

A MONOGAMIA EM QUESTÃO

REPENSANDO FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA

CONJUGALIDADE CONTEMPORÂNEA

Marcos Alves da Silva

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor. Integrante da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Associado ao IBDFAM. Advogado.

INTRODUÇÃO

A monogamia é tomada como mote para colocar em curso reflexão sobre a conjugalidade contemporânea e sua apreensão pelo Direito Civil brasileiro. A intenção, portanto, não se centra na monogamia como questão que se circunscreve em si mesma, antes o princípio da monogamia anunciado tradicionalmente como tal pelo Direito de Família é posto em xeque pelos efeitos discriminatórios que produz, construindo lugares de *não direito*.

Ao analisar os efeitos discriminatórios da monogamia, que desde antes das codificações oitocentistas foi erigida ao *status* de princípio estruturante do Direito de Família, verifica-se que a crítica não deve restringir-se às consequências de sua aplicação, mas deve alcançar os seus próprios fundamentos e a justificativa de sua conservação no ordenamento jurídico.

Nas multiformes expressões da conjugalidade contemporânea e na apreensão jurídica desta realidade sociológica, há indícios de significativas fissuras no até então sólido edifício da família fundada no casamento assentado sobre o princípio da monogamia.

Para a discussão da temática, assim, tão sucintamente declinada, adota-se um roteiro. Partindo da narrativa de dois casos concretos, o problema que põe em movimento a reflexão jurídica a ser exposta é suscitado. Em seguida, torna-se indispensável fazer referência à noção de concubinato — conceito jurídico discriminatório — sedimentado ao longo dos séculos e assimilado pelo discurso jurídico com certa *naturalização*. Num terceiro passo se faz necessário pôr à prova a regra da monogamia, submetendo-a ao crivo dos princípios constitucionais. Por fim, ao cabo desse percurso será possível extrair alguns traços da conjugalidade contemporânea que não mais se conforma aos antigos moldes jurídicos.

1. CASOS DA VIDA E A PERPLEXIDADE DO DIREITO

Diversos casos poderiam ser tomados em consideração para escancarar a insuficiência das respostas ordinariamente apresentadas pelo Direito de Família brasileiro quando presente situação ou configurações familiares que contrariam a regra da monogamia. Por limitação de espaço e para atender aos fins propostos será suficiente a referência apenas a dois casos. O primeiro teve saudável solução jurídica e a questão nem chegou a ser apreciada para além da primeira instância de jurisdição. O segundo, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e, por força da evocação do princípio da monogamia, chegou a um resultado insólito, que ofende até mesmo o senso comum de quem não tem qualquer formação jurídica. Os nomes, referências e circunstâncias do primeiro caso foram, propositadamente, trocados em razão da preservação de sigilo.

1.1. AS TRÊS VIÚVAS DO TOPÓGRAFO

Antônio dos Reis era topógrafo e trabalhava, no Estado de São Paulo, para uma empresa que tinha canteiro de obras em várias localidades daquela unidade da Federação. Era casado há mais de trinta anos, sua esposa Cláudia e dois filhos, já maiores, residiam na capital. Como, em razão da função por ele exercida permanecia muito tempo fora de seu domicílio, acabou constituindo união estável com uma mulher, em Bauru e, pouco depois, outra união estável com outra mulher em Presidente Prudente. A natureza de seu ofício justificava, perfeitamente, as constantes ausências de suas respectivas residências. Quando encerrou seu trabalho em Presidente Prudente, Antônio dos Reis trouxe sua companheira Esmeralda para morar em São Paulo, em um bairro mais distante. Ela tinha três filhos de um primeiro relacionamento. Ele assumiu a guarda e responsabilidade dessas crianças e com ela teve uma filha. Com Carmem, sua companheira de Bauru, nunca teve filhos. Todavia, era conhecido por todos que conviviam com a família como marido de Carmem. Um detalhe não pode ser deixado de lado é que com as três famílias tinha fortes vínculos religiosos e ele frequentava três diferentes igrejas com cada uma de suas famílias.

A simultaneidade destas famílias perdurou por longos anos, sem que qualquer delas suspeitasse da existência das outras. Este conhecimento só o tinha Antônio dos Reis, que amava sua esposa, embora estivesse ela acometida por doença mental significativa há muitos anos, mas também amava suas outras duas companheiras e filhos que acolheu por afeição e que o tratavam como pai. A eles todos dispensava igual cuidado.

Ocorre que Antônio dos Reis, certo dia, foi atropelado perto de um canteiro de obras. Levado a um hospital em São Paulo, permaneceu alguns

dias na UTI. As três famílias foram avisadas da fatalidade e acabaram por se conhecer na antessala daquela unidade de tratamento intensivo. Para sorte de Antônio dos Reis, ele não saiu vivo do hospital.

No velório, compareceram as três viúvas, os filhos todos, e seus respectivos pastores. Tudo transcorreu com muita discrição. Nenhuma dela se postou como dona ao lado do caixão. No coração de nenhuma delas aninhava esta disposição. Sentiam-se todas estupefatas com a surpresa que lhes causara o defunto.

Provado o casamento e as uniões estáveis simultâneas, a pensão por morte pelo Regime Geral da Previdência Social e pela previdência privada complementar foi dividida entre as três, administrativamente, sem qualquer recurso ao Poder Judiciário. Este caso ocorreu há alguns anos. Talvez, hoje, a questão não teria sido resolvida administrativamente, e, talvez, não fosse encontrada solução satisfatória pelo Judiciário. Antônio dos Reis deixou casa para cada uma de suas viúvas em seus próprios nomes e modestas quantias em caderneta de poupança para os filhos menores. Apenas um imóvel restou para ser inventariado, sobre este incide o direito real de habitação da primeira esposa.

Há, atualmente, reiteradas decisões de Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal denegando reconhecimento ao direito de divisão da pensão por morte em decorrência de conjugalidade simultânea, mesmo quando demonstrada a efetividade dos arranjos familiares e a dependência econômica da companheira supérstite.

1.2. A ESPOSA QUE VIROU CONCUBINA POR DECISÃO DO STJ

O segundo caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, apresenta faceta *sui generis*. Trata-se do REsp. 1.157.273-RN, apreciado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.¹ O voto condutor do acórdão que, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial não tem propriamente o objetivo de convencer o jurisdicionado do acerto e da correção da decisão. Na verdade, a fundamentação não dá qualquer sustentabilidade para a decisão, que se revela aleatória no sentido etimológico do termo. Não está presente no acórdão argumentação que revele mínimo apreço ao princípio da razoabilidade. Trata-se, na verdade, de obediência a uma suposta literalidade da lei, em pura e simples homenagem a um igualmente suposto princípio da monogamia.

¹STJ, Resp 1.157.273-RN, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 18/05/2010.

Os fatos, que são tomados como certos e incontrovertidos, pela peculiaridade do caso merecem ser referidos ainda que de forma sucinta. Os nomes são fictícios. Malaquias era casado com Salomé desde 1980. Do casamento nasceram três filhos. Em 1993, separaram-se judicialmente. Em 1994, ocorreu a derrogação da separação em virtude de reconciliação do casal. Por fim, em 1999, divorciaram-se, mas mantiveram sua relação, como se marido e mulher ainda fossem, até a morte de Malaquias, que ocorreu em 2003. Por outro lado, Malaquias manteve união estável simultânea com Doroteia, desde o ano de 1994 até a sua morte. Ambas ingressaram com ações declaratórias de união estável cumuladas com pedido de pensão por morte do falecido companheiro. Configurada a conexão, as ações foram reunidas perante o juízo prevento. Até os filhos do casamento do falecido reconheceram os fatos relativos à união estável que o pai mantivera com Doroteia, mas sustentaram que tal relação era espúria e que o pai tentava romper o relacionamento e só não o fez por piedade, porque Doroteia fora acometida de câncer. Por meio de prova documental e pericial, foi igualmente comprovada a união estável entre Malaquias e sua ex-esposa Salomé, de 1999, data do divórcio, até a data do óbito.

O juízo de primeira instância — em face das incontestadas provas produzidas, reconheceu a duplicidade das uniões estáveis que Malaquias manteve com a Sra. Doroteia, a partir de 1994, e com sua ex-esposa, Sra. Salomé, a partir de 1999, julgando, assim, procedentes ambos os pedidos. Por conseguinte, foi determinado o pagamento da pensão pela morte de Malaquias em favor das autoras, na proporção de 50% para cada uma. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte manteve a sentença de primeira instância. Por meio do acórdão em comento, o STJ deu provimento ao recurso especial interposto pela Sra. Doroteia, a companheira, para excluir o direito de pensão por morte da Sra. Salomé, ex-esposa, mas, posteriormente, apenas companheira do falecido.

A princípio poderia parecer que o acórdão do STJ teria até mesmo prestigiado a união estável em detrimento do casamento. Todavia, não foi o que ocorreu. A ministra relatora iniciou seu voto fazendo consignar que “Cinge-se a lide a definir, sob a perspectiva do Direito de Família, a respeito da viabilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.” E tendo transcrito boa parte do acórdão do Tribunal de Regional, concluiu: “Com base nos contornos fáticos acima descritos, atesta-se a indiscutível existência de uniões de afeto simultâneas, mantidas entre o falecido e as postulantes: (Dorotéia), pelo período compreendido entre o ano de 1994 até a data do óbito do companheiro – 17.4.2003 –; e (Salomé), após a homologação do divórcio do casal – 17.12.1999 –, também até a data do óbito de (Malaquias).”

A solução dada ao recurso especial, interposto com fundamento em dissídio jurisprudencial daquela Corte Superior, foi no sentido de que com o divórcio, ocorrido em 1999, rompido estava o laço matrimonial entre

Malaquias e sua ex-esposa Salomé, e ele, Malaquias, não poderia ter mantido, ato contínuo, união estável com sua própria esposa, porque com o divórcio teria ganhado força jurídica a união estável iniciada com Doroteia, em 1994, e, portanto, em razão do dever de lealdade para com a companheira Doroteia, não poderia ser reconhecida como união estável aquela por ele mantida com a ex-esposa.² Solução mais formalista e descolada da realidade não poderia ser adotada. O critério utilizado foi declinado pela ministra relatora: “... uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais...”³

É de todo patente que o Direito arraigado a uma concepção matrimonializada de família, orientada à proteção patrimonial subjacente à regra da monogamia, encontra-se, na atualidade, em situação de perplexidade e de embaraço em face das novas configurações familiares. Cumpre, pois, analisar os fatores que levaram o Direito de Família a produzir discriminação e a construir, sistematicamente, lugares de *não direito*. Por certo, no espaço desta exposição é impossível levantar e analisar os mencionados fatores.⁴ Todavia, imprescindível é fazer sintética referência ao conceito jurídico de concubinato.

2. CONCUBINATO: MONOGAMIA, EXCLUSÃO E MARGINALIDADE

A construção jurídica do conceito de concubinato revela-se como processo legitimador da dominação masculina. O casamento monogâmico como instituição canônica destinada à regulamentação estrita e detalhada da sexualidade foi cooptado em sua estrutura e função pelos Estados que emergiram da revolução burguesa. Ele foi transposto dos cânones para o Código Civil, porque se adequava à perfeição para a aquisição, conservação e transmissão da propriedade. Na margem de fora do casa-

²Nos termos do próprio acórdão consta: “A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, S. M. de L. C., em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros.” (STJ, REsp 1.157.273-RN, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 18/05/2010).

³Em que pese o formalismo da análise, ao lavar o seu voto, a Ministra relatora reconhece que a existência de famílias simultâneas é uma constante na sociedade brasileira contemporânea, pois, assevera: “As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses”. (STJ, REsp. 1.157.273-RN, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 18/05/2010).

⁴No livro “Da Monogamia: Sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família” de autoria do subscritor deste artigo, o tema é abordado com maior amplitude. Conferir: SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

mento civil burguês situavam-se as relações desqualificadas e marginais. Separa-se o direito do *não direito*.

Para o perfeito funcionamento do Direito de Família fundado no casamento era imprescindível o estabelecimento de uma invisibilidade jurídica para toda e qualquer situação de fato que não se enquadrasse nos moldes que atendiam a finalidade do sistema. A conservação e a transmissão da propriedade. Logo, nada que turbasse a *paz doméstica* da família fundada no casamento poderia ser admitido como legítimo, nem filhos nem relações extramatrimoniais. A produção doutrinária brasileira manteve-se durante longo período silente sobre o concubinato. Nunca foi proibido ou tipificado como crime. Ignorado pela legislação, só foi mencionado, nas Ordenações Filipinas⁵ e no Código Civil de 1916⁶, em razão das vedações ao homem casado de doação e de disposição de última vontade em favor da concubina.

O concubinato tem história milenar. Contudo, no Brasil, ele foi talhado sob marca da dominação colonial. A noção de concubinato é fundamental à interpretação da formação cultural brasileira. Todos os chamados intérpretes do Brasil fizeram referência ao concubinato como uma das mais distintivas marcas da colonização.⁷

O concubinato acabou por ser a expressão doméstica da colonização, do exercício do domínio sobre o inferior, nesse caso, sobre a mulher índia, negra ou branca pobre, de qualquer sorte, subjugada, colonizada. Manoel da Nóbrega, em suas *Cartas do Brasil e mais escritos (1549-1560)*, escrevia que, em 1551, os homens da Colônia “tinham índia de muito tempo, de quem tinham filhos, e tinham por grande infâmia casarem com elas.”⁸

A origem do concubinato, no Brasil, não pode ser desprezada, sob pena de se construir compreensão equivocada, concebendo-o como alternativa ao casamento oficial, como união não formalizada com o intuito de constituição de família. Muito ao contrário, o concubinato viabiliza-se

⁵No Livro IV, Título LXVI das Ordenações Filipinas, consta: “Da doação, ou venda, feita por homem casado a sua barragã. Se algum homem casado der a sua barragã alguma cousa móvel, ou de raiz, ou à qualquer outra mulher, com que tenha carnal afeição, sua mulher poderá revogar e haver para si a cousa, que assi foi dada; e mandamos que seja recebida em Juizo a demandar a dita cousa sem autoridade e procuração do marido, que a esse tempo seja em poder do marido, quer apartada delle, e essa cousa que ella assi demandar, queremos que seja sua própria, *in solidum*, sem seu marido haver em ella parte, e que possa fazer dela tudo que lhe aprouver, assi e tão perfeitamente como se não fosse casada.” (Mantida a grafia do original – ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org). *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Texto digitalizado disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/filipinas/ordenacoes.htm> - Acesso em: 14 maio 2011). O texto prossegue aplicando a mesma solução no caso de venda ou outro tipo de transferência de bens do homem casado à sua concubina, presumindo fraude ao casamento.

⁶Código Civil de 1916, art. 1.177: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”. O art. 1.719, do mesmo Código, também dispunha: “Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: (...) III-a concubina do testador casado”. A Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) deu nova redação ao art. 248 do Código de 1916, estabelecendo que: “A mulher casada pode livremente: (...) IV-Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).”

⁷Ao contrário da Europa que, a partir do século XVII, assistiu franco declínio do concubinato em razão da Reforma Protestante e da Contrarreforma Católica, o concubinato cresceu na colônia brasileira já a partir do século XVI, tornando-se “espaço por excelência das relações sexuais e da procriação”. (VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 83).

⁸Apud VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 84.

pelas condições de colonização e de escravidão e revela-se como exercício de poder. O concubinato se consagra como um dos privilégios sexuais dos lusitanos, primeiramente em relação às índias, depois em relação às negras, mulatas, mamelucas e brancas pobres.

Na Colônia, o concubinato não guarda qualquer relação com a noção de casamento. O estigma da concubina não permite esta aproximação. Também, o ingrediente racista do concubinato não deve ser amenizado.⁹ O concubinato não resulta de uma relação entre iguais, que, rejeitando as imposições e complexas regras do casamento optaram pela informalidade, na constituição de uma família. Longe disso, os portugueses “preferiam a morte à vergonha de esposar mulher infamada pelo sangue, pela cor ou pela condição social.”¹⁰ Caio Prado Júnior registra o caso do governador de Goiás, Fernando Delgado de Castilho, que apaixonado por uma mulher pobre com quem vivia publicamente no palácio, e de quem tivera prole numerosa, “preferiu suicidar-se a levá-la casada para o Reino, de onde o chamavam”.¹¹

A negação da família sem casamento prevaleceu no Direito brasileiro até a Constituição de 1988. A percepção da família, somente a partir da formalidade do casamento, impôs, como decorrência lógica, o absoluto silêncio a respeito do concubinato para os tratados, cursos e manuais de Direito de Família até o início da década de 1960. Realizados os excertos generalizantes sobre a origem da família, a título preambular, de regra, todos esses textos passam a abordar, imediatamente, o tema da existência e validade do casamento, sem dedicar qualquer espaço ao concubinato.

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 de 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 partição de haveres entre os concubinos. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal aprova a Súmula 35, dispondo que “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. Em 1964, é editada a Súmula 380, já referida e considerada anteriormente, fixando que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Na mesma data é, também,

⁹Importa sublinhar que importantes intérpretes da brasilidade, como Gilberto Freire e Sérgio Buarque de Holanda, sublimaram ou mesmo negaram o racismo dos colonizadores. Buarque de Holanda diz, expressamente, referindo-se ao colonizador português: “A isso cumpre acrescentar outra face bem típica de sua extraordinária plasticidade social: a ausência completa, ou praticamente completa, entre eles, de qualquer orgulho de raça. Ao menos do orgulho obstinado e inimigo de compromissos, que caracteriza os povos do Norte. Essa modalidade de seu caráter, que os aproxima das outras nações de estirpe latina e, mais do que delas, dos muçulmanos do norte da África, explica-se muito pelo fato de serem os portugueses, em parte, e já ao tempo do descobrimento do Brasil, um povo de mestiços”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 45).

¹⁰VAINFAS, Ronaldo. *Trópico...* p. 84.

¹¹PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000. p. 363.

aprovada a Súmula 382, reconhecendo que “a vida em comum sob o mesmo teto, *‘more uxorio’*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Também, ainda no ano de 1964, é aprovada a Súmula 447, que reconhece a inexistência de nulidade em razão de presunção de disposição testamentária por meio de interposta pessoa, quando é beneficiário o então denominado “filho adúltero”. Assim, dispôs a referida Súmula: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adúltero do testador com sua concubina”. Quebrado estava, efetivamente, o silêncio da jurisprudência em relação a efeitos jurídicos reconhecidos ao concubinato.

Em que pese efeitos positivos ao concubinato ele permaneceu à margem da família legítima matrimonializada. O Supremo Tribunal Federal fez analogia do concubinato com a sociedade de fato, no âmbito das relações obrigacionais, e não com a família.

Mesmo depois da Constituição de 1988, que consagrou a união estável como entidade familiar, o ordenamento jurídico brasileiro ainda vive verdadeiro paradoxo. De um lado, a Constituição Federal, superando o modelo de família originada exclusivamente do casamento, consagrou o princípio da *pluralidade de entidades familiares*, e, de outro, o sistema do Código Civil de 2002 — ainda que trate, por exemplo, da união estável, ressuscitou a noção de *concubinato* que parecia já definitivamente superada pela Constituição Federal e pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.¹² Ao que anteriormente se denominava concubinato impuro o Código Civil de 2002 denominou simplesmente *concubinato*, consagrando a seguinte definição legal em seu art. 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

A regulação da união estável pelo Código Civil de 2002 tem merecido severas críticas, tanto no que se refere à matéria da conjugalidade surgida de tal relação como também no que diz respeito à matéria sucessória. Cabe, neste espaço, somente, reflexão sobre o concubinato, reconsagrado pelo já referido art. 1.727 do Código Civil.

A primeira crítica que aflora refere-se à redação deste dispositivo do Código Civil, posto que faz configurarem concubinato as relações não eventuais entre pessoas impedidas de se casarem, contrariando o próprio art. 1.723 que, em seu parágrafo primeiro, admite a união estável entre os companheiros, ainda que um ou ambos sejam casados, bastando que estejam separados judicialmente ou de fato. Quem é separado judicialmente ou de fato está impedido de contrair novo casamento, mas, ao estabelecer união de fato, esta enquadrar-se-á na moldura da união estável e não do concubinato,

¹²A este respeito escreveu Luiz Edson Fachin: “Antes tratava-se do concubinato, suas formas e espécies, efeitos jurídicos de um fato. Não mais agora. A questão não é apenas semântica, é histórica, cultural e jurídica. (...) E aí não há mais lugar legítimo para a designação do concubinato”. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família* – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 62-63)

como, contraditoriamente induz a leitura do dispositivo legal tomado em consideração.¹³

Ainda que truncada a redação, o art. 1.727 do Código Civil prestou-se a reforçar a distinção entre concubinato puro e impuro.¹⁴ Nas palavras de Zeno Veloso, ao comentar o referido dispositivo, “concubinato, assim, sem adjetivação alguma, é a figura que, no passado, para distinguir do concubinato puro — atualmente chamado companheirismo ou união estável — denominava-se concubinato impuro.”¹⁵ Tão ambíguas quanto a lei têm sido as conclusões ou consequências que dela são extraídas. Zeno Veloso mesmo assevera que “o concubinato não gera direito e deveres nem produz os efeitos da união estável. Isto não quer dizer, todavia, que o concubinato não produz qualquer efeito”.¹⁶ A solução que sugere é a aplicação da antiga Súmula 380 do STF, isto é, a tutela da sociedade de fato e não da família.

A desclassificação da condição de família fica clara ao longo de sua reflexão:

Se o concubinato viola a moral, ofende os bons costumes, afronta os princípios das verdadeiras entidades familiares, não é por isso que se vai permitir que ocorra a exploração humana, que um dos concubinos enriqueça e prospere financeiramente, reduzindo-se à miséria o outro...” Se existem famílias que são verdadeiras é porque existem as que são falsas ou apenas arremedos de família. Assim, “a união estável é entidade familiar que, na constituição e nos efeitos, é regulada pelo Direito de Família; o concubinato, conforme o caso concreto, pode determinar efeitos patrimoniais, disciplinados pelo Direito das Obrigações. ¹⁷(Grifos nossos)

Ainda que faça críticas à construção gramatical, Rodrigo da Cunha Pereira conclui que

a redação do art. 1.727 traduz, em suma, uma evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial, que veio se fazendo ao longo das últimas décadas, especialmente após a Constituição da República de 1988. Em outras palavras, concubinato é um gênero que comporta duas espécies:

¹³A crítica à redação é referida, entre outras, nas seguintes obras: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XX. p. 219; LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

¹⁴Álvaro Villaça de Azevedo, ao comentar o referido dispositivo diz: “Certamente que esse artigo trata do concubinato impuro ou adúlterino”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 421).

¹⁵VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*: arts. 1.694 a 1.783; São Paulo: Atlas, 2003, v. XVII. p. 155.

¹⁶VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*: arts. 1.694 a 1.783; São Paulo: Atlas, 2003, v. XVII. p. 156.

¹⁷VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*: arts. 1.694 a 1.783; São Paulo: Atlas, 2003, v. XVII. p. 156.

o concubinato não-adulterino, denominado então de união estável, e o concubinato adulterino a que podemos nomear de concubinato propriamente dito.¹⁸

Não é possível com tal leitura concordar. O referido dispositivo é indicativo de retrocesso e não de evolução.

Não há como pensar o concubinato, previsto no Código Civil de 2002, sem retroagir ao passado de desclassificação da família não matrimonializada que só encontrava amparo por meio de uma analogia forçada com a sociedade de fato, mas que, como família jamais vista ou considerada. A mesma experiência de discriminação se dá em relação à união de pessoas do mesmo sexo, consagrada atualmente pela expressão *união homoafetiva*. Em que pese a importante decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132,¹⁹ reconheceu como união estável aquela formada entre pessoas do mesmo sexo, não faz muitos anos, o Superior Tribunal de Justiça ainda consagrava entendimento segundo o qual a dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo constituía matéria de competência das varas cíveis, por se tratar de relação meramente obrigacional, e não das varas de família.²⁰

O signo da desqualificação e, portanto, da marginalização de determinadas famílias parece imperceptível a muitos civilistas, mesmo para alguns daqueles que advogam posições reconhecidas como muito avançadas

¹⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XX, p. 218.

¹⁹No dia 05 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 132 e a ADI 4277 reconheceu a união homoafetiva – aquela formada por pessoas do mesmo sexo – como entidade familiar e sendo que dela devem decorrer todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

²⁰DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido". (STJ – REsp. 502995 / RN. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: 26/04/2005. DJ 16/05/2005 p. 353). Atualmente, isto é, depois de cinco ou seis anos, o Superior Tribunal de Justiça mudou completamente seu entendimento, conforme demonstra ementa de acórdão a seguir transcrita: "CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANÁLOGIA. 1. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas. 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp 827962 / RS. Rel. Min. João Otávio De Noronha. Quarta Turma. Data de Julgamento: 21/06/2011. DJe 08/08/2011).

por uma esmagadora maioria reacionária às transformações da percepção jurídica das famílias contemporâneas.

A noção de *concubinato*, reforçada pelo Código Civil de 2002, consagra-se, pois, como um estatuto de exclusão, expulsando do âmbito de proteção entidades familiares que — por força do art. 226 da Constituição Federal, e, fundamentalmente, em razão do princípio da dignidade humana — deveriam merecer especial tutela do Estado.

O concubinato com todo seu teor discriminatório e marginalizante revela-se como o primeiro e mais relevante efeito da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família. Este entendimento, todavia, não subsiste à prova dos princípios constitucionais que atualmente informam o Direito das Famílias. A monogamia não pode ser recepcionada como princípio do Direito de Família não somente em razão de seu potencial efeito discriminatório que atenta contra a dignidade da pessoa humana, mas, também, porque implica ingerência indevida do Estado nas situações jurídicas coexistenciais tolhendo a liberdade de constituição de família, afrontando, assim, o princípio da democracia que deve reverberar, também, na esfera privada.

3. A SUPERAÇÃO DA MONOGAMIA E NOVAS FORMAS DE CONJUGALIDADE CONTEMPORÂNEAS

A superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família não é tomado como tema que encontra a razão de ser em si mesmo. Não se trata, portanto, de promoção ou defesa de uma perspectiva contrária à monogamia, como que para afirmar a poligamia ou a possibilidade do poliamor. A proposição não tem caráter apologético. Antes, trata-se de uma constatação em face da reconfiguração das famílias contemporâneas em suas múltiplas expressões.

À medida que se fixou o princípio da pluralidade das entidades familiares e à medida que este passou a receber tratamento rigoroso e consistente pelos civilistas brasileiros comprometidos com a perspectiva do Direito Civil-Constitucional, sobressaiu-se a família como relação jurídica instrumentalizada à realização das pessoas que integram a entidade familiar, pouco importando se tal família foi ou não originada do casamento. Assim, gradativamente, a família perdeu importância pelo fato de ser ou não originária do casamento, posto que toda e qualquer família é merecedora de especial proteção do Estado.

Em sendo assim, a flexibilização, a informalidade e a liberdade no estabelecimento de diversas formas de conjugalidade ganharam cada vez mais espaço e importância. Neste contexto, a defesa intransigente da

monogamia como princípio do Direito de Família se mostra anacrônica. O descompasso é evidenciado no cotejo da regra da monogamia com a principiologia constitucional que informa e direciona o Direito das Famílias brasileiro contemporâneo.

Em síntese, poder-se-ia dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana não admite que se negue a história de uma família, condenando-a à invisibilidade jurídica tão somente porque existe paralela ou simultaneamente a outra que é reconhecida como legítima. Nada há de mais ofensivo à dignidade da pessoa humana que a negação de sua existência histórica e concreta, com sua ação sobre o mundo e o discurso ou narrativa de sua própria vida. Por outro lado, a dignidade da pessoa humana deve ser percebida como resistência a todo sistema totalizante que tende a negar o outro. O reconhecimento da alteridade, isto é, do outro em sua integralidade, com sua história, suas idiosincrasias constitui critério aferidor da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, ganha especial importância o princípio da liberdade nas situações subjetivas coexistenciais. Em um Estado Democrático de Direito, marcado pelo princípio da laicidade do próprio Estado, não faz sentido que este dite o que é família, preestabeleça requisitos estritos para a constituição da conjugalidade, e nem, tão pouco, defina todos os efeitos jurídicos das relações amorosas. No estágio em que se encontra o Direito das Famílias, são percebidos desdobramentos inevitáveis do princípio da pluralidade das entidades familiares. Superado o casamento como o grande paradigma para a constituição de família, com regulação minudente na codificação civil, abriu-se espaço à liberdade para um sem-número de conformações familiares. Isto não quer significar que foi o Direito de Família que operou façanha da liberdade, soltando as amarras a que estavam submetidas as pessoas. Ao contrário, às vezes, tardiamente, é que se reconhece na esfera jurídica — isto é, na construção dogmática e na jurisprudência — uma liberdade já consagrada na vida concreta das pessoas.

Exemplo deste descompasso se tem na repercussão que teve o caso da escritura pública de contrato de relação poliamorosa de Tupã. Em agosto 2012, naquela cidade do interior de São Paulo, um homem e duas mulheres fizeram lavrar escritura pública de união estável envolvendo os três, que viviam tal relação já há três anos.²¹ É absolutamente estranho que se ponha em questão a constitucionalidade e a eficácia jurídica de tal contrato. Se o Supremo Tribunal Federal, em 5 de maio de 2011, julgando a ADPF 132 e a ADIn 4277 determinou que o art. 1.723 do Código Civil não é inconstitucional, mas deve comportar interpretação conforme a Constituição, para que se reconheça como entidade familiar a união homoafetiva, sendo que dela devem decorrer todos os efeitos que emanam da união estável

²¹Notícia veiculada entre outros meios de comunicação, pela *Revista Consultor Jurídico* (26/08/2012), sob o título: Nova Família: União poliafetiva não é inconstitucional, diz advogado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/advogado-uniao-poliafetiva-nao-inconstitucional>. Acesso em: 27 out. 2013.

entre pessoas de sexo diferente, que razão justifica a estranheza face a união poliamorosa?

Qual é o fundamento do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar? Obviamente que não pode ser a condescendência de uma maioria que tem a heterossexualidade como padrão. O fundamento jurídico não se encontra em um padrão moral da sociedade que se abre para “admitir” uma exceção ao padrão. Evidentemente, não pode ser esta a fundamentação jurídica do reconhecimento como entidade familiar da união homoafetiva.

Logo, se o fundamento da união estável homoafetiva — e, agora, do casamento homoafetivo — encontra-se na própria dignidade dos integrantes desta família, em sua liberdade, na garantia de um Estado laico, no princípio da democracia, que razões haveria para negar juridicidade à família poliamorosa??? Que razões poderiam ser evocadas para vedar às pessoas o estabelecimento e a constituição de suas famílias da forma como entenderem por bem??? O problema é que grande parte dos juristas ainda não percebeu a virada paradigmática que a família sofreu a partir da Constituição de 1988. As reverberações desta mudança ainda vão-se fazer sentir no futuro próximo.

Colocar a monogamia como princípio estruturante sob suspeição constitui apenas um exercício inicial apontado na direção de um trabalho que está por vir. O Direito de Família terá que se ocupar das novas formas de conjugalidade, desvencilhando-se do casamento civil como único paradigma para pensar a conjugalidade. Como reclamo por liberdade nas relações coexistências é possível mencionar o contrato de namoro,²² que se presta como um antídoto contra a incidência de normas estatais em uma dada relação que se quer livre.

Nesta linha de defesa da maximização da liberdade nas relações de conjugalidade, há mesmo quem defenda a abolição do casamento civil. Em livro que está para ser publicado, Samir Namur advoga a tese de que o Estado deve “por meio do direito reconhecer a família, mas se retira a prerrogativa de predefini-la e pré-regulamentá-la, faculdades exercidas pelos indivíduos, senhores de suas vontades e dos destinos de suas personalidades”. E dessa premissa, também, deduz a seguinte conclusão: “A abolição do casamento da legislação envolve um critério de igualdade perante todas as possibilidades de arranjos familiares. Os relacionamentos passam a ser regulados não pelo seu *status* (social), mas, sim, pela função que exercem perante o indivíduo, seu

²²Sobre o tema, imprescindível é o trabalho de Marília Pedroso Xavier. Sobre a intenção presente no contrato de namoro de afastar a incidência normativa da união estável, esclarece: “Embora não haja consenso sobre o que é família no direito brasileiro, conceito cada vez mais plural, nota-se que a pactuação de um contrato de namoro seria suficiente para tornar claro o intento de não formar uma entidade familiar e, portanto, afastar a configuração de união estável”. (XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, 2011, p. 106)

bem-estar e personalidade. Assim, a escolha de convivência entre as pessoas não seria distorcida pela previsão legal que naturalmente as estimula”.²³

Não é possível um total alinhamento com a perspectiva de Samir Namur porque, ainda que subsidiariamente, cumpre ao Estado regular efeitos das conjugalidades constitutivas de famílias, inclusive em seus aspectos patrimoniais. Especialmente porque, nos grandes cinturões de pobreza, os arranjos familiares se conformam de maneira totalmente informal e a ausência de regulação dos efeitos jurídicos das relações assim estabelecidas teria como consequência a negação de sua existência e a manutenção de privilégios patrimoniais, mormente naqueles casos de dominação masculina e de dependência econômica da mulher. Nestes casos, a lei e a regulação subsidiária vêm para assegurar a liberdade e a igualdade e não para tolher direitos. Aliás, a tese da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família²⁴ tem essa intenção primeira, demonstrar como o princípio da monogamia foi historicamente usado para construção de lugares de *não direito*, para determinar a invisibilidade jurídicas de famílias de segunda classe.

Desta forma, as novas formas de conjugalidade estabelecem pautas para o Direito das Famílias contemporâneo, que desafia a equalização da liberdade e solidariedade, pluralidade e efetiva proteção a todos que, no seio das famílias, se encontram em situação de vulnerabilidade. A efetiva funcionalização da família ao desenvolvimento da personalidade e à realização das pessoas que a integram implica superação de suas amarras estruturais engatadas no paradigma secular do casamento civil. Os novos arranjos familiares desafiam a libertação do próprio Direito, no sentido de que este se desfaça da camisa de força da família matrimonializada, que permanece como uma grande sombra, no imaginário e no senso comum dos juristas.

²³NAMUR, Samir. *Autonomia privada para constituição da família*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Sociais. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito; 2013, p. 174.

²⁴Sobre o tema versa nosso livro: SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: sua superação como estatuto jurídico do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.