentação para a sua apropriada observância até hoje. Para Venosa (2010), o casamento é de fato o mais solene dos atos no direito pátrio sendo que o conhecimento acerca de sua natureza formal se noticia desde a Antiguidade, onde em Roma esta união já era cercada de solenidades várias, que em conjunto, tratavam de conferir publicidade e seriedade ao ato. Em vista disso, reconhece-se no casamento a via mais burocrática a fim de que as pessoas se unam nos termos da lei para criarem suas famílias.

Maria Helena Diniz (2010, p. 44) explica que o feitiço formal do casamento se presta às exigibilidades de publicidade, validade e garantia da livre manifestação do consentimento para o ato legal. De fato, como consequência esperada de seu rigor procedimental está a determinação de atendimento a certos critérios que lhe atribuam a validade constante da norma legal. Nesse diapasão, a legislação civil – Código Civil de 2002 – estabelece normas diversas concernentes aos requisitos e formalidades do casamento que devem ser observados para que a união seja considerada válida.

Como se pode inferir da leitura do art. 1.511 e seguintes do Código Civil, o formalismo representa atributo indubitavelmente definidor do instituto do casamento, de sorte que a expressiva regulamentação legal de sua realização ainda o coloca como a modalidade de constituição familiar mais debatida e solidificada quer seja na lei, quer seja no âmbito científico-doutrinário alusivo à especialidade do Direito de Família. Todavia, ante o exposto até aqui, pode-se dizer que a densa normatividade do casamento decorre mais de seu longo formalismo histórico e jurídico, o que lhe rendeu inequívoca solidez no Direito, do que propriamente uma importância que o sobreponha aos demais tipos familiares hoje reconhecidos cuja discussão é relativamente recente quando se refere à referida união matrimonial.

#### 2.2.2.4 Igualdade

No ambiente familiar tradicional era clara a divisão hierarquizante dos papéis, da qual resultava em maior escala o subjugo feminino concebido na lógica patriarcal que retirava, por sua vez, da cultura predominante e da lei, inclusive, o seu fundamento de legitimidade. Nessa perspectiva, era desigual a relação entre homem, mulher e filhos, visto como decorrente da sobrevalorização da figura masculina.

Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma.

[...]

Na perspectiva tradicional, a família era concebida como totalidade na qual se dissolviam as pessoas que a integravam, especialmente os desiguais, como a mulher e os filhos. Desde a colonização portuguesa, a família brasileira, estruturada sob o modelo de submissão ao poder marital e ao poder paterno de seu chefe, não era o âmbito adequado de concretização da dignidade das pessoas. (LÔBO, 2010, p. 54)

Demonstra o autor o premente desequilíbrio observável desde os núcleos familiares do passado colonial, circunstância discutida no capítulo anterior onde se mostrou a superioridade dos homens radicada nas determinações patriarcais peculiares do período. Havendo o solapamento das liberdades no convívio familiar, pode-se afirmar que inexistia um espaço no qual se estabeleça o adequado respeito à dignidade da pessoa, uma vez que, tolhido de sua expressão, ao indivíduo é negado o desenvolvimento de sua própria personalidade.

Face às mudanças pelas quais a sociedade atravessou nos últimos tempos, ruiu a proeminência da estrutura familiar conduzida ao bel-prazer da ingerência masculina, de maneira que hoje anui-se pela garantia da liberdade, do desenvolvimento compartilhado, da equiparação das funções entre cônjuges, companheiros ou parceiros e, sobretudo, pela ressignificação da família como o cenário da busca da plenitude individual e engrandecimento conjunto dos que

a compõem. Na trilha desse entendimento, assinala Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006) que, corolários da pós-modernidade, a insurgência de novas necessidades e percepções iniciou um processo no qual a expressão do indivíduo e a redescoberta do sentimento puderam por fim construir inédita dinâmica familiar agora atrelada aos ideais de felicidade e bem-estar, de valorização da pessoa em sua individualidade.

Preveem o art. 5º, III e o art. 226, § 5º da Constituição Federal de 1988, respectivamente: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2017, p. 3); “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 2017, p. 49). O primeiro dispositivo consagra o princípio da igualdade substancial entre homem e mulher e o segundo o princípio da igualdade entre cônjuges, interpretada como a coibição da arbitrariedade dentro da família, garantindo-se que com base na equivalência das importâncias haja a edificação de um arranjo familiar emocionalmente sadio e comprometido com o respeito mútuo (FARIAS e ROSENVALD, 2016).

A positivação normativa na Constituição da igualdade entre homens e mulheres – e também mais especificamente igualdade entre homens e mulheres no âmbito familiar – mina o panorama jurídico antecessor que legitimava, como explanado no primeiro capítulo, a supremacia masculina. Assim sendo, no contexto atual a família deixa de ser hierarquizada interiormente passando a ter um caráter instrumental à persecução da felicidade de seus membros.

Enunciam os arts. 1.511 e 1.567 do Código Civil de 2002, respectivamente: “ O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2017, p. 150); “ A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos” (BRASIL, 2017, p. 153). Verifica-se que o primado da igualdade entre os cônjuges também foi estampado na norma infraconstitucional, pois ambos os dispositivos garantem na seara civil-familiar isonômico tratamento jurídico aos cônjuges, incumbindo ainda a estes a mesma responsabilidade na direção dos haveres no ambiente convivencial.

Destarte, o casamento perde consideravelmente o desequilíbrio de outrora referente à discriminação de gênero da mulher avançando para uma configuração de natureza igualitária, respeitosa e solidária. Ademais, a união matrimonial deixa de ser um espaço de repressão para se tornar o espaço do afeto e da liberdade funcionando como instrumento para a realização querida pelos sujeitos.

### 2.2.2.5 Caráter exemplificativo de entidade familiar

Com o advento da Constituição Federal perdeu sentido a posição do casamento como única via legítima para que se compusesse uma família, visão que perdurou durante longo tempo. De fato, a Constituição Cidadã<sup>16</sup> elasteceu o conceito de família ao consignar em seu texto novas modalidades familiares no art. 226.

Até o advento da Constituição Federal de 1988 só através das justas núpcias era possível constituir uma entidade familiar, ficando à margem da lei qualquer outro modelo de formação familiar, notadamente o então denominado *concubinato*, que tinha conceito diverso daquele conferido pelo artigo 1.727 do Código Civil. Prescreve o *caput* do artigo 226 da Carta Política ser a família a base da sociedade e por isso merecer especial proteção do Estado, para no seu § 3º reconhecer como modelos de família a união estável entre o homem e a mulher; e no § 4º, a família monoparental perfilhando-se ao lado do casamento (MADALENO, 2013, p. 98)

Pelo que esclarece o eminente jurista Rolf Madaleno, nos parágrafos 3º e 4º do art. 226, a Constituição trouxe respectivamente a união estável e a família monoparental, formas de família cuja menção não estava presente no texto da Constituição anterior. Desse modo, o casamento ganha, ao lado das demais figuras de união acima mencionadas, uma condição de exemplificação ou complementariedade no sentido de que agora, despido de exclusividade, coloca-se simplesmente como mais um entre os formatos de núcleo familiar reconhecidos constitucional e legalmente.

Essa interpretação, que aduz a um sistema jurídico que acolhe as variações de família presentes no meio social, decorre do esforço da doutrina e da jurisprudência com fulcro na vigente Constituição Federal e que culmina no chamado *princípio da diversidade ou pluralidade familiar* que se propugna pela aceitação e consequente proteção por parte do Estado das várias famílias (FARIAS e ROSENVALD, 2016).

### 2.2.2.6 Dissolubilidade

No primeiro capítulo dissertou-se sobre as transformações jurídico-sociais da família ao longo do tempo, iniciando-se do período colonial do Brasil com fim na fase republicana. Àquele momento mostrou-se que durante vários séculos a Igreja Católica influenciou ferrenhamente seu dogma religioso e seus preceitos sacramentais sobre o instituto do casamento, apropriando-se, na realidade, da responsabilidade pela disciplina normativa, procedimental e moral da união.

---

<sup>16</sup> A Constituição Federal foi apelidada de Cidadã por Ulysses Guimarães em razão de sua finalidade geral de possibilitar a plena realização da cidadania do povo brasileiro (SILVA, 2005, p. 90).

A Igreja de fato enxergava o casamento como sacramento religioso, dando-lhe por extensão uma feição divina e inadmitindo, por óbvio, o desfazimento de tal vínculo cuja ocorrência equivalia a uma *ofensa ao próprio Deus*. A separação entre casamento religioso e civil se deu apenas na República:

Apenas no período republicano é introduzido o casamento civil obrigatório, pelo Decreto nº 181, de 24-1-1890, como consequência da separação da Igreja do Estado, situação consolidada pela promulgação do Código Civil. Houve dificuldade de assimilação do sistema pelo clero e pela população de maioria católica na época. Com isso, generalizou-se no país o costume do duplo casamento, civil e religioso, que persiste até hoje. (VENOSA, 2010, p. 31)

Sílvio de Salvo Venosa, no que tange ao casamento, comenta sobre a transição de uma fase de prevalência religiosa para uma fase de prevalência legal, embora ainda fortemente penetrada pelas máximas católicas como se verá adiante. Apesar da separação formal entre a Igreja e o Estado e a simultânea laicização deste, culturalmente, tal estrutura manteve-se na sociedade, porquanto fortemente arraigado o credo católico, traduzindo-se na escolha da realização dos dois diferentes tipos de casamento.

Mesmo no Código Civil de 1916 – período republicano – a influência da Igreja ainda se fazia pela indissolubilidade do casamento expressa no Código, onde só restava o desquite para aqueles que se propunham à dissolução de sua união. Entretanto, o instituto do desquite não punha fim de fato ao casamento, uma vez que não o dissolvia, isto é:

Permanecia intacto o **vínculo conjugal**, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanescia, no entanto a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. (DIAS, 2010, p. 292, **grifo do autor**)

De acordo com Maria Berenice Dias no trecho acima citado, o Código Civil de 1916 ainda impunha obstáculos para que a pessoa conseguisse se desvencilhar de sua união, pois o meio hábil do período garantia somente o direito de cessação do convívio; a pessoa não poderia se casar. Logo, a decisão da separação estava sempre fadada ao meio-termo. Apenas em 1977 foi implementada lei que previu o divórcio que realmente punha fim ao casamento.

O divórcio é mecanismo jurídico através do qual o indivíduo que se encontra enlaçado pelo vínculo do casamento de desvencilha da união, habilitando-se a contrair novas núpcias visto que se desimpede com o ato de desunião. O pensamento de Maria Helena Diniz corrobora essa percepção: “ O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial (CC, art. 1.571, IV e § 1º), que se opera mediante sentença judicial ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias” (DINIZ, 2010, p. 336).

Trata-se o divórcio, enfim, do exercício da liberdade pessoal baseada no direito que possui todo aquele que, desejoso de não continuar unido legalmente a outrem, separar-se então.

O divórcio foi oficialmente instituído com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela lei 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, de autoria do então senador Nelson Carneiro, alterando a redação do § 1º do artigo 175 da Constituição de 1967, autorizando a dissolução do casamento, desde que, houvesse prévia separação judicial por mais de três anos, ou a separação de fato, devidamente comprovada em Juízo, pelo prazo de cinco anos. (CARNEIRO, 2018, p. 45)

De início como se vê, a concessão do divórcio estava condicionada à satisfação dos requisitos temporais da forma como preconizado na lei. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 acolheu a dissolução do casamento prevista na Constituição anterior, contudo minorou os prazos estipulados na ordem constitucional precedente para um ano, assim como, produziu nova modalidade dissolutória, qual seja, o divórcio direto, consistente na concessão direta da separação, exigindo-se, contudo, o aguardo de dois anos de separação de fato ainda que houvesse uma separação prévia ao pedido (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 385).

Finalmente no ano de 2010 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66 que operou relevante mudança no § 6º do art. 226. A emenda facilitou sobremaneira o processo de separação ao permitir que, tão logo haja manifestação de um dos cônjuges no sentido objetivo de pedir o divórcio, este será concedido, sem obrigatoriedade de espera de prazo algum, assim como independentemente da causa fomentadora do desejo de desunião (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 385).

O Código Civil reproduziu no art. 1.571, IV, o divórcio como mecanismo de pôr termo à sociedade conjugal, no entanto, manteve a separação judicial em seu inciso III igualmente como via de se terminar o casamento. Farias e Rosenvald (2016, p. 389) criticam esse sistema dualista na medida em que é contraproducente a manutenção de um instituto – a separação judicial – que se propõe a prever um possível reatamento entre os cônjuges de uma união já desgastada e desprovida de afeto. Dessa maneira, padece de ilogismo tal raciocínio, sobretudo, frente à valorização da afetividade que é o que atribui sentido à família e que hoje norteia o Direito das Famílias com especial escopo na Constituição.

Assim, sedimentou-se juridicamente o direito pleno ao divórcio, de uma situação anterior quando tal desfazimento era infactível, passando por paliativos até a positivação de uma obviedade: ninguém deve estar ou se sentir preso em qualquer convívio que seja, visto que pensar de tal modo vai na contramão da função familiar atual, qual seja, promoção de afeto, desenvolvimento pessoal e bem-estar de seus integrantes.

### 2.3 UNIÃO ESTÁVEL

### 2.3.1 Definição

A união estável é modelo de união onde sua configuração se perfaz pela constatação fática dos elementos essenciais que a caracterizam no art. 1.723 do Código Civil, a saber: convívio público, contínuo e duradouro, além do ânimo especial de constituir família. Pondera Flávio Tartuce (2012, p. 1.139, *grifo do autor*) ao dizer que: “[...] as expressões *pública, contínua, duradoura e objetivo de constituição de família* são abertas e genéricas, de acordo com o sistema adotado pela atual codificação privada, demandando análise caso a caso”. Pode-se aperceber, pois, tratar-se de união típica aos usos e costumes mais comuns de se fixar núcleos familiares na sociedade, ante sua natureza pouca afeita ao rígido legalismo e sua consequente recorrência nos contextos convivenciais da vida concreta.

### 2.3.2 União estável na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002: uma nova entidade familiar

Não é arriscado chegar à conclusão de que muito provavelmente vínculos familiares nos moldes, não idênticos, mas essenciais do que hoje reconhecemos como união estável estiveram presentes consideravelmente na história familiar da espécie humana. Tendo em conta sua espontânea aderência aos contextos corriqueiros de envolvimento e convívio entre as pessoas que se escolhem, almejando construir em comum suas famílias, a lógica da união estável, de maneira incipiente, pode ter baseado a maior parte das famílias do passado:

O relacionamento informal entre homens e mulheres é inegavelmente um fato social e não foi inventado pela sociedade moderna. Em verdade, sempre existiu na humanidade e o casamento é apenas uma forma de legalização de tais situações, ou seja, o que hoje chamamos de união estável preexiste ao conceito de matrimônio. (XAVIER, 2009, p. 24)

Face à leitura da autora, vislumbra-se que o atual instituto da união estável esteve presente embrionariamente nas primeiras formas de união entre as pessoas do passado. Inicialmente de maneira espontânea, essas relações se maturaram para uma configuração melhor elaborada dando origem tanto ao casamento quanto à juridicamente recente união estável.

No capítulo introdutório narrou-se a tradição social e jurídica de se reduzir ao casamento o jeito único e admissível para formação familiar, relegando-se à ilegitimidade e à perseguição moral as demais expressões domésticas. De início, eram tais relações alheias à formalização, chamadas de concubinato, termo jurídico objeto de maior discussão no próximo

capítulo, derivado do latim *concupinatus* querendo dizer “cópula” ou “coito” (PEREIRA, 2015, p. 176).

A primeira investida efetiva por parte do Estado brasileiro em se reconhecer direitos às relações concubinárias adveio do Poder Judiciário pela atividade jurisprudencial. Admitiu-se em um primeiro momento que assistia à mulher o direito de indenização por serviços prestados, salvo se ela não pudesse comprovar, circunstância na qual, a comprovação da vida em comum não bastaria para que ela fizesse jus ao direito. Posteriormente, sedimentou-se tal entendimento por meio da súmula 380 de 1964 do Supremo Tribunal Federal, dispondo que uma vez constatada a sociedade de fato entre os concubinos, permitido seria a dissolução do vínculo com a divisão dos bens amealhados pelo esforço comum (XAVIER, 2009, p. 41-42).

A respeito das decisões mencionadas que se firmaram em reconhecer o direito à concubina, sustenta Maria Berenice Dias (2010, p. 168):

O fulcro das decisões era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem uma indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento.

Nota-se, pelo que aponta a autora, que o fundamento da concessão de direitos à mulher concubina integrante de relacionamento informal baseia-se mais em teses relacionáveis à boa-fé dos aspectos patrimoniais ou negociais do que propriamente questões de afeto ou mesmo de família. Não é à toa que a jurisprudência alocou a relação concubinária dentro do Direito Obrigacional, interpretando-a como uma sociedade de fato consoante a citada súmula 380 do STF (DIAS, 2010, p. 168). Excluída, portanto, da noção de família, tanto a legislação quanto o Judiciário permaneciam negando caráter familiar ao concubinato.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, lançou-se luz ao tema das relações informais, já que em feliz decisão o constituinte achou por bem esticar o manto de proteção constitucional para agasalhar a relação concubinária, elevando-a à condição de entidade familiar. Àquele momento, reconheceu-se formalmente tais relações, adotando-se a denominação de união estável e limitando-se o termo concubinato à sua versão adúltera, ou seja, à circunstância onde pessoa casada estabelece, com incurso na infração do dever de fidelidade, uma relação paralela ao casamento (GONÇALVES, 2009, p. 169).

Estatuiu a Constituição de 1988 no art. 226, § 3º (BRASIL, 2017, p. 49): “ 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”. Desse modo, estava superada em termos jurídicos a negação de vários direitos a tais arranjos familiares sob o pretexto de seu

desajustamento ao status de família, cabendo, à posteriori, à legislação infraconstitucional, a regulamentação melhor pormenorizada da festejável inovação constitucional.

Após a Constituição Cidadã, sobrevieram dois diplomas normativos destinados a regular no nível infraconstitucional as questões jurídicas pertinentes à união estável: a Lei nº 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96. A primeira delas<sup>17</sup> destinou-se a tecer as primeiras disposições legais sobre a recém considerada entidade familiar, tratando exclusivamente de matéria alimentar e sucessória, enquanto que a segunda<sup>18</sup> tratou de direitos e deveres dos conviventes, gestão patrimonial de bens, direito real de habitação, bem como definição da competência acerca de matéria de união estável no âmbito do Judiciário.

A Lei nº 8.971/94 concedeu direito a alimentos ao(a) companheiro(a) impondo para tanto um prazo de cinco anos sob convívio. Ademais, reconheceu direito do(a) companheiro(a) sobrevivente em suceder o(a) falecido(a) na quarta parte dos bens deixados, caso houvesse filhos; na metade dos bens deixados, caso não houvesse filhos, contudo houvesse ascendentes, e a sucessão na totalidade dos bens na hipótese do(a) *de cujus* não deixar quaisquer outros herdeiros.

A Lei nº 9.278/96 elencou, por sua vez, direitos e deveres para os conviventes, como por exemplo, assistência moral e material e cuidados com os filhos, entre outros. Além disso, determinou que estariam sob condomínio, entre ambos os conviventes e em partes iguais, os bens adquiridos onerosamente na constância da união, salvo se frutos de outros bens anteriores à união; garantiu direito real de habitação ao(a) companheiro(a) sobrevivente sobre o imóvel do(a) falecido(a) destinado à residência familiar enquanto o(a) sobrevivente não se unisse novamente com outra pessoa e, por fim, fixou a Vara de Família como o juízo competente para dirimir litígios sobre união estável.

O Código Civil de 2002 disciplina a União Estável em seu Título III, título próprio destinado ao assunto e apartado do Título I concernente ao Direito Pessoal e do Título II referente ao Direito Patrimonial (BRASIL, 2017). Acerca do modo como ficou disposto o tema da união estável no vigente Código Civil, critica Paulo Lôbo (2010, p. 167):

Finalmente, o Código Civil de 2002 sistematizou toda a matéria relativa à união estável, revogando-se, em consequência, a legislação anterior. Todavia, a preferência evidente do legislador pelo casamento fez com que nem sempre haja tratamento isonômico para as duas entidades, sendo inadmissível que sua inserção no Código

---

<sup>17</sup> BRASIL. LEI 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.** BRASÍLIA, DF, dez. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm)>. Acesso em 6 jun. 2018.

<sup>18</sup> BRASIL. LEI 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.** BRASÍLIA, DF, maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm)>. Acesso em 6 jun. 2018.

tenha sido feita após as relações de direito patrimonial. Melhor seria que as matérias contidas nos arts. 1.723 a 1.727 fossem distribuídas, de acordo com sua natureza, entre os direitos pessoais e patrimoniais, como se fez com o casamento.

Como aduziu o autor, admitem-se revogadas as supracitadas Leis 8.971/94 e 9.278/96 desde a vigência do Código Civil de 2002. Com efeito, assiste razão ao douto autor, quando na discussão a respeito da segregação da união estável, que conforme se disse, possui um capítulo próprio para si, subtraída das regras gerais de pessoa e patrimônio.

Ora, uma vez equiparada ao casamento por força da própria Constituição e consentindo majoritariamente doutrina e jurisprudência pela igualdade entre as famílias de hoje, consoante se demonstrou, mostra-se questionável a opção do legislador em isolar a disciplina da união estável no bojo do Código Civil. Consigne-se ainda que, embora o constituinte tenha previsto a conversão da união estável em casamento, fê-lo não a pretexto de engendrar hierarquias entre uma família e outra, mas sim para simplesmente facilitar por uma via menos formalizada o casamento dos que há tempo já conviviam (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 454-455).

Da simples leitura do Código Civil constata-se que ele não trouxe um conceito objetivo para a união estável, restringindo-se apenas a mencionar os critérios que a identificam, que já foram tratados anteriormente em seu art. 1.723, cujo parágrafo primeiro afirma servirem à descaracterização da união estável os impedimentos matrimoniais estabelecidos no art. 1.521 à exceção do inciso VI – pessoas casadas – na hipótese da pessoa estar de fato ou judicialmente separada (BRASIL, 2014, p. 151).

O parágrafo segundo do art. 1.723 cuida de dizer que não afetam a união estável as causas que podem suspender o casamento, previstas no art. 1.523. Enquanto que o art. 1.724 manda que sejam observados os deveres de lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos. Por outro lado, o art. 1.725 define o regime de separação parcial de bens entre os companheiros quando na dissolução do convívio, a menos que estes estabeleçam contrariamente, oportunidade em que terão que se valer de contrato escrito (BRASIL, 2017).

Finalmente, o art. 1.726 atenta para a forma como se fará a conversão, caso assim desejarem os companheiros, da união estável para o casamento, que se processará a partir de pedido dos conviventes ao juiz e posterior assento no Registro Civil. O art. 1.727 normatiza o conceito de concubinato, instituto que será melhor desenvolvido no terceiro capítulo, sendo que desde já é entendido como a relação não eventual entre um homem e uma mulher que se acham impedidos de contrair matrimônio (BRASIL, 2017).

Destarte, a união estável simboliza o rompimento da visão marginalizadora enraizada na ideia elitista do casamento enquanto suposta união moral ou legalmente superior diante das

demais. A despeito do longo período histórico em que tais uniões estiveram sob rótulo de ilegitimidade, o influxo das transformações sociais das últimas décadas, já analisadas neste trabalho, e a necessidade do Direito responder a contento forjaram cenário propício à reavaliação das posturas de até então, hoje claramente infundadas, de excluir as relações que se contrapunham ao casamento da devida proteção do Estado, o qual, à luz da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não encontra melhor atuação senão aquela que expurga da sociedade o ódio e a discriminação, acolhendo as diferenças.

## CAPÍTULO III

### POLIAMORISMO, CONCUBINATO E DIREITO DOS AMANTES

#### 3.1 DEFINIÇÕES E CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES AFETIVAS SIMULTÂNEAS

##### 3.1.1 Poliamorismo

Poliamorismo ou poliamor corresponde às uniões afetivas que se estabelecem simultaneamente entre mais de duas pessoas, que cientes e concordantes de tais relações, optam livremente por vivenciá-las. Segundo Pereira (2015, p. 705): “É a união afetiva estabelecida entre mais de duas pessoas em uma interação recíproca, constituindo família ou não”. Logo, trata-se de modelo que foge aos parâmetros tradicionais de relacionamentos monogâmicos vistos anteriormente.

Não é recente a discussão em torno do relacionamento mantido por várias pessoas, a novidade provém do seu reajustamento ao mundo contemporâneo, da denominação que ora se empresta ao fenômeno e do conteúdo justificante e marcadamente afetivo que preenche o que hoje chamamos de poliamor. De fato, a união poliamorosa possui reminiscências históricas e sociais no sistema poligâmico, a despeito de com ele não se confundir. A poligamia tradicional estava imersa em uma organização de flagrante desigualdade entre os gêneros, ao passo em que o poliamorismo propala a igualdade e a liberdade dos envolvidos como corolário de sua própria razão de ser.

Deveras, não obstante o poliamor possa ser uma forma de poligamia – até porque tecnicamente pode significar estar casado com mais de uma pessoa – o histórico da poligamia (em sua espécie de poliginia) traz toda uma carga negativa moldada pela desigualdade entre os sexos e pela hierarquia e o poder de dominação do marido sobre suas esposas tão marcante no casamento patriarcal plural, muitas vezes realizado por questões culturais, religiosas e econômicas, e não pela livre vontade das mulheres contraentes, de quem a monogamia sempre foi exigida. (PORTO, 2017, p. 191)

Como apontado pela autora, em muito se afasta a acepção histórica da poligamia do ideal contemporâneo de poliamorismo, cuja similitude entre os dois conceitos se limita à presença plurissubjetiva dos que compõem a relação de afeto. A poligamia antiga enrijecia o patriarcalismo na sociedade, visto que impunha a diferença entre os gêneros ao subjugar sexualmente as mulheres, retirando-lhes a liberdade sobre o próprio corpo para que passassem a viver em função do marido.

O Poliamorismo nos moldes atuais proveio principalmente de movimentos de contestação dos modelos sociais e culturais que a partir da década de 1950 começaram a romper

com os estilos de vida tradicionais dos Estados Unidos em sua concepção até então reinante traduzida no ideal *American Way of Life*<sup>19</sup>. Com ecos na música e na moda, o chamado “movimento de contracultura” imprimiu reformulações, sobretudo, no comportamento dos jovens da época, denunciando a obsolescência dos padrões de ser e de sentir, as desigualdades e o preconceito, além de operar ressignificações à concepção de sexualidade desembocando na “revolução sexual” (FREIRE, 2013, p. 27-32).

Contudo, não se olvide que traços da contemporânea doutrina do poliamor também possua outras fontes na história, tais como o modo de vida concebido na Comunidade Oneida de John Humphrey Noyes fundada no século XIX, assim como a prática poligâmica Mórmon no estado americano de Utah. No primeiro caso, a comunidade organizava-se sobre a ideia do “casamento complexo”, segundo a qual, todos os homens eram casados com todas as mulheres. No segundo caso, respaldada pela doutrina Mórmon das esposas plurais, as pessoas fiéis a essa religião durante muito tempo estabeleceram entre si relacionamentos de poligamia, até que o governo federal estadunidense vedasse tais práticas (ANAPOL apud FREIRE, 2013, p. 33).

A aceitação por parte dos *poliamantes* à concomitância dos vínculos é interessante elemento definidor do poliamorismo, na medida em que a harmonia entre os sujeitos da relação sugere a vontade de criação de laços de afeto e a consequente noção de autopertencimento a um núcleo comum de compartilhamento de vida. Abandona-se, desse modo, um padrão de afinidade linear para se adotar uma teia de correspondências afetivas.

Esse relacionamento tem como objetivo múltiplas relações afetivas, normalmente, com envolvimento profundo. A filosofia aceita a classificação de poliamor aberto e fechado, no primeiro, entram e saem adeptos livremente, ao passo que, no segundo, as pessoas que mantêm um relacionamento poliamoroso tendem a morar juntos, ter filhos e apresentar os dois ou mais companheiros para a família. È (sic) do poliamor fechado que tem surgido as uniões poliafetivas. (SANTOS e VIEGAS, 2017, p. 375)

Os autores apresentam duas vertentes do poliamorismo, uma é marcada por uma liberalidade relacional onde há trânsito possível de sujeitos no relacionamento e a outra se consubstancia em um estreitamento do vínculo entre os poliamantes culminado, inclusive, na formação de um arranjo propriamente familiar. Nesse sentir, para fins de delimitação do presente estudo, interessa perscrutar o plexo das consequências jurídico-sociais atinentes à categoria do poliamorismo fechado, alusivo às relações contínuas ou de maior permanência entre as pessoas envolvidas.

---

<sup>19</sup> Modo de vida americano.

As relações poliamorosas, portanto, dizem respeito aos relacionamentos edificados pelo compartilhamento do afeto entre mais de duas pessoas. Sobrepuja-se, portanto, a clássica relação monogâmica e os indivíduos acolhem-se em torno de uma benquista união pluralizada.

No Brasil, é notável a contribuição da psicóloga Regina Navarro Lins<sup>20</sup> no que toca à divulgação e discussão da ideia poliamorista pelo país, notadamente na mídia televisiva e escrita, onde desde o final da década de 1990 já defendia publicamente a possibilidade de alguém amar a mais de uma pessoa ao mesmo tempo. No entanto, apenas em 2007 a autora mencionou pela primeira vez o termo Poliamorismo em sua obra “Fidelidades Obrigatórias e Outras Deslealdades” (PILÃO, 2017).

Ao prefaciар seu outro livro “A cama na varanda”, Regina apontou para a crise na crença da satisfação pessoal com um único parceiro em razão da possibilidade que se apresenta de se sentir amor por mais de uma pessoa simultaneamente. Segundo a autora, o poliamor surge em um contexto de tempos permissivos, onde se prevê para o futuro, casamentos em que os parceiros poderão multiplicar suas relações afetivas sem que laços já estabelecidos os impeçam de fazê-lo (LINS, 2007).

Atualmente a filosofia poliamorista propõe às pessoas que elas se permitam, caso assim queiram, a se desvencilhar da lógica monogâmica fechada, que em certa medida encarcera o afeto, para a experimentação de uma relação livre do policiamento recíproco sobre o desejo, onde a confiança naturalmente se impõe face à maior abertura à franqueza sobre os sentimentos. Não se trata de ataque às uniões monogâmicas, mas da criação da possibilidade para aqueles, que não se enquadram nas relações tradicionais, de alcançarem a própria realização ou bem-estar em um modelo alternativo de relacionamento.

A quebra de barreiras na comunicação poliamorista implica uma transformação na forma de lidar com a liberdade do amado, ao invés de ciúme e controle são valorizadas a flexibilidade e a “compersão”, considerada sentimento oposto ao ciúme e fruto de um movimento de superação do sentimento de posse, a partir da aceitação e satisfação com a liberdade de amar e ser amado. (PILÃO, 2017, p. 39)

Por isso, na senda do pensamento do autor, a relação poliafetiva se nutre, a contrario sensu, não do afrouxamento dos laços, mas do estreitamento destes, já que ausente o papel julgador do parceiro, que quase nada terá a censurar em uma relação franca, desenvolvem-se a compreensão e a afinidade. O poliamor, por conseguinte, não é reles consectário da lascívia,

---

<sup>20</sup> Regina Navarro Lins é psicanalista e escritora, produziu 12 livros acerca de relações amorosas e sexuais, dentre os quais o *best seller* “A Cama na Varanda”. Possui consultório particular onde atende há 45 anos, além disso realiza várias palestras pelo Brasil. Participa como consultora do programa “Amor & Sexo”, da TV Globo. Nasceu e vive no Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://reginavarro.blogosfera.uol.com.br/2016/08/06/da-monogamia-ao-poliamor/>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

mas, acima de tudo, o desejo de amadurecimento pessoal baseado no enfrentamento diário da insegurança e no fortalecimento da autoestima dos que se atrevem a experimentar o amor sem reservas.

### 3.1.2 Concubinato

Diferentemente do poliamorismo, o concubinato se caracteriza pelo elemento do desconhecimento por parte de uma das pessoas envolvidas, normalmente cônjuge do co

Para Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 551): “ A expressão ‘concubinato’ é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, também conhecido como adúlterino”. No dizer do autor, a relação concubinária se concretiza no envolvimento paralelo entre pessoas e que se desenvolve com esteio na infidelidade conjugal.

O Código Civil de 2002 definiu o concubinato em seu art. 1.727, no Título III, dispensado ao tratamento da união estável, que deste modo está redigido: “ As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato” (BRASIL, 2017, p. 160). Nota-se que a lei civil positivou como traço característico da mencionada relação o impeditivo jurídico à sua conversão em casamento.

A intenção do legislador ao empregar a natureza não eventual como circunstância identificadora da relação concubinária foi diferenciá-la da união estável. Muito embora ambos os institutos possuam a continuidade como especificidade da relação, o concubinato, consoante a lei, está eivado da impossibilidade de transmudar-se em casamento ante o fato de uma das pessoas da relação já estar sob o convolo das núpcias, o que o distingue da união estável onde os companheiros poderão se casar se desejarem (TARTUCE, 2012, p. 1.138 a 1.151).

O concubinato adúlterino, no entanto, é apenas um dos tipos concubinários derivados do imperativo legal. De fato, uma vez estabelecendo a lei civil que o concubinato dar-se-á nas relações contínuas entre duas pessoas impedidas de casar, podem ser estabelecidas algumas espécies de vínculos concubinários a depender do tipo de impedimento matrimonial que os origine<sup>21</sup>, assim sendo ter-se-ia na situação em concreto os seguintes tipos de concubinato: o *concubinato adúlterino*, o *concubinato incestuoso* e o *concubinato sancionatório*.

---

<sup>21</sup> BELFORT, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. Os efeitos patrimoniais do concubinato adúlterino. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8767](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8767)>. Acesso em: 21 dez. 2017

Disciplina o art. 1.521 do Código Civil vigente (2017, p. 151):

Art. 1.521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Dessa maneira, estatuem os incisos I a V os impedimentos matrimoniais que fulminam de nulidade o casamento daqueles que tiverem entre si laços de parentesco civil – incisos II, III, V – ou natural – incisos I e IV – da forma como positivado, dos quais dímana o concubinato incestuoso. De igual modo, os incisos VI e VII definem como causas que impedem a realização de casamento, a situação onde as pessoas, ou já estão casadas, ou por sanção civil decorrente de crime de homicídio tentado ou consumado, perpetrado contra cônjuge de uma delas, o(a) cônjuge sobrevivente está obstado(a) a contrair o matrimônio com o(a) criminoso(a); do primeiro resulta o concubinato adúltero, enquanto que do segundo o concubinato sancionatório (BELFORT, 2010).

Vínculos concubinários são, pois, aqueles que se lastreiam em alguma barreira legal proibitiva de sua conversão em matrimônio, mediante as previsões obstativas do art. 1.521 supramencionado. Ademais, são relações paralelas que não obtiveram do legislador atenção relevante no que concerne à regulação ou conferição de garantias legais, haja vista em todo o Código Civil haver um único artigo disciplinando objetivamente os seus contornos.

Malgrado existam diferentes categorias de concubinação, para fins de delimitação do presente estudo, opta-se pelo concubinato adúltero como conceito a ser discutido. Assim, interessa aqui tão somente a relação de natureza não eventual entre pessoas que não podem se casar por exclusiva violação do *dever de fidelidade*.

## 3.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

### 3.2.1 Poliamorismo

A relação do poliamor atualmente ainda não possui disciplina legal. Desse modo, tanto a discussão sobre o delineamento de sua natureza jurídica e de seu conceito quanto o debate acerca dos argumentos contrários e favoráveis ao seu reconhecimento e conseqüente concessão

de direitos e garantias se circunscrevem à produção doutrinária do Direito e à atividade jurisprudencial.

[...] o Direito vem avançando a passos largos para tutelar as questões decorrentes das multiplicidades de elos, desde que passou a reconhecer as famílias denominadas de recompostas, reconstituídas, redimensionadas ou *mosaico*, constituídas por laços familiares diversos, até chancelar a multiparentalidade que autoriza o(a) filho(a) ser registrado por mais dois pais e/ou duas mães. Porém, quanto à aceitação da multiplicidade relacional/conjugal, a resistência ainda é persistente, sendo o postulado da monogamia o empecilho mais evidente, além do moralismo e do preconceito [...]. (PORTO, 2017, p. 210, grifo do autor)

A autora confirma que apesar do progresso na adesão às teses de aceitação da pluralidade do vínculo familiar em alguns casos, quando da discussão relacionada às relações amorosas que se ordenam em torno de várias pessoas mutuamente comprometidas o Direito se silencia. Tratando-se de relacionamento que contrarie o princípio monogâmico, a inflexibilidade é ainda mais pungente.

Na área do Direito, a primeira contribuição doutrinária sobre a disciplina do Poliamor no Brasil proveio do trabalho do professor e também jurista Pablo Stolze Gagliano que escreveu artigo onde abordou os “direitos dos amantes”. Já no histórico jurisprudencial, sobressai-se decisão de primeira instância do ano de 2008, na qual, o Juiz da 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho sentenciou o reconhecimento da dupla relação estabelecida pelo falecido com sua esposa e sua companheira, a qual, ajuizara ação pedindo o reconhecimento da união estável que manteve vários anos com o *de cujus* (PILÃO, 2017, p. 169-170).

Em 2012, noticiou-se o primeiro registro de uma união estável entre mais de duas pessoas estabelecida entre um homem e duas mulheres no Cartório de Notas da cidade de Tupã, estado de São Paulo, que há muito já viviam sob o mesmo teto.<sup>22</sup> A identidade das pessoas não foi divulgada, sendo que no documento, os três reconheciam-se como família e, consoante a notícia veiculada, haviam regras que tratavam de eventual divisão patrimonial nos casos de morte ou separação.

Àquele momento, o presidente da OAB Subseção de Marília, SP, declarou que o documento de reconhecimento se limita a regular futura divisão patrimonial, não possuindo o condão de alocar a união no âmbito do direito familiarista. Desta forma, o reconhecimento formalizado não seria apto a garantir-lhes direitos familiaristas e previdenciários, por exemplo.

---

<sup>22</sup> G1. União estável entre três pessoas é oficializada em Tupã, SP. G1. Bauru e Marília, 23 ago. 2012. 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 15 jun. 2018

Em 2015, mais uma vez houve registro de união estável constituída por mais de duas pessoas – três mulheres – o fato dessa vez ocorreu no 15º Ofício de Notas da Cidade do Rio de Janeiro, na ocasião as mulheres, temendo represálias, não quiseram se pronunciar.<sup>23</sup> À época, a escritura gerou polêmica.

A tabeliã responsável pela lavratura do documento disse que alicerçou sua decisão na posição do Supremo Tribunal Federal em 2011 que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, além disso, declarou que o afeto é a principal fonte de legitimação dos núcleos familiares desde a Constituição de 1988. Todavia, para a opinião de José Fernando Simão, jurista e professor da USP chamado a se pronunciar sobre o evento, o documento só possuía fim patrimonial, sendo nula a escritura em razão principalmente da tipificação penal da bigamia e do valor jurídico amplamente aceito da monogamia.

Em recente decisão do dia 26 de junho de 2018, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) decidiu por maioria de votos que os cartórios de todo o Brasil estão doravante proibidos de lavrarem escrituras públicas reconhecendo união estável poliafetiva entre três ou mais pessoas.<sup>24</sup> A decisão decorreu de pedido feito pela Associação de Direito de Família e Sucessões que acionou o Conselho, contrária a atos de cartórios paulistas em São Vicente e em Tupã que lavraram escrituras reconhecendo uniões poliamorosas.

As razões para a proibição se concentraram no fato de o documento cartorário implicar na concessão de direitos que se reservam às uniões estáveis e aos casamentos. Desse modo, segundo o relator do caso, Min. João Otávio de Noronha, uma vez inexistindo lei e jurisprudência do STF a garantir a concessão de tais direitos a uniões poliafetivas, as escrituras assim lavradas não têm respaldo jurídico.

Percebe-se, destarte, que as tentativas de integração do Poliamorismo à seara do reconhecimento jurídico permanecem tímidas com ocorrências pontuais e simbólicas de persistência. Enorme ainda é, pelo que se nota, a resistência em se atribuir ao poliamor feição familiar, sobretudo como consequência da estrutura legislativa vigente sobre o assunto, extremamente voltada à monogamia e inadmitindo mudanças que perturbem um modelo de união “binária” sedimentado por muitos anos sem a contrapartida da devida demonstração de que esses *novos* valores não são de fato deletérios à tessitura das relações sociais.

---

<sup>23</sup> DAL PIVA, Juliana. Rio registra primeira união estável realizada por três mulheres. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro.rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>>. Acesso em 20 jun. 2018.

<sup>24</sup> MONTENEGRO, Manuel Carlos. Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília, 26 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso em 27 jun. 2018.

### 3.2.2 Concubinato

Diferentemente do poliamorismo, o concubinato possui previsão legal no Código Civil, cujo art. 1.727 alhures esmiuçado, define-o e, por exclusão, distingue-o do instituto da união estável. Além disso, as demais disposições do Código relativamente à relação concubinária se dirigem unicamente a lhe prescrever restrições:

Existem vedações legais, obstando a produção de determinados efeitos jurídicos pelo concubinato. São proibições com o escopo de impedir a prática de determinados atos: *i*) proibição de realizar doação em favor de concubina, sob pena de anulabilidade (CC, art. 550); *ii*) proibição de estipular seguro de vida em favor de concubina (CC, art. 793); *iii*) proibição de ser contemplado como beneficiário de casamento, seja a título de herança ou de legado (CC, art. 1.801, III); *iv*) impossibilidade de receber alimentos (CC, art. 1.694). É importante observar que todas essas vedações se restringem, apenas, ao concubinato (impuro), não se aplicando, logicamente, à união estável. (FARIAS et al, 2017, p. 1.516-1.517, grifo do autor)

Os dispositivos trazidos à baila pelos autores, evidenciam o esforço do legislador em negar veementemente direitos aos concubinos. Constata-se que as proibições se estendem ao campo sucessório, contratual e familiar.

Como estudado nos capítulos anteriores, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o termo concubinato era amplamente utilizado para se referir a todas as relações extraconjugais. Tanto as uniões decorrentes da *desobediência ao dever de fidelidade*, em que as pessoas envolvidas não poderiam se casar, quanto aquelas em que as pessoas poderiam, mas escolhiam manter sua relação na informalidade estavam sob a rubrica estigmatizante do nome concubinato.

Fazia-se comumente à época a confrontação entre duas espécies de união concubinária: o concubinato adúlterino ou impuro e o concubinato puro; este concernente à união contínua entre um homem e uma mulher que não estavam sujeitos a quaisquer impedimentos matrimoniais e aquele pertinente à união contínua entre um homem e uma mulher impedidos de se casar. Com a Constituição Federal, o concubinato puro cedeu lugar à união estável, sobrando hoje somente o concubinato impuro (GONÇALVES, 2009, p. 550-551).

O silêncio sobre os efeitos jurídicos positivos do concubinato só começa a ser quebrado pela jurisprudência efetivamente em meados da década de 1950. No início dos anos 1960, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal começa a firmar-se no sentido da aplicação da analogia com a sociedade de fato, para determinar a participação de haveres entre os concubinos. (SILVA, 2012, p. 85)

Em 1964 o Supremo Tribunal Federal consolidou, por meio da aprovação da súmula 380, a natureza societária da relação concubinária, concedendo aos concubinos, uma vez

dissolvida judicialmente a união e reconhecida a sociedade de fato, o direito de haver para si os bens amealhados pelo esforço comum sob o argumento da coibição do enriquecimento sem justa causa do outro parceiro (DENARDI, 2015, p. 15-16). Assim, com respaldo na lógica comercial, o Tribunal passou a admitir definitivamente a possibilidade de partilha dos bens quando findada ligação concubinária.

Embora fosse a referida súmula voltada à época para o concubinato puro, ou seja, o tipo concubinário que deu origem à atual união estável, fato é que, à míngua de regulamentação atual, os tribunais brasileiros ainda vêm lançando mão da disposição sumular em comento até os dias de hoje para decidir sobre os efeitos jurídicos patrimoniais do concubinato adulterino. Nota-se, portanto, a manutenção por parte dos tribunais da exclusão do concubinato do campo do Direito de Família entendendo-o como fenômeno negocial com repercussões na esfera meramente patrimonial dos sujeitos envolvidos.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. **CASAMENTO E CONCUBINATO IMPURO SIMULTÂNEOS**. COMPETÊNCIA. ART. 1.727 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 9º DA LEI 9.278/1996. JUÍZO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO DE FATO OU DE DIREITO. INEXISTÊNCIA. CASAMENTO CONCOMITANTE. PARTILHA. PROVA. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 380/STF E Nº 7/STJ. [...] **6. A partilha decorrente de sociedade de fato entre pessoas impõe a prova do esforço comum na construção patrimonial (Súmula nº 380/STF)**. 7. O recorrente não se desincumbiu de demonstrar que o patrimônio adquirido pela recorrida teria decorrido do esforço comum de ambas as partes, circunstância que não pode ser reanalisada nesse momento processual ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. 8. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1628701 BA 2016/0229437-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2017) (**grifo nosso**)

Pode-se perceber que, em recente jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça ainda aplica a tese sumulada da sociedade de fato para caracterizar a natureza jurídica do concubinato, a fim de legitimar a concessão do direito à partilha de bens quando do término da relação. Além do permissivo jurisprudencial em se dividir o patrimônio oriundo do esforço comum dos concubinos, a jurisprudência também costumava consentir na indenização à concubina por seus “serviços domésticos prestados”, no entanto, a jurisprudência mais recente está enveredando para o descabimento da pretensão indenizatória (TARTUCE, 2012, p. 1.141). À guisa de exemplo, colacionam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM. **PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. POSSIBILIDADE**. PRECEDENTES DESTES STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **1. Inexistindo acréscimo patrimonial e, por conseguinte, quaisquer bens a serem partilhados, entende esta Corte Superior possível o pagamento de indenização ao convivente que se dedicou exclusivamente aos afazeres**

**domésticos, a título de indenização por serviços prestados.** Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido.

(STJ REsp: 323909 RS 2001/0060198-5, Relator: Min. HÉLIO QUÁGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 15/05/2007, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/06/2007 p. 355) (**grifo nosso**)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO CONCUBINÁRIA ENTRE A AUTORA E O FALECIDO. PARTILHA DE BENS. NÃO COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM PARA A AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. **INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS PRESTADOS. DESCABIMENTO.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO COM APLICAÇÃO DE MULTA. [...] **3. Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento com aplicação de multa.

(STJ – AgRg no AREsp: 249761 RS 2012/0231402-6, Relator: Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/05/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/06/2013) (**grifo nosso**)

A posição de outrora da Corte Superior chegou a referendar a concessão do pleito indenizatório à pessoa da concubina como se vê, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça passou a negar atualmente esse ressarcimento sob o argumento de que, uma vez provido, estar-se-ia sobrelevando o vínculo concubinário ao casamento e à união estável. Malgrado representasse mais uma maneira de amparo aos concubinos, relegados quase à indiferença jurídica, a indenização de fato monetizava a relação, retirando-lhe sobremaneira seu conteúdo afetivo e igualando-a a uma negociação.

A indenização de serviço prestados, equiparando o concubino ao prestador de serviços, tem recebido dura crítica de parte da doutrina. Soa contraditório com a dignidade da pessoa humana que uma relação de natureza indiscutivelmente afetiva seja degradada a uma dimensão meramente patrimonial. O afeto, a intimidade e a vida privada são valores constitucionais (art. 5º, X, da Constituição), sociais e personalíssimos indisponíveis, inegociáveis e intransmissíveis, que não podem ser violados em razão do fato de um dos figurantes da relação ser casado. (LÔBO, 2010, p. 184)

Paulo Lôbo refuta a indenização à concubina por seus serviços domésticos prestados ancorando-se, não no argumento que sustenta a posição ora tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a suposta sobrevalorização do concubinato em relação ao casamento e à união estável, mas sim, no ultraje jurídico-constitucional que tal ressarcimento representa. Não é outro o substrato lógico que justifica a proteção jurídica das relações familiares senão o afeto, conforme o entendimento majoritário e corrente já explicitado.

Logo, embora ressoem, e a princípio com razão, as vozes dissonantes que deslegitimam o concubinato com fulcro na má-fé e na infidelidade, beira ao ridículo o

moralismo que não reconhece na relação duradoura entre concubinos *adúlteros* um elo por vezes verdadeiro e de profunda afetuosidade. Nesse sentido, desconhecer aos concubinos um fundamento que a todas as formas de união familiar é prevalente, reitera-se, o afeto, equivale à formalização famigerada do mais claro ataque ao princípio da igualdade substancial e à própria dignidade da pessoa.

Assim, não se deveria invocar aprioristicamente, como argumento que constrinja direitos ao concubino, a quebra de um suposto dever de fidelidade que não caberia ao Estado impor, mas tão somente à convenção íntima das pessoas que se unem (STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2017), as quais, inclusive, podem escolher por sua consensual relativização independentemente da existência de lei – caso do Poliamorismo. Não se trata, porém, de apologia à promiscuidade ou de romantismo inconsequente, mas do reconhecimento em concreto das características do envolvimento que demandam tratamento diverso das regras gerais segregantes, mormente nos casos de longa duração da relação.

Acerca da disciplina previdenciária, diverge a jurisprudência quanto aos direitos dos concubinos, consoante julgados que se seguem:

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE VIÚVA E CONCUBINA. SIMULTANEIDADE DE RELAÇÃO MARITAL. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE. PAGAMENTO DESDE A DATA DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. ISENÇÃO.**

1. Trata-se de apelação interposta pela parte autora contra sentença que indeferiu seu pedido de exclusão de Simone Suzi de Freitas Cabral da qualidade de dependente de seu falecido marido.

**2. União estável não comprovada. Não há provas da separação de fato entre o falecido e a autora, com que ele era casado e convivia maritalmente, o que impede a configuração de outra mulher como companheira (art. 1.723, §1º, CC).**

**3. É firme o constructo jurisprudencial na afirmação de que se reconhece à companheira de homem casado, mas separado de fato ou de direito, divorciado ou viúvo, o direito na participação nos benefícios previdenciários e patrimoniais decorrentes de seu falecimento, concorrendo com a esposa, ou até mesmo excluindo-a da participação, hipótese que não ocorre na espécie, de sorte que a distinção entre concubinato e união estável hoje não oferece mais dúvida (RESP 200400998572).**

**4. Deve ser cessado o desconto referente à quota parte da concubina do benefício da pensão por morte a que faz jus a autora, devendo a autarquia efetuar o pagamento desde a data da concessão administrativa àquela, observada a prescrição quinquenal.**

[...]

8. Sem custas, porque nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento delas quando lei estadual específica prevê o benefício, o que se verifica nos estados de Minas Gerais, Acre, Goiás, Rondônia, Bahia e Mato Grosso. Em se tratando de causas ajuizadas perante a Justiça Federal, o INSS está isento de custas por força do art. 4º, inc. I, da Lei n. 9.289/96, abrangendo, inclusive, as despesas com oficial de justiça.

**9. Apelação parcialmente provida, para, reformando a sentença, julgar parcialmente procedente o pedido inicial, para excluir a ré Simone Suzi de Freitas Cabral do rol de dependentes do falecido, nos termos dos itens 1 a 8.**

(TRF-1 – AC 0002255-18.2017.4.01.9199 MG 0381671-65.2007.8.13.0720, Relator: CÉSAR CINTRA JATAHY FONSECA (CONV.), Data de Julgamento: 18/04/2018, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: eDJF1 30/04/2018) **(grifo nosso)**

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO IMPURO. ESPOSA E COMPANHEIRA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. DIVISÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/2009. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO. DIFERIMENTO PARA A FASE PRÓPRIA (EXECUÇÃO).**

1. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte.  
2. Nos termos do art. 16, §4º, da Lei nº 8.213/91, a dependência econômica, tanto da esposa quanto da companheira é presumida.  
**3. Se o casamento e a união estável foram mantidos concomitantemente pelo instituidor, deve ser dividido o benefício entre a esposa e a companheira [...]**

(TRF-4 – AC 5015433-65.2014.4.04.7001 PR, Relator: Artur César de Souza, Data de Julgamento: 11/10/2017, SEXTA TURMA, juntado aos autos em 17/10/2017) **(grifo nosso)**

Na primeira decisão colacionada, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou seu histórico jurisprudencial não concessivo de direitos previdenciários aos concubinos<sup>25</sup> e negou a continuidade do rateio do benefício da pensão previdenciária entre a concubina e a esposa do *de cujus* concedido na origem. Verificou o tribunal a não caracterização da união estável, já que presente a simultaneidade entre o relacionamento do falecido com a concubina ré e a com a cônjuge autora do recurso, estando evidenciada a relação de concubinato.

No segundo caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu o direito de divisão da pensão entre a concubina e a esposa, decisão que destoa de seus últimos julgados que perfilham de tese denegatória<sup>26</sup>. No acórdão invocou-se que embora houvesse a concomitância dos relacionamentos, deveria ser concedido compartilhamento da pensão tendo como base a presunção de dependência econômica derivada da legislação previdenciária e que *in casu* foi estendida à concubina.

<sup>25</sup> Nesse sentido: AC 0055478-56.2012.4.01.9199/MG, Rel. Luciana Pinheiro Costa, J. 21/08/2017, P. e-DJF1: 25/10/2017; AC 2000.38.00.044296-0/MG, Rel. Silvia Helena Petry Wieser, J. 27/09/2016, P. e-DJF1: 11/10/2016; AC 2005.33.01.000619-4 / BA, Rel. Cristiano Miranda de Santana, J. 01/06/2015, P. e-DJF1: 17/11/2015.

<sup>26</sup> Nesse sentido: AC 5002889-52.2013.4.04.7107/RS, Rel. Marcelo Dinardi, J. 30/10/2012, juntado aos autos em 03/11/2016; AC 5004141-95.2010.4.04.7107, Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, J. 12/11/2013, juntado aos autos em 18/11/2013; APELREEX 5035755-71.2012.4.04.7100, Rel. Ricardo Teixeira Do Valle Pereira, J. 30/10/2012, juntado aos autos em 06/11/2012.

Também se apega à tese da vedação de benefícios previdenciários à concubina, o STJ. Segue decisão com esse raciocínio:

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. O IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E, POR CONSEQUÊNCIA, AFASTA O DIREITO AO RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE A COMPANHEIRA E A VIÚVA, SALVO QUANDO COMPROVADA A SEPARAÇÃO DE FATO DOS CASADOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. Esta Corte Superior já pacificou o entendimento de que a existência de impedimento para o casamento disposto no art. 1.521 do Código Civil impede a constituição de união estável e, por consequência, afasta o direito ao recebimento de pensão por morte, salvo quando comprovada a separação de fato dos casados, o que, contudo, não configura a hipótese dos autos. 2. Agravo Regimental desprovido**

(AgRg no REsp 1418167/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 17/04/2015) (grifo nosso)

A Corte igualmente se utiliza do argumento da descaracterização da união estável e reconhecimento do concubinato para negar direitos previdenciários. No caso, a única possibilidade para que ocorresse o deferimento seria a comunhão de vida paralela com o parceiro casado estando este em separação de fato.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu em 2015 a viabilidade jurídica, dada às circunstâncias do caso, para que se possa conceder direito a alimentos à pessoa da concubina. Eis o *decisum* que conteve essa inovação jurisprudencial:

**EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. [...] 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.**

(RESP 201000481513, João Otávio de Noronha, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:31/03/2015) (grifo nosso)

No acórdão assinalou-se a inadequação de eventual decisão que derrubasse o direito alimentício da concubina, que com o *de cujus* manteve relação por longa data, dando-lhe atenção esmerada a ponto de abdicar da própria carreira profissional. Em razão da idade avançada da concubina e do inócuo efeito que a decisão concedente teria à família do falecido, acabou-se por garantir a continuidade do recebimento das verbas alimentícias, partindo-se principalmente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Portanto, o precedente sugere a possibilidade de se refletir mais acuradamente o concubinato, despindo-se da tendência da pré-condenação em auxílio da efetiva imparcialidade. Não obstante as peculiaridades da situação julgada, o posicionamento da Corte Superior quanto à matéria é simbólico na medida em que a decisão foi norteadada pela conjuntura específica do caso, tais como as características do envolvimento concubinário, as condições especiais das pessoas envolvidas, o sopesamento dos interesses identificados, afastando-se por fim do rígido apego positivista pela norma e abrindo caminho para a humanização do assunto.

Assim como ocorre com o poliamorismo, o concubinato – na hipótese em que se forma núcleo de afeto e mesmo convivencial duradouro – ainda passa ao largo do Direito de Família como relação passível de aceitação jurídica com os possíveis efeitos daí decorrentes. O que pode diferir os institutos é sobretudo o consentimento ou a ciência sobre as relações coexistentes, isto é, como definido alhures, no poliamorismo há o livre acordo consensual e consciente de manutenção de vários envoltimentos em paralelo, podendo inclusive constituir-se família sob o mesmo teto com mais de dois companheiros. Por outro lado, já se disse que a união concubinária se desenvolve à ignorância de uma das pessoas envolvidas, cujo(a) cônjuge estabelece vínculo com outra pessoa ao arrepio do exigido direito de fidelidade.

### 3.3 DIREITO DOS AMANTES

Amante tradicionalmente é descrito(a) como alguém que se envolve secretamente com pessoa comprometida matrimonialmente com outrem. Desta forma, se estabelece uma relação *clandestina* onde o cônjuge mantém vínculo afetivo com a outra pessoa, normalmente sem intenção de constituir família.

Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 95) discorre sobre os amantes do seguinte modo:

É aquele(a) que constitui uma relação paralela ou simultânea com pessoa casado(a) ou que vive em união estável. Esse relacionamento não caracteriza concubinato ou união estável, por não instituir uma entidade familiar. É a Outra ou o Outro. Enquanto houver desejo sobre a face da terra, haverá quem queira estabelecer relações paralelas ou furtivas que, muitas vezes é apenas um contato amorosa ou sexual sem que daí decorram direitos e deveres ou efeitos patrimoniais. Os amantes às vezes exercem

uma “função social” de manutenção dos casamentos. Em outras palavras, ajudam a suportar a união oficial, já falida e desgastada pelo tempo e/ou que, por alguma conveniência, dificuldade, falta de coragem, ou mesmo em razão do código particular de cada casal, preferem manter a oficialidade daquela união.

O ilustre autor conceituou a palavra conforme seu uso histórico e sentido corrente, isto é, amante diz respeito àquele(a) que enlaça pelo desejo ou lascívia outra pessoa que se encontra previamente comprometido, mantendo com esta um envolvimento livre de quaisquer compromissos que não seja a satisfação dos prazeres sexuais. Não há que se realizar aprofundado estudo da história para que se conclua pela recorrência de envoltimentos entre amantes desde tempos remotos.

Relatos desses tipos de conflitos relacionais permeiam o cotidiano, a história e a literatura. Cita-se o conhecido caso do rei da Inglaterra Henrique VIII que no século XVI separou-se da esposa Catarina de Aragão a fim de se casar com Ana Bolena com quem havia se envolvido (PETTI, 2012). Ou mesmo do clássico “Capitu”, obra de Machado de Assis na qual o autor constrói complexo e inquietante dilema conjugal em que a personagem Bentinho perde-se em um labirinto psicológico de ciúmes, atormentado entre acreditar ou não na suposta traição da amada (SOUZA, 2015).

Fato é que ainda hoje essa temática inspira discussão e, inclusive, interesse científico. Em 2016, o programa Bem-Estar da TV Globo, veiculou em seu sítio eletrônico notícia a respeito de uma pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo coordenada pela psiquiatra Carmita Abdo que revelou a tendência no perfil sexual dos brasileiros.<sup>27</sup> Segundo a pesquisa, que entrevistou três mil pessoas, a frequência de traição por parte dos homens supera a frequência feminina, uma vez que dentre os homens entrevistados cerca de 50,5% afirmaram que já foram infiéis em seus relacionamentos, frente à proporção de 30,2% das mulheres entrevistadas que admitiram terem traído seus parceiros.

A pesquisa foi denominada “Mosaico 2.0” e é uma atualização de uma anterior feita em 2008. Nesta nova investida, os pesquisadores contemplaram sete regiões metropolitanas: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Distrito Federal, Salvador, Belém e Porto Alegre. A maioria dos entrevistados era composta de homens, 51%, e as idades variaram de 18 a 70 anos com média em 30,5 anos. Ademais, constatou-se que Salvador é a região onde há mais pessoas que afirmaram terem traído.

---

<sup>27</sup> G1. 50% dos homens brasileiros já traíram, diz estudo; mulheres traem menos. **G1**. São Paulo, 4 jul. 2016. Disponível: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/07/50-dos-homens-brasileiros-ja-trairam-diz-estudo-mulheres-traem-menos.html>>. Acesso em 15 maio 2018.

De acordo com Carmita Abdo, os homens latinos, culturalmente, não veem a relação esporádica baseada estritamente em sexo como algo que possa comprometer sua relação oficial. De outra banda, a educadora sexual Laura Muller, entrevistada sobre o assunto, explicou que a discrepância observada nos resultados se originam da longa tradição de repressão sexual a que as mulheres foram infligidas, diferentemente dos homens que lidam com o tema mais naturalmente.

Depreende-se, portanto, nessa apertada síntese da atualidade e recorrência do problema em questão, que as relações simultâneas são inerências sociais, isto é, não são elaborações da atualidade, assim como restou claro nos capítulos anteriores, desde tempos coloniais já se tinha notícia de *mancebias* e *concubinagens* no Brasil e, seguramente, não assistiremos ao declínio de tal circunstância nos próximos anos. A aparência de serem produções dos novos tempos provém mais da liberdade de expressão e de vivência, da ressignificação dos valores e da quebra da repressão do comportamento, experimentados no período pós-moderno como visto no segundo capítulo.

Disto isso, urge salientar a visão pejorativa emprestada ao termo amante, a que se perfilhou, inclusive, o supracitado autor Rodrigo da Cunha Pereira ao definir o vocábulo, mencionado no introito deste item. Bem antes da defesa da afetividade como matriz de legitimação das entidades familiares, como estudado nos capítulos antecedentes, pairava sobre todas as formas de família não formais, ou não matrimonializadas, a espada julgadora do moralismo da Igreja, cuja influência entremeada na cultura condicionava a sociedade ao juízo discriminatório de toda sorte de vínculos ou núcleos convencionais discrepantes do modelo imposto.

Dessa forma, o termo “amante” aqui empregado está ressignificado, ou seja, não se refere às relações efêmeras sem a marca fundamental do afeto e do desejo de constituição de um núcleo de valorização ou preocupação mútuas. Refere-se, pois, às pessoas “que amam”, refere-se às pessoas que, ou por ligação *poliamorosa* ou por *concubinato* estejam mantendo, com pessoas já comprometidas previamente, relacionamento consentido (poliamor) ou não (concubinato) por todos os envolvidos. Relações essas que, a despeito da violação dos princípios da monogamia ou do dever de fidelidade, constituem inequívoca união familiar com os(as) parceiros(as) aptas a ensejarem a devida proteção do Estado ante as circunstâncias apuráveis no caso concreto.

### 3.3.1 O RE 397.762-8/BA<sup>28</sup> de 2008 e a condenação ao invisível

Em 2008 o Supremo Tribunal Federal julgou Recurso Extraordinário no qual se discutia a divisão de pensão por morte entre a esposa e a companheira do *de cuius*, com a qual, este convivera por mais de trinta anos. O Recurso foi interposto pelo Estado da Bahia contra acórdão do Tribunal de Justiça baiano que, reformando decisão monocrática da primeira instância, decidiu pela possibilidade de rateio do benefício previdenciário.

Conforme exposto no inteiro teor do acórdão publicado, o presidente da 1ª Turma do Supremo, à época o Min. Marco Aurélio Mello, aduziu em seu relatório que o recorrente, Estado da Bahia, interpôs o Extraordinário alegando afronta ao art. 226, § 3º da Constituição Federal, bem como à lei nº 9278/96, e aos impedimentos matrimoniais constantes do Código Civil de 1916. Apontou que o recorrente assentou a impossibilidade da configuração da união estável por força do impedimento matrimonial, além de sugerir a contradição do Estado brasileiro caso protegesse aqueles que a própria lei penal recrimina na tipificação de bigamia.

Ante parecer contrário da PGR ao recurso, o Min. Relator Marco Aurélio passou a votar recordando os fundamentos sustentados pelo Tribunal de Justiça da Bahia, o qual, reconheceu a união estável, salientando desnecessidade da imposição de monogamia a ensejar consequente amparo da Previdência. Para Marco Aurélio a decisão recorrida não deveria se manter em razão do dever do Judiciário de se ater à lei, de modo que a união estável não se legitima caso desajustada com o direito posto, mormente conflituosa com o casamento, que segundo o ministro, é a entidade alvo de maior proteção no art. 226 da Constituição de 1988.

Em seu voto, lembrou ainda Marco Aurélio a vigência à época do crime de adultério. Após, concluiu pelo deferimento do recurso argumentando o não reconhecimento da união estável, a identificação de união concubinária limitada aos efeitos da sociedade de fato e a necessidade de se respeitar as balizas constitucionais colocadas, que, nesse sentido, exigiam o provimento do recurso.

O Min. Menezes de Direito acompanhou o relator, esclarecendo que o cerne do caso era o alcance da expressão “união estável”. Para o ministro, a Constituição intentou, ao prever a conversão da união estável em casamento, colocá-la sob cuidado do direito civil, de modo que se deveria aplicar à situação as diretrizes do direito privado. Ao término de seu voto, o ministro Menezes indicou a impossibilidade de o Estado proteger união paralela a um

---

<sup>28</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 397762 – BA**, da 1ª Turma, Brasília, DF, 3 jun. 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2918741/recurso-extraordinario-re-397762-ba>>. Acesso em 16 jun. 2018.

matrimônio, que caso quisessem os filhos numerosos que a recorrida teve com o falecido, oito filhos, poderiam em ação própria pleitear seus direitos e que uma vez devendo-se obedecer à legislação civil, consoante direcionamento constitucional, o recurso deveria ser provido, já que violado impedimento matrimonial.

Em seguida, proferiu o seu voto a Min. Cármen Lúcia decidindo pelo acompanhamento do voto do ministro relator, logo de início, afirmando que a união estável não se perfaz, pois, instabiliza-se em paralelo com o casamento. Preconizou a ministra que a característica da união estável é justamente a estabilidade para que se possa posteriormente chegar ao casamento, além disso, Cármen Lúcia disse haver um núcleo possível de família, na medida em que há o crime do art. 236 do Código Penal que pune alguns desvios que atentem contra a boa-fé no casamento. Em conclusão, a ministra invoca Karl Lowenstein que diz ser função do Direito dominar, dentre outras, a força do amor e que não pode haver estabilidade em envolvimento plurais, sendo a estabilidade decorrência jurídica e não somente temporal.

O último voto proferido foi o do Min. Ricardo Lewandowski, que já inicialmente anunciou que seguiria o voto do relator, consolidando a maioria que proveu o recurso. O ministro fez uma distinção entre concubinato e união estável, havendo nesta, comunhão de vida, e naquela, somente comunhão de leito. Também fez memória, o ministro Lewandowski, de julgado anterior do Supremo, ocasião em que se decidiu sobre uso de células-tronco, dizendo ser a união estável o embrião do futuro casamento. Ademais, o ministro pôs fim ao voto lembrando o conceito de união estável, inferindo que o instituto não se percebia *in casu* ante a clandestinidade da relação.

Formada a maioria, o recurso restou deferido. Dessa forma, a pensão previdenciária só seria cabível à esposa enviuvada. Nos votos proferidos pelos eminentes juristas prevaleceu o imo positivista pela aplicação restrita da norma, de sorte que as teses sustentadas se chocam com o entendimento segundo o qual não existe hierarquia entre as entidades familiares, consoante já exposto nos capítulos anteriores, opinião, a qual, não esposaram os julgadores, haja vista, alguns ministros condicionarem a união estável ao casamento como o fez o Min. Ricardo Lewandowski ao dizer que a união estável é a fase embrionária do casamento.

#### 3.3.1.1 Uma centelha de esperança: o voto vencido do Min. Carlos Ayres Britto

O Min. Carlos Ayres Britto também participou do julgamento do RE em comento, sendo o segundo ministro a proferir o voto. Em sua simbólica decisão, reconheceu a

improcedência do pedido constante do recurso e admitiu a configuração da união estável, vislumbrando a presença de verdadeira entidade familiar no julgado.

Inicialmente, o Min. Carlos Ayres enfatizou o imperativo hermenêutico de se conciliar os valores e as proteções expostos no Capítulo VII, Título VIII, da Constituição de 1988, que abarca a tutela constitucional à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, de modo que caberia uma interpretação integrada da matéria levando-se em conta todos os núcleos de proteção sob pena de juízo dissociado da vontade da Constituição. Posteriormente, o ministro reiterou sua observação elencando direitos subjetivos à criança e ao idoso no texto constitucional, concluindo que por estarem presentes, não apenas no Capítulo VII do Título VIII da Constituição, mas espalhados por toda ela, a Constituição operou o entrelaçamento jurídico desses temas de maneira a inviabilizar metodologicamente a sua separação.

No entendimento do Min. Carlos Ayres Britto, tais segmentos a serem protegidos, quais sejam, a família, a criança, o adolescente e o idoso deveriam ser comportados em torno da figura que se destaca que é família, entendida como entidade e locomotiva social, visto que, espaço estruturado para o desenvolvimento das personalidades e da experimentação relacional. Nesse sentido, ao elencar os tipos familiares presentes na Constituição, o ministro conceituou a união estável como um convívio duradouro entre um homem e uma mulher cerrados no afeto cuja longa duração convivencial presume a edificação de sólidas ligações familiares.

O compartilhamento de um projeto de busca da felicidade, a complementariedade do amor, a concepção de prole e conseqüente amparo material, a constituição de patrimônio comum, a dor pela perda no falecimento são circunstâncias que na visão do ministro extrapolam o formalismo da lei que não é capaz de retirar a característica familiar que se impõe pelos fatos. Aduziu ainda em seu voto que a Constituição, ao mencionar três tipos principais de família, uma vez não identificados dois deles no caso concreto, o casamento ou a família monoparental, sobraria residualmente a união estável, que se estabelece a despeito de impedimentos matrimoniais, já que para o texto maior não existiria concubinato.

O Min. Carlos Ayres Britto alertou que o casal possui, por imperativo legal, obrigações para com seus filhos, as quais, não cessam quando do desfazimento do vínculo, surgindo o dever por parte do Estado quando da impossibilidade da manutenção dos filhos, a proteção jurídica própria da previsão constitucional de defesa da família. Além disso, o ministro também fundamenta seu raciocínio no fato de a Constituição ao garantir a proteção à maternidade e à infância, um salário mínimo nacionalmente unificado que atenda às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, a usucapião urbana ou rural que favorece o possuidor e a sua

família, não fez o texto maior qualquer ressalva à modalidade de arranjo familiar a ser protegido, o que se repete na seara da assistência social e da previdência.

Por fim, asseverou o Min. Carlos Ayres Britto que diante de uma nova fase da história onde o indivíduo possui maior liberdade na sua vivência amorosa e momento em que se eleva a dignidade da pessoa a enorme prestígio, necessário é o alargamento do conceito constitucional de família para que se possa fazer frente a essas mudanças. *In casu*, acabou o ministro por desprover o recurso diante da comprovação fática do vínculo entre a recorrida e o falecido, a constituição de prole e dependência econômica, circunstância bastante para atrair a incidência do art. 226, § 3º da Constituição a fim de se reconhecer a união estável havida e o consequente direito à participação no benefício previdenciário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado, conclui-se que o julgamento de casos envolvendo famílias simultâneas decorrentes da lógica poliamorista, onde há o consenso dos envolvidos, ou das uniões concubinárias, em que há ignorância de um dos cônjuges sobre o relacionamento paralelo do(a) outro(a), ainda são marcados pela relutância em se conceder direitos familiaristas, sucessórios e previdenciários. Argumenta-se, via de regra, que não se deve atribuir natureza familiar aos núcleos convivenciais, independentemente das circunstâncias que se apresentam no caso concreto, visto que, identificado causa legal impeditiva do matrimônio, afasta-se o reconhecimento da união estável, restando a aplicação dos efeitos próprios das sociedades de fato.

Ocorre que a negação de direitos a tais entidades familiares ignora princípios esposados pela Constituição Federal de 1988 tomados como fundamento da própria República tais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, assim como os seus primados objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem-estar de todos, afugentando-se quaisquer formas de preconceito e discriminação. Ademais, a Constituição Federal vigente ao admitir variadas formas de família, a despeito da ordem antecedente, privilegiou a defesa dos modos mais diferenciados de família a contemplar os núcleos de convivência alicerçados no afeto, elemento primeiro de identificação familiar.

Não foram outros, aliás, os princípios que subsidiaram o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, senão a afetividade, a dignidade da pessoa e a defesa aos direitos humanos. Uma vez quebrada o dogma da heterossexualidade para se admitir a feitura de uma família homoafetiva, reconheceu-se pela primeira vez que o Direito de Família não estende a proteção jurídica ao casamento sob o pretexto da biologia. Uma vez admitindo-se a união estável como entidade notoriamente familiar, reconheceu-se pela primeira vez que o Direito de Família não exclui de sua atenção as famílias que não possuem o selo da formalidade; houve sim a extensão do conceito familiar.

A hipótese trabalhada se confirma por meio da discussão doutrinária usada sobre o tema que aduz, de fato, a uma condição de desimportância dada às famílias paralelas por parte da legislação e do judiciário. A jurisprudência mencionada perfaz tal raciocínio, na medida em que majoritariamente nega direitos aos núcleos poliamoristas, bem como concubinários, apegando-se positiva e objetivamente ao conteúdo das leis.

Se alguém mantém relação, ainda que concubinária adulterina, com uma pessoa casada e com esta mantém longa duração de convívio paralelo, onde há afeto verdadeiro, ajuda mútua espiritual ou material, concepção de prole, inclusive, a simples simultaneidade dos vínculos não deve afastar o princípio da igualdade familiar, da pluralidade familiar, da afetividade, da solidariedade familiar, da dignidade da pessoa. Outrossim, a alegada moralidade monogâmica não se concilia com o enriquecimento ilícito do concubino casado, que se beneficia da contribuição indireta da concubina, material e espiritual, por vezes de difícil quantificação, visto que o Direito de Família não lhe impõe o dever de pagar alimentos ou de partilhar de seus bens.

Constatou-se que as constituições de famílias simultâneas sempre estiveram presentes no Brasil, conforme exposto, desde a época colonial e persistem até os dias atuais. Diferentemente dos períodos colonial e imperial, hodiernamente tais relações não permanecem durante muito tempo sob anonimato, uma vez que não há mais a perseguição da Igreja. Pelo contrário, pessoas há que escolhem participar livre e conscientemente de múltiplas relações como ocorre no Poliamorismo.

Requerer respostas jurídicas a tais fatos não corresponde a uma tentativa de legitimação da promiscuidade ou da poligamia. O Direito como ciência social que se propõe a regular os fatos humanos que importe em pacificação social, incumbe-se da tarefa de solver os problemas e litígios que ora batem em sua porta. Apartar-se da realidade que se descortina atualmente enseja a tomada de decisões que invariavelmente ferirá e agravará a situação e os direitos de pessoas que cada vez mais parecem se envolver nesses novos, porém velhos comportamentos.

Desse modo, superada a fase histórica de repressão das condutas, de desigualdade na família, de patriarcalismo exacerbado, erige-se um período em que as pessoas se orientam pela busca da própria felicidade, da realização pessoal e afetiva onde a família se torna o palco ideal para o desenvolvimento das personalidades, para o compartilhamento do crescimento e para a experimentação do afeto. O casamento perde sua conotação patrimonial, procriativa, abandona a indissolubilidade, alcançando inclusive grupos historicamente discriminados como o foram os grupos homoafetivos.

Portanto, o Direito não deve se eximir dessas alterações, usando critérios definidos em um momento histórico anterior onde o casamento era a única via familiar, não por não existirem outras, mas sobretudo, por não haver azo à liberdade que àquele momento encontrava-se adstrita a um comportamento imposto que condenava as diferenças e reprimia o desejo.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, José. **Fazer monografia é moleza: o passo a passo de um trabalho científico**. Rio de Janeiro: Walk ED, 2007.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel. **Manual de direito civil**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. único.

BARRETO, Maria do Perpétuo Socorro Leite. Patriarcalismo e o feminismo: uma retrospectiva histórica. **Revista Ártemis**. S.l., vol. 1, p. 64-73, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/2363/2095>>. Acesso em 15 abr. 2018.

BRASIL. CARTA DE LEI DE 25 DE MARÇO DE 1824. **Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador**, Rio de Janeiro, RJ, mar. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> Acesso em: 15 abr. 2018

\_\_\_\_\_. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Brasília, DF, out. 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: 2 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, jan. 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: 28 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 28 abr. 2018.

BRASIL. **Vade Mecum Senador Elmano Férrer**. Teresina: Senado Federal, 2017.

Café Filosófico CPFL. **Ética do cotidiano | Mário Sérgio Cortella e Clóvis de Barros Filho**. 7 set. 2016. (51min28s). Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=9\\_YnlPXKILU](https://www.youtube.com/watch?v=9_YnlPXKILU)>. Acesso em 25 maio 2018.

CASIMIRO, Ana Palmira Bittencourt Santos; ALMEIDA, Maria Cleidiana Oliveira de; SILVEIRA, Camila Nunes Duarte. O catecismo das constituições primeiras do arcebispado da Bahia. **Revista HISTEDBr On-line**. S.l., vol. 17, nº 4, p. 1036-1053, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/histedbr/article/view/8645874/17590>>. Acesso em 2 mar. 2018.

CASTRO, F. L. **História do direito: geral e Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Dilvanir José da. A família nas constituições. **Revista da Faculdade de Direito- Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, vol. nº 48, p. 67-79, 2006. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1455/1384>>. Acesso em 1 abr. 2018.

CURIONI-MERGULHÃO, R. T.; COUTINHO JÚNIOR, B. A.; MACHADO, E. F. R. A constituição imperial de 1824: uma breve análise dos aspectos sociais, políticos, econômicos jurídicos. **Araucaria-Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**. Madrid, ano 13, nº 26, p. 101-118, 2011. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1376/1256>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

DENARDI, Vagner Bolzan. **Reflexos patrimoniais do concubinato adulterino: os direitos decorrentes desta prática à concubina**. Monografia. (Bacharelado em Direito) Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/handle/1/11443>>. Acesso em 20 jun. 2018

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 5.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FAUSTO, B. **História do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FARIAS, C. C. et al. **Código civil para concursos**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: famílias**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos**. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013. Disponível em: <[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=673684](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=673684)>. Acesso em 9 jun. 2018.

FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; SOARES, Natália Oliveira. O concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional. **Âmbito jurídico**. Rio Grande, XVI, n. 109, fev. 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12764&revista\\_caderno=14](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12764&revista_caderno=14)>. Acesso em 30 abr. 2018.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, 2003. vol. 1, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/colecao/dc/article/view/85/63>> Acesso em 25 abr. 2018

GAGLIANO, P. S. Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos tribunais). **Jusbrasil**, 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em 10 fev. 2018

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 6.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 2.

HIRONAKA, G. M. F. N. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, p. 153-167, jan./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67702/70310>>. Acesso em 5 mar. 2018.

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia geral**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1990.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA OLIVEIRA, G. A. de. Padroado régio e regalismo nos primórdios do estado nacional brasileiro (1820 - 1824). **Passagens-Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 1, p. 76-96, jan./abr. 2017,. Disponível em: <<http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/123/132>>. Acesso em 29 abr. 2018.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo**. Rio de Janeiro: Bestseller, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. 348 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. vol.108, p. 221-242, jan./dez. 2013,. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67984/70841>>. Acesso em 1 jun. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de código civil alemão: o BGB de 1896 e o código civil brasileiro de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, vol. 13, nº 13-14, p. 71-97, 1997. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70151/39564>>. Acesso em 10 abr. 2018

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Aspectos da evolução do conceito de família, sob a perspectiva da sociedade brasileira, nos períodos colonial e imperial, no tocante à ordem social e política. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. Maringá, vol. 4, nº 1, p. 33-53, 2004. Disponível em

<<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/361/424>> Acesso em 12 abr. 2018

OLIVEIRA, L. C.; SANCHO, F. A. C. A crise da modernidade e seus efeitos no direito contemporâneo. **Revista Acadêmica-Faculdade de Direito do Recife**. Recife, vol. 87, nº 2, jul./dez. 2015. Disponível em:

<<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1683/1469>>. Acesso em 10 abr. 2018.

PELLEGRINI, Marco; DIAS, Adriana M.; GRINBERG, Keila. **#Contato história**. São Paulo: Quinteto Editorial, 2016. (#Contato história, 2)

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

PETTI, Carin Homonnay. A história de Ana Bolena no reinado de Henrique VIII. **Guia do Estudante**. 4 abr. 2012. Disponível em: <<http://origin.guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/historia-ana-bolena-reinado-henrique-viii-681249.shtml>>. Acesso em 15 dez. 2017

PILÃO, Antonio Cerdeira. **“Por que somente um amor?”**: um estudo sobre poliamor e relações não-monogâmicas no Brasil. Tese (Doutorado em Sociologia e Antropologia). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em:

<[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=6052742](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6052742)>. Acesso em 10 jun. 2018.

PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade essencial e estrutura familiar**. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2017. Disponível em:

<[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=5277758](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5277758)>. Acesso em 15 jun. 2018.

POVEDA VELASCO, I. M. Ordenações do reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 89, 1994. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>>. Acesso em 20 abr. 2018.

PRIORE, M. L. M. Brasil colonial: um caso de famílias no feminino plural. **Cadernos de Pesquisa-Revista da Fundação Carlos Chagas**. S.l., nº 91, p. 69-75, nov. 1994. Disponível em: <<http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/878/884>>. Acesso em 12 abr. 2018.

RAMOS, André Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2016.

SAMARA, E. M. O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade). **Psicologia USP**. São Paulo, vol. 13, nº 2, p. 27-48, 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/psicosp/article/view/53500/57500>>. Acesso em 22 abr. 2018.

SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor, conceito, aplicação e efeitos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação – DIREITO/UFRGS**. Porto Alegre, vol. XII, nº 2, p. 360-389, 2017. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/72546>>. Acesso em 20 jun. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Jamerson Marques da. Concílio de Trento: uma trama de crises e decretos nos passos de uma *ecclesia semper reformanda*. **REVELETEO – Revista Eletrônica Espaço Teológico da Faculdade de Teologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo, vol. 9, nº 16, p. 130-150. jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleteo/article/view/26085/18724>>. Acesso em 10 jun. 2018.

SILVA, Marcos Alves da. **Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <[http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ\\_0615acb0ae1495eb8317397bb5e44139](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_0615acb0ae1495eb8317397bb5e44139)>. Acesso em 15 jun. 2018.

SOUZA, Amy Ribeiro. **Bentinho é Capitu: a autotraição do narrador de Dom Casmurro**. Dissertação (Mestrado em Letras). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=2365499](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2365499)>. Acesso em 8 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2012. vol. único.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMASEVICIUS FILHO, E. O legado do código civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 111, p. 85-100, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133495/129505>>. Acesso em 20 abr. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 6

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/4079>>. Acesso em 13 jun. 2018.