

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Najla Lopes Cintra

**União estável plurimas e o
Reconhecimento do direito sucessório**

Mestrado em Direito das Relações Sociais

**São Paulo
2016**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Najla Lopes Cintra

**Uniões estáveis plúrimas e o
Reconhecimento do direito sucessório**

Mestrado em Direito das Relações Sociais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Francisco José Cahali.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

À grande mulher que me deu a vida,
mamãe Zilva, e àquela por quem eu vivo
hoje, minha pequena Manuella.

AGRADECIMENTOS

À minha amada mamãe, Zilva: este trabalho não seria possível se a senhora não tivesse exercido com maestria sua função de mãe, mulher e profissional, sempre nos inspirando a ser melhores, a alcançar degraus ainda mais altos do que os que a senhora conseguiu. Seu incentivo e sua força foram fundamentais para que o sonho do Mestrado se tornasse possível.

Aos meus irmãos, Radamés e Bruno, pelo companheirismo em todos os momentos. O amor que nutrimos uns pelos outros é algo que nem todos têm o privilégio de vivenciar.

Ao meu pai, Sinomar, pela atenção e carinho a mim dispensados.

Ao meu esposo, Danillo, que comigo embarcou neste sonho e viveu intensamente todas as disciplinas cursadas, todas as viagens semanais, todos os questionários, seminários e artigos preparados nas longas madrugadas e nos fins de semana. Seu apoio e incentivo, especialmente nesta reta final, foram fundamentais para a concretização deste trabalho.

À minha querida sogra, Lívia, a quem confiei meu bem mais precioso todas as semanas para que pudesse viajar e estudar em São Paulo. Sua ajuda foi imprescindível. Saber que a Manuella estava em boas mãos foi fundamental para que eu pudesse dar seguimento aos estudos com tranquilidade.

Ao meu estimado orientador, Professor Dr. Francisco José Cahali, que me apoiou durante esta caminhada, ajudou-me a superar alguns obstáculos que se apresentaram e tornou todo o processo mais suave. O conhecimento adquirido com o senhor abriu-me novos horizontes e possibilitou-me enxergar a necessidade de um Direito de Família mais preparado para amparar a sociedade atual.

Ao Professor Dr. Marcelo Truzzi Otero, um grande incentivador do meu prosseguimento na docência, que me estimulou a continuar os estudos da pós-graduação em Família e Sucessões e aprimorá-los no Mestrado em Direito Civil da PUC-SP.

À querida amiga Ana Caroline Honorato Netto, companheira de ideais, amiga para todas as horas, sempre tão prestativa!

Ao estimado amigo Garibalde Martins Moura Neto e seus familiares – tia Rosa, tio Marcos e Arthur –, que me receberam tão bem nos primeiros semestres em São Paulo, oferecendo-me o apoio necessário.

Aos vários professores e colegas com quem convivi durante estes anos de Mestrado: tenham certeza de que sempre os guardarei com carinho, pois com vocês aprendi muito, e tenho certeza que saio desta experiência uma pessoa mais forte e mais bem preparada.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise das uniões estáveis plúrimas, em que os relacionamentos se dão entre três ou mais pessoas, de forma pública e consentida. O trabalho tem por escopo demonstrar que nem sempre as alternativas trazidas pelo legislador conseguem responder aos anseios de uma coletividade, e que tais grupos se veem obrigados a buscar o judiciário para verem seus direitos resguardados. O posicionamento conservador de muitos juristas, contudo, impede que situações do dia-a-dia sejam reconhecidas, primando-se pela letra fria da lei em detrimento da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana. Analisar-se-á a monogamia e sua utilização como princípio ou regra de orientação. Serão abordados os princípios estruturantes da família, bem como comparados os deveres de fidelidade e lealdade relacionados ao casamento e à união estável. A atribuição de efeitos aos relacionamentos em questão passará, ainda, pela discussão da boa-fé, e discutir-se-á, por fim, a questão sucessória que permeia estes relacionamentos.

Palavras-chave: União estável. Pluralidade. Monogamia. Direitos Sucessórios.

ABSTRACT

This study aims to analyze the relationships that occur simultaneously among three or more people, with the consent of all of those involved and in a public way. The work's goal is to demonstrate that solutions brought by the lawmakers are not always capable to reach a group's aspiration, and these groups are compelled to search for the Judiciary System to see their rights ensured. However, many jurists' conservative thoughts prevent everyday's situations to be acknowledged, putting the cold letter of law above the individual's autonomy and human dignity. It will study monogamy and its usage as a principle or as an orientation rule. Family pillar principles will be brought up, as well as the comparison between the duties of fidelity and loyalty related to marriage and civil union. The analysis of possible effects resulting from these relationships will observe the good faith's existence and finally it will discuss succession matters concerning these arrangements.

Key words: Civil union. Plurality. Monogamy. Law of succession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA, RELIGIÃO E MONOGAMIA	15
1.1 A EVOLUÇÃO DOS RELACIONAMENTOS FAMILIARES NO MUNDO	15
1.2 A CONSOLIDAÇÃO DA MONOGAMIA ENTRE OS OCIDENTAIS	19
1.3 BRASIL: UM PAÍS DE CASAMENTOS E UNIÕES INFORMAIS.....	22
CAPÍTULO 2 – PILARES DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	26
2.1 CONCEITUAÇÃO: REGRA, PRINCÍPIOS E VALORES	26
2.2 A FAMÍLIA EUDEMONISTA	29
2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	31
2.4 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA ESTATAL.....	33
2.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	34
2.6 MONOGAMIA: PRINCÍPIO OU REGRA DE ORIENTAÇÃO?	36
2.7 A ATUAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA DA CONSTITUIÇÃO.....	41
CAPÍTULO 3 – AS FAMÍLIAS PLÚRIMAS: UMA POSSIBILIDADE	47
3.1 DEVER DE FIDELIDADE X DEVER DE LEALDADE	49
3.2 FAMÍLIAS PLÚRIMAS: APENAS EM UNIÃO ESTÁVEL OU TAMBÉM NO CASAMENTO?	53
3.3 A ANÁLISE DA BOA-FÉ PARA O RECONHECIMENTO DO RELACIONAMENTO	55
3.4 O PLURALISMO DE INTEGRANTES NA UNIÃO ESTÁVEL	59
3.4.1 Os registros de uniões estáveis plúrimas junto aos Tabelionatos de Notas e o CNJ	63
CAPÍTULO 4 – QUANDO ABERTA A SUCESSÃO	65
4.1 A SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL.....	65

4.2 A SUCESSÃO NAS UNIÕES ESTÁVEIS PLÚRIMAS	68
4.2.1 Participação na divisão do patrimônio	69
4.2.2 Direito real de habitação.....	73
4.2.3 Modificação do <i>status familiae</i>	73
4.2.4 Multiparentalidade	74
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

"Tenho condições de ter duas mulheres
Dando conforto, amor e guarida
Parentes e amigos, eu peço um favor
Vocês não se metam com minha vida.
Estou levando a vida que eu quero na face da terra sou
um homem feliz
Casei-me com uma no altar na vida, casei-me com a outra
no altar da matriz.
A minha vida é um mar de rosas, duas mulheres gostando
de mim
O amor lá em casa não quero que acabe, o amor lá fora
não pode ter fim".
(Trio Parada Dura – Um homem e duas mulheres)

INTRODUÇÃO

O trabalho em questão visa analisar os efeitos sucessórios atribuídos aos relacionamentos constituídos entre três ou mais pessoas.

Cumprir apresentar, de pronto, o que levou à escolha do termo central do trabalho: as uniões estáveis plúrimas. Ao se referir a uniões estáveis simultâneas ou uniões estáveis paralelas, ou até mesmo ao poliamor, o conceito que logo perpassa o imaginário é o de uma pessoa que mantenha duas (ou mais) famílias distintas, geralmente em situação de clandestinidade. Tais arranjos já são objeto de discussão e de decisões judiciais – não se está aqui a analisar o conteúdo de tais decisões.

Com o intuito, portanto, de tratar da família una mas com pluralidade de integrantes, e lastreada na confiança, honestidade e busca pela felicidade, trouxe-se a nomenclatura adotada no estudo: uniões estáveis plúrimas.

Inicialmente far-se-á um histórico das relações familiares, desde quando a poligamia vigorava, sendo motivo de vergonha para um homem possuir poucas mulheres, até a instituição da monogamia.

A influência da Igreja será notada ao se discutir a monogamia e sua inserção nos ordenamentos ocidentais.

Serão observados, ainda, aspectos relativos ao casamento, que somente após o Cristianismo, com atuação da Igreja, passou a ser considerado a forma válida de constituição de um relacionamento, sendo exigidas algumas formalidades para sua realização.

Em que pese o Estado brasileiro laico, a monogamia ainda aparece, demonstrando a força existente por trás deste conceito e de como ele foi absorvido pela sociedade. O posicionamento da legislação brasileira em relação aos arranjos familiares será brevemente exposto.

O segundo capítulo passará à análise dos princípios para que se possa chegar à família eudemonista. Para que se possa entender bem o contexto, far-se-á a distinção entre princípio, regra e valor, de forma a se poder estudar cada princípio, caracterizando-o ou não como tal, e se decidir quanto ao procedimento em caso de colisão. Abordar-se-á, neste ponto, a questão da monogamia como princípio

estruturante ou como regra de orientação. Por fim, os princípios serão utilizados na conceituação de família.

O terceiro capítulo trará a possibilidade de constituição de relacionamentos plúrimos, havendo consentimento de todas as partes e publicidade desta união, abordando, principalmente, as questões relativas à boa-fé e à autonomia da vontade dos envolvidos. Será discutido, ainda, se os termos lealdade e fidelidade caracterizam comportamentos sinônimos. Em tópico específico será tratada a possibilidade de ocorrência da pluralidade de membros apenas na união estável ou também no casamento.

O último capítulo permeará as questões sucessórias nestes relacionamentos. Após breve observância das regras para sucessão do companheiro, pontos como divisão do patrimônio, multiparentalidade, direito real de habitação e modificação do *status familiae* serão expostos.

Para uma melhor análise do estudo, contudo, necessário se faz que o leitor se desfaça de seus conceitos pré-constituídos, de forma a enxergar com outros olhos as situações existentes na sociedade – não apenas hodierna, mas desde a antiguidade.

CAPÍTULO 1 – FAMÍLIA, RELIGIÃO E MONOGAMIA

As formas pelas quais as famílias são constituídas vêm sofrendo modificações ao longo dos tempos. A definição rígida do que é família cedeu lugar a um conceito muito mais amplo e abrangente. As estruturas familiares presentes na sociedade hodierna não se resumem ao casamento e à união estável – em que pese o não reconhecimento legal destas modalidades de família pelo poder Legislativo (HIRONAKA, 2012, p. 7).

Visa-se, neste tópico, abordar a evolução das famílias, relacionando-a com os vários modelos de uniões estabelecidos no decorrer dos séculos e das diferentes sociedades.

1.1 A EVOLUÇÃO DOS RELACIONAMENTOS FAMILIARES NO MUNDO

A família ocidental, hodiernamente, é caracterizada como monogâmica. Isto, contudo, decorreu de uma evolução cultural. Conforme dispõe Marcos Alves da Silva, os arranjos de conjugalidade são primordialmente baseados em situações culturais e sociológicas, e não apenas no caráter biológico sustentado por alguns (2013, p. 34).

O Código Hitita não instituía o dever de monogamia. Assim sendo, tinha-se conhecimento de relacionamentos poligâmicos, especialmente do rei – com a rainha, uma esposa de segunda classe e, ainda, um harém (AZEVEDO, 2011, p. 14).

É extremamente antigo o hábito dos homens de constituírem mais de uma relação. Adahyl Lourenço Dias ilustra bem tal afirmação ao dizer que "Salomão chegou a desposar setecentas mulheres, todas de boa condição, inclusive a filha de Faraó, rei do Egito, e tinha, além disso, trezentas concubinas" (1975, p. 16). O autor ressalta ainda que os egípcios admitiram "a poligamia em toda a época antiga, garantindo-se, porem, os filhos, das múltiplas uniões as mesmas hipóteses que, até hoje, se permite o concubinato pela lei muçulmana" (DIAS, A., 1975, p. 21).

Ainda quando a poligamia era instituída, seria considerado vergonhoso e desonroso o homem que possuísse apenas uma esposa (Ronaldo Frigini apud FREIRE, 2009, p. 19).

Entre os hebreus a poligamia foi cedendo lugar, gradualmente, à monogamia. Destaca-se, contudo, que em que pese a prevalência da monogamia, não se condenavam as relações poligâmicas (AZEVEDO, 2011, p. 15).

Para o Direito Romano, o concubinato estava baseado na comunhão da vida, mas o tratamento dispensado à concubina não era o mesmo dado à esposa. Somente o casamento seria capaz de dar à concubina o direito de receber o nome de *uxor* e de compartilhar a posição social do marido (FREIRE, 2009, p. 21). Os romanos admitiam a convivência estável entre pessoas solteiras quando não houvesse o *affectio maritalis* e *honor matrimonii* (AZEVEDO, 2011, p. 127). Insta salientar que o termo concubinato aqui adotado representa uma união que não seja o casamento, e não uma relação extraconjugal.

Destaca-se, contudo, que em alguns casos o casamento não era possível – como quando uma mulher pertencia a uma categoria social inferior à do homem. Assim, a única solução possível para que vivessem em comum era a união extraconjugal lícita. Presumia-se, desta forma, o casamento. Caso assim não fosse, ter-se-ia a prática de um crime.

Importa ressaltar que, entre os romanos, a existência do casamento estava diretamente ligada à ostentação realizada na cerimônia, mas que tais cerimônias não possuíam qualquer valor jurídico, posto que o que atribuía validade ao casamento era o contrato de vontade dos nubentes (AZEVEDO, 2011, p. 23).

Passou-se, no período pós-clássico, a privilegiar a considerada "família legítima" e a se estimular que aqueles que viviam em situação de concubinato legalizassem sua relação através da realização do matrimônio legítimo (FREIRE, 2009, p. 21).

O Imperador Augusto trouxe uma legislação relativa ao matrimônio, vedando a realização de casamento entre homens de classe social mais elevada com mulheres de classe social inferior. Nestes casos, somente seria possível que vivessem uma relação de concubinato (AZEVEDO, 2011, p. 127-128).

As relações com uma mulher de categoria social elevada sem que houvesse o casamento só deixaram de ser consideradas crime no direito justinianeu. De se ressaltar que "Justiniano proibiu o casamento entre mulher livre e colono de

que ela não fosse patrona" (ALVES, 1998, v. 1, p. 117). Importante destacar que eram exigidos, entre outros, a ausência de impedimentos relativos ao parentesco, a monogamia neste relacionamento, bem como fidelidade. Apesar das referidas exigências, não se via o casamento como uma instituição de grau superior ao concubinato (ALVES, 1998, v. 2, p. 321-322). A diferenciação ficava a cargo das pessoas envolvidas na união: uniões entre pessoas ilustres deviam seguir algumas formalidades – principalmente no que dizia respeito ao dote –; uniões entre os demais estavam liberadas do rigor (AZEVEDO, 2011, p. 28).

Pode-se observar, assim, uma grande diferença em relação ao direito romano, que considerava a união estável como uma união de classe inferior ao casamento, devido às suas informalidades. Destaca-se, a despeito disto, que não existia reprovabilidade na constituição deste tipo de união (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 65).

Cumprido ressaltar, ainda, que os casamentos eram muito utilizados para selar alianças e por interesses políticos, de tal forma que apenas os mais ricos costumavam consolidar o matrimônio. As classes menos abastadas estabeleciam uniões, mas que não eram reconhecidas como casamento (SILVA, M., 2013, p. 60-61).

O grande marco para se passar a considerar o concubinato como relação imoral aconteceu com a superveniência do Cristianismo. A Igreja ainda aceitava uniões entre homem e mulher sem casamento. Destaca-se, contudo, que já se adotava um sistema monogâmico.

Pelo cânon 4, dist. 34, o Concílio de Toledo, no ano 400, proibia manter-se, simultaneamente, esposa e concubina, mas admitia, alternativamente, uma ou outra: "*unius mulieris, aut uxoris, aut concubinae ut ei placuerit, conjunctionem*" (DIAS, A., 1975, p. 30).

Travava-se uma batalha para elevação do status do casamento. A Igreja enfrentava resistência, contudo, junto aos reis cristãos "que tolhiam a liberdade de combate à concubinação, mormente Carlos Magno, grande defensor da Igreja e instituidor da potestade temporal dos papas, mantinha quatro mulheres e seis concubinas" (DIAS, A. 1975, p. 30).

De possível, na época do Imperador Augusto, o concubinato passou a sofrer restrições sob a égide do Imperador Constantino – que estimulava que os

concubinos se casassem, sob a alegação de que os filhos passariam a ser legitimados –, até ser abolido pelo Imperador Leão (886-912 d.C.) (AZEVEDO, 2011, p. 128).

O Concílio de Trento, em 1563, foi responsável por encerrar o assunto: o casal só deveria coabitar após a benção nupcial. O casamento é elevado, assim, à condição de sacramento. Foi estabelecida, ainda, uma série de formalidades a serem observadas para que os casamentos fossem considerados válidos (WALD, 1981, p. 14).

Como bem reporta Fernando Santosuosso, anteriormente ao Concílio de Trento exigia-se apenas uma manifestação de vontade dos nubentes para que o casamento fosse válido, e assim "a Igreja deixava ao Estado a faculdade de intervir e de presidir, por meio de seus próprios funcionários, à celebração matrimonial e de disciplinar com suas próprias normas a formalidade exterior da cerimônia" (Fernando Santosuosso apud AZEVEDO, 2011, p. 40). Isso não mais ocorre.

O Concílio de Trento teve, assim, a função de instituir o caráter sacramental ao casamento e torná-lo de competência exclusiva da Igreja (CARDOSO, 2010, p. 15).

As providências adotadas pela Igreja visavam a combater os matrimônios clandestinos, tendo em vista as formalidades agora exigidas e o registro dos casamentos junto à própria Igreja.

O casamento religioso passou a ser fundamental, portanto, para as relações familiares, tendo passado esta influência pela Idade Média e chegado à Idade Moderna.

De se ressaltar que o Concílio de Trento não serviu para pautar apenas as sociedades católicas:

As conclusões do Concílio de Trento têm a máxima importância na evolução do direito de família dos países católicos, especialmente nos que o receberam, como Portugal, mandando que as decisões do concílio se aplicassem em seu território. Mesmo na França, em que tais deliberações jamais foram explicitamente aceitas pelo legislador, exerceram importante influência de maneira indireta, provocando uma legislação civil que seguiu os moldes da lei canônica (WALD, 1981, p. 14).

Orlando Gomes aponta que diversas disposições legais existentes em ordenamentos jurídicos decorrem da influência do Direito Canônico, e exemplifica

com as causas de impedimento ao casamento e a estipulação da monogamia (1998, p. 92-97).

Importante salientar que o Direito Canônico trouxe alguns pontos basilares para o casamento – vedando sua dissolução, rechaçando a poligamia e o divórcio –, e ainda é capaz de influenciar os indivíduos nos dias contemporâneos, com seus rituais e solenidades sendo observados, principalmente, nas uniões católicas (CARDOSO, 2010, p. 16-17).

Já no Brasil, até próximo à Proclamação da República estava vinculada à Igreja a consolidação de vários atos jurídicos relacionados ao casamento, posto que cumpria a ela registrar os casamentos, nascimentos e óbitos. O Decreto 9.886/1888 trouxe a regulamentação para que os registros civis de nascimento, casamento e óbito, agora atribuição do Estado, pudessem ser efetuados. Após a Constituição de 1891, com a nítida separação realizada entre Estado e Igreja (art. 72, §3º e §7º da Constituição de 1891), estabeleceu-se que o casamento civil seria o único a produzir efeitos jurídicos (art. 72, §4º da Constituição de 1891). Isto não significa, contudo, que o casamento nos moldes estabelecidos pela Igreja Católica tenha perdido sua importância e/ou deixado de ser observado (SILVA, M., 2013, p. 69).

O aspecto das uniões no Direito Brasileiro ainda será abordado de forma pormenorizada em tópico apartado.

1.2 A CONSOLIDAÇÃO DA MONOGAMIA ENTRE OS OCIDENTAIS

Os motivos que levaram a sociedade ocidental a incorporar a monogamia no âmbito familiar carecem de uma digressão filosófica e histórica.

Friedrich Engels¹ sustentava que a opção pela monogamia tem um fundo patrimonial e sucessório. É o

predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai. (apud SILVA, M., 2013, p. 44)

¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. p. 66.

Nota-se, aqui, a preocupação com a monogamia feminina, vez que o que se visa assegurar é a certeza de que a prole deriva do marido, evitando que descendentes de outros homens pudessem ter acesso ao patrimônio do chefe daquele núcleo familiar devido à *turbatio sanguinis*. É silente, aqui, a questão da fidelidade masculina. Conforme aponta Marcos Alves da Silva, a monogamia apareceu nas codificações dos séculos XIX e XX (2013, p. 45).

Justamente neste sentido é que se condenava apenas o relacionamento praticado entre um homem com uma mulher casada – caracterizando-o como adultério. Nada se exigia ao homem casado. Uma vez considerados filhos apenas aqueles oriundos do casamento, a presunção *pater is est* afetaria os maridos daquelas que mantivessem um relacionamento fora do casamento – presumindo-se serem eles os pais dos filhos nascidos na constância da união –, não se vislumbrando problemas no relacionamento extraconjugal do homem, posto que eventuais filhos dali decorrentes não seriam considerados seus herdeiros legítimos.

Em sentido diferente do adotado por Engels, o filósofo estóico Gaius Musonius Rufus exalta a necessidade de tratamento isonômico entre homens e mulheres – não em razão da filiação, mas em função da superioridade masculina no campo moral. Inicialmente cumpre ressaltar que Musonius sustenta que este tratamento isonômico deve acontecer apenas no que tange ao campo sexual, pois ele reconhece a primazia natural do homem no que tange à direção da família. Em seu entender, ao se estipular apenas a monogamia da esposa, proibindo-a de manter relações com outros homens, estar-se-ia reconhecendo a superioridade feminina no controle dos impulsos e, sendo ela moralmente superior, a responsabilidade pela administração da casa deveria ser dela. Ao se abster de manter relações extraconjugais, o marido se mostraria igualmente superior no campo moral e, na condição possuir outros direitos superiores aos da mulher, permaneceria no comando da família (SILVA, M., 2013, p. 56).

Traz-se a lume, ainda, o posicionamento de Immanuel Kant, segundo o qual a monogamia deve existir no casamento para o homem e a mulher, pois há, entre os cônjuges, uma relação de posse recíproca. Caso se admita a poligamia para uma das partes, ter-se-á a situação de um possuindo o outro completamente enquanto que um dos envolvidos somente consegue possuir parte do outro cônjuge, visto que este não está se dedicando integral e exclusivamente à relação (SILVA, M., 2013, p. 66). Salienta-se que a visão de Kant não representa a igualdade de

direitos entre homem e mulher em todos os campos, uma vez que ele dispõe existir uma natural dominação do marido sobre a mulher, principalmente no que diz respeito ao homem como provedor do lar (SILVA, M., 2013, p. 67-68).

Martinho Lutero tinha opiniões de vanguarda no que concerne à monogamia. A seu ver, dever-se-ia privilegiar a liberdade de consciência, e não os limites estabelecidos pela Igreja para o casamento (apud SILVA, M., 2013, p. 74).

É certo que o Concílio de Trento trouxe disposições sobre rito, direitos e deveres do casamento, e estabeleceu a monogamia como seu princípio estruturante. O Brasil, por sua herança Católica, trouxe os fundamentos do casamento estabelecidos pela Igreja para sua legislação – e também a monogamia.

Clóvis Beviláqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, usou a monogamia, inclusive, como justificativa para que não se autorizasse o divórcio àquela época, sustentando que as condições da sociedade brasileira não receberiam bem tal instituto (1956, p. 287). A monogamia, considerada como um princípio basilar da família, deveria ser preservada, por interessar diretamente ao Estado, a despeito da infelicidade existente entre os membros do núcleo familiar:

A indissolubilidade do matrimônio atua sobre os cônjuges como elemento moderador das paixões e consolidador da amizade recíproca dos cônjuges, porque diante dela se amainam as pequenas disputas, que tomariam grande vulto com a possibilidade de se desfazer o vínculo; que a sorte dos filhos é dolorosa e prejudicial ao desenvolvimento dos bons sentimentos, quando o divórcio os atira do lar onde nasceram para o seio de família estranha; que o divórcio não diminui o número de crises por paixão sexual, como houve quem dissesse; a estatística prova o contrário; que é com a moral, que se evitam uniões ilícitas, e não com o divórcio (BEVILÁQUA, 1956, p. 287).

Posteriormente, o Código Civil de 2002 trouxe, implicitamente, a monogamia, instituindo o dever de fidelidade recíproca. É importante frisar o seu caráter implícito, não havendo no ordenamento qualquer menção expressa quanto à adoção da monogamia.

No próximo capítulo, ao se abordar os princípios que constituem a base da família, discutir-se-á de forma pormenorizada o reconhecimento (ou não) da monogamia como princípio basilar e determinante das relações familiares.

1.3 BRASIL: UM PAÍS DE CASAMENTOS E UNIÕES INFORMAIS

Ao se abordar as uniões afetivas no Brasil, necessário se faz regressar ao Brasil-colônia.

Diferentemente do que ocorre na sociedade contemporânea, o concubinato nem sempre trouxe implícita a ideia de uma união alternativa ao casamento, menos burocrática. Marcos Alves da Silva aponta que o concubinato estava diretamente ligado ao exercício de poder e "se consagra como um dos privilégios sexuais dos lusitanos, primeiramente em relação às índias, depois em relação às negras, mulatas, mamelucas e brancas pobres" (2013, p. 94). Não havia intuito, por parte dos Portugueses, na constituição de família com mulheres socialmente inferiores. Era uma relação entre dois indivíduos socialmente desiguais. O concubinato prevaleceu, ainda, entre os escravos e os menos abastados – seja pelos custos do casamento, seja pela intolerância aos relacionamentos envolvendo pessoas de diferentes raças ou classes (SILVA, M., 2013, p. 95).

Fernando Torres-Londoño sustenta que o concubinato era tolerado pela Igreja no Brasil colonial, exceto quando havia a tentativa de conferir direitos semelhantes aos da esposa à concubina ou quando representasse um risco à família legítima. Caso alguma destas hipóteses não ocorresse, era considerado, inclusive, operacional, pois "dava espaço às relações pré-matrimoniais, poupando as moças de família ou servindo de válvula de escape para sentimentos individuais nem sempre contemplados nas alianças matrimoniais" (1999, p. 198).

Vislumbra-se, desta forma, que o concubinato era tratado de forma muito parecida com a prostituição: relações informais, com um caráter eminentemente sexual, sem amparo legal ou religioso, entre pessoas de classes sociais distintas.

As Ordenações Filipinas faziam menção ao concubinato:

Livro IV, Título 46, §2º

Outrossim serão meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo direito, baste que para presumir matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras de presente.

Sobrevêm, então, a Independência do Brasil (1822), a Proclamação da República (1889) – que caracteriza a família como aquela decorrente do matrimônio

(PEREIRA, 2012, p. 191) –, e somente em 1916 uma legislação civil brasileira surge – afastando Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes aproveitados da metrópole portuguesa.

O Código Civil de 1916 privilegiava o casamento e tratava como concubinato as uniões concomitantes ao matrimônio. O concubinato era considerado imoral. O Código estabelecia, ainda, que a mulher casada poderia reivindicar os bens comuns doados à concubina e anular as doações do cônjuge adúltero até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Sob a alegação de preservar o instituto do casamento, o Código Civil anterior não abordou quaisquer tipos de relações extramatrimoniais – reservando espaço apenas para estabelecer vedações à concubina, tais como impossibilidade de receber bens do amante por testamento, não possibilidade de reconhecimento desta família como "legítima", tampouco da prole advinda deste tipo de relacionamento. Não há qualquer menção no CC/1916 no que diz respeito ao direito sucessório dos companheiros.

Como forma de se ilustrar o entendimento à época, traz-se um excerto de Pontes de Miranda:

Quem não é cônjuge não se torna cônjuge pelo fato de ser tratado como tal. Ser criado como filho não é ser filho. Ter bens em comum com o cônjuge não é estar sob o regime matrimonial da comunhão. (...) As tentativas de dilatação do círculo família fracassam sempre (1983, p. 193).

A proteção das uniões que não consistiam em casamento foi acontecendo através da edição de leis ordinárias. Cumpre destacar que não se conferiu proteção às relações mantidas concomitantemente ao casamento. Considerando a impossibilidade de se divorciarem e se casarem novamente (anteriormente à Lei do Divórcio – Lei nº. 6.515/1977), muitos brasileiros viviam um casamento apenas "de fato", e que precisava ser regulamentado.

O Judiciário, então, cuidou da proteção da união estável através de seus julgamentos (FREIRE, 2009, p. 29). O STF editou várias Súmulas sobre o assunto:

Súmula 35 STF

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.

Súmula 380 STF

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.

Súmula 382 STF

A vida em comum sob o mesmo teto "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato.

Súmula 447 STF

É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

Interessante destacar que a base para decisões judiciais conferindo direitos aos companheiros não era o direito de família, e sim o direito das obrigações, sendo as companheiras indenizadas, muitas vezes, por serviços domésticos prestados – para que não houvesse o enriquecimento ilícito (FREIRE, 2009, p. 29).

Somente após a CF/1988 passou-se a reconhecer a união estável como uma das formas escolhidas pelo casal para construir sua família e a conferir-lhe maiores proteções – o caráter eudemonista começa a ser delineado, com o projeto de felicidade sendo colocado em perspectiva (art. 226, §3º CF/1988). Vieram, posteriormente, as Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96, que delinearam a união estável, resguardando-lhe direitos.

O Código Civil de 2002, apesar de algumas críticas, trouxe a união estável em seu texto, atribuindo direitos e deveres tanto aos cônjuges quanto aos companheiros. Pela interpretação da redação do referido Código passa-se a vislumbrar diferenciação nas nomenclaturas apresentadas: às uniões públicas, duradouras, com o intuito de constituir família e sem vedação ao casamento designa-se união estável; aos relacionamentos não eventuais entre indivíduos impedidos de se casar o Código se refere como concubinato (art. 1.727 CC).

Em que pese a união estável ter sido contemplada no CC/2002, a estrutura prevista no *caput* do art. 1.723 CC² demonstra a resistência dos legisladores em abarcar modelos familiares diferentes da "família tradicional", caracterizando a união estável apenas como o relacionamento entre um homem e uma mulher.

² Art. 1.723 CC. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o *homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (grifo nosso)

Somente após o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal (em maio/2011) é que se passou a reconhecer a possibilidade de uniões estáveis homoafetivas, e a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo só veio com a Resolução 175 do CNJ, de 14 de maio de 2013.

Observa-se, desta forma, que as mudanças nos valores e nas interações entre os indivíduos têm resultado no reconhecimento de novos arranjos familiares, somando-os aos formatos já contemplados pelo legislador (CAVALCANTI, 2016, p. 41).

Importante destacar, contudo, o aventado por Maria Berenice Dias:

O Código Civil, pelo tempo que tramitou e pelas modificações profundas que sofreu, já nasceu velho. Procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados: operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional (2016, p. 37).

E é justamente sobre um desses modelos familiares excluídos de regulamentação que o presente trabalho discorrerá posteriormente – em especial quanto aos reflexos sucessórios do reconhecimento destas uniões. Antes, entretanto, necessário se faz o estudo de alguns princípios considerados como estruturantes da família, como se verá no próximo capítulo, bem como uma análise pormenorizada quanto à interpretação da família mencionada no art. 226 CF.

CAPÍTULO 2 – PILARES DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Ao se estudar os relacionamentos familiares pós-modernos é possível encontrar alguns princípios e fundamentos essenciais.

O presente capítulo abordará princípios considerados fundamentais às famílias, observando-se o seu caráter eudemonista, e que são capazes de conferir aos julgadores mais complacência no momento da tomada de decisões, buscando-se uma decisão mais justa (CARDOSO, 2010, p. 25).

Inicialmente estabelecer-se-á o conceito de princípio, a diferenciação entre princípio, valor e regra e a forma de se resolver situações em que haja colisão entre eles.

Abordar-se-á, ainda, a questão da monogamia, analisando sob qual aspecto ela deve ser considerada frente à legislação brasileira.

2.1 CONCEITUAÇÃO: REGRA, PRINCÍPIOS E VALORES

Para que se possa conceituar os princípios considerados pilares da família pós-moderna, necessário se faz compreender o que é princípio, o que é regra e o que é valor. Somente assim será possível dialogar com os doutrinadores de direito de família quanto à correta conceituação do que pode ou não ser considerado princípio basilar das relações familiares.

Robert Alexy enuncia que os princípios são "mandamentos de otimização", podendo ser mais ou menos observados conforme a situação fática e/ou jurídica. As regras, contudo, ou são ou não são atendidas. Não se admite que uma regra seja cumprida apenas parcialmente: é necessária sua obediência integral (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Em sua análise quanto aos princípios e às regras, Farias e Rosenvald assim dispõem:

Os princípios possuem um grau de abstração elevado, diferentemente das regras, que trazem soluções apriorísticas, previamente concebidas; os princípios, por serem abertos, reclamam atuação interpretativa do juiz, enquanto as regras são aplicáveis diretamente; e, finalmente, os princípios

exigem ponderação (balanceamento) para o caso de colisão, quando há um eventual entrelaçamento de princípios de mesma hierarquia, ao passo que as regras são aplicáveis pelo sistema de "um tudo ou nada" (*an all or nothing*), preconizado, de há muito, por Ronald Dworkin.

(...) As regras possuem grande adequação para os casos fáceis (*easy cases*), enquanto os princípios se mostram particularmente adequados para a solução dos casos difíceis (*hard cases*). Isto porque as regras possuem um conteúdo simples, almejando um resultado determinado e um caráter de definitividade, enquanto os princípios assumem feição mais aberta e prospectiva (2016, p. 64-65).

É mais fácil observar a diferença entre o que pode ser considerado princípio e regra ao se analisar a colisão entre princípios e a colisão entre regras. Caso haja o confronto de princípios, um deles prevalecerá sobre o outro. Isto não significa, no entanto, que o princípio que cedeu perdeu sua importância ou tornou-se inválido, mas apenas que, naquela situação específica, optou-se pela prevalência de outro princípio. Quando há o choque de regras, todavia, a solução perpassa a existência de cláusulas de exceção – que autoriza que a regra deixe de ser observada em determinada situação – ou a declaração de invalidade de uma das regras, uma vez que não se pode admitir que duas regras com juízos de dever-ser diametralmente opostos sejam consideradas válidas (ALEXY, 2008, p. 92-93). O autor assevera: "conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso" (ALEXY, 2008, p. 94).

Tendo em vista que os princípios refletem a "alma" de um ordenamento, pode-se entender que a ofensa a um princípio caracteriza conduta mais danosa que a simples desobediência a uma regra, que é um comando instituído legalmente e em que a inserção dos princípios acontece de forma restrita (SANTIAGO, 2015, p. 77).

Importa destacar que, considerando-se tanto os princípios quanto as regras como normas, não há que se falar em hierarquia entre ambos, colocando um em grau superior ao outro. A lição de Farias e Rosenvald é esclarecedora:

As normas-princípios possuem um conteúdo aberto que cumpre a relevante função de oxigenar o sistema, a partir de um grau de abstração e indeterminabilidade. A outro giro, as normas-regras estabelecem soluções prontas e acabadas, precisas para a vida em sociedade. Inexiste, pois, dentro de um mesmo plano hierárquico, prevalência entre os princípios e as regras, cumprindo, cada uma delas, um papel específico e altamente relevante (2016, p. 60).

Os autores apontam ainda que as regras surgem através da ponderação dos princípios, e que no momento de sua aplicação, a regra deverá observar os princípios que auxiliaram sua instituição (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 58).

A diferenciação de princípio e valor, no entanto, fica a cargo do seu âmbito de atuação. Enquanto que o princípio se encontra no campo do dever-ser, o valor se encontra na esfera do que é considerado bom. A análise do que é considerado bom para determinado indivíduo pode resultar em interpretações deturpadas. Assim sendo, como para o Direito o que importa é o que deve ser, os princípios se sobressaem em relação aos valores, posto que há maior clareza na compreensão do que significam em comparação com os valores (ALEXY, 2008, p. 153).

Rodrigo da Cunha Pereira traz a discussão da ética e da moral para que se possa proceder a um exame mais aprimorado das condutas humanas. Segundo ele, um princípio depende de sua condição ética para ser considerado racional e universal (2012, p. 97). Ele define que "a ética é uma forma muito específica de funcionamento da moral. Embora toda ação ética contenha valor moral, nem todo valor moral cabe numa ação ética" (PEREIRA, 2012, p. 100). Pertencendo a moral ao campo subjetivo e relativo, e estando ela dentre os objetos da ética, entende-se que esta deverá prevalecer (PEREIRA, 2012, p. 109). E ele conclui:

O juízo moral não duvida entre o justo e o legal e escolherá sempre a letra fria da lei, ao passo que o juízo ético não duvida em escolher o justo. O moralista prefere sempre a formalidade da lei em sua literalidade, enquanto o ético, a essência do Direito, e, por isso, buscará sempre nos princípios a fundamentação para a mais justa adequação (PEREIRA, 2012, p. 110).

Robert Alexy é enfático ao estabelecer que os problemas passam a existir a partir do momento em que se inserem critérios morais para a determinação da validade de um conceito jurídico (2008, p. 64).

Tem-se, portanto, que os valores são levados em consideração quando da elaboração das regras, mas não são, necessariamente, a razão pela qual as regras são criadas (SANTIAGO, 2015, p. 103), e não podem ser reputados como ponto principal para se verificar se uma norma (em seu sentido amplo) é válida. De igual forma, a existência de um valor dentro de uma norma não a caracteriza, necessariamente, como um princípio (SANTIAGO, 2015, p. 114).

Conclui-se, desta forma, que em que pese os valores existentes na sociedade, caso haja colisão entre um valor e um princípio, este deverá ser prestigiado, evitando-se que conceitos morais – extremamente subjetivos – se sobreponham a mecanismos mais claros criados para otimizar a aplicação das regras.

Na esfera familiar, é possível dizer que a utilização da moral e dos bons costumes como critério resultou na marginalização de diversas situações familiares, levando a uma série de injustiças, especialmente no que diz respeito à moral sexual (PEREIRA, 2012, p. 88).

Passa-se, agora, ao estudo dos princípios cuja aplicação ocorre dentro do âmbito familiar e, ao final, da inserção de tais princípios dentro da conceituação contemporânea e constitucional de família.

2.2 A FAMÍLIA EUDEMONISTA

As famílias, inicialmente desenhadas com o intuito de procriação, deixaram de ter esta como sua finalidade primordial. Com as diversas modificações pelas quais a sociedade passou e vem passando, os indivíduos começaram a pensar na família como um projeto de vida, buscando, ali, a felicidade. Surge, assim, a família eudemonista, que significa colocar a felicidade como bem supremo.

Passa-se a considerar, assim, que a família é regida pelo caráter eudemonista, e que há, naquele núcleo, um projeto de felicidade formatado pelos envolvidos no relacionamento. O projeto pessoal de felicidade será delineado, em muitos casos, no ambiente familiar, onde estão presentes, ainda, a afetividade e a solidariedade (HIRONAKA, 2012, p. 8). Neste sentido, Luiz Edson Fachin ressalta que "não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade" (1999, p. 291).

Importante salientar que o eudemonismo consiste na busca da felicidade de todos os integrantes da família através do projeto familiar estabelecido, e não da família como fonte de realização para apenas um de seus membros (SANTIAGO, 2015, p. 53).

Isto resulta, ainda, na quebra dos padrões rígidos pré-instituídos do que pode ser considerado família, demonstrando que a discriminação caracteriza violação à primazia do afeto (PEREIRA, 2012, p. 194).

Neste sentido, Farias e Rosenvald apontam que a aceitação do eudemonismo faz com que não mais se caracterize a família como instituição, mas como instrumento para a proteção da pessoa humana e a promoção de sua inserção e realização dentro da sociedade (2016, p. 42).

Flávio Tartuce e José Fernando Simão dispõem que os novos formatos familiares fazem com que a descrição do art. 226 da Constituição Federal não possa mais ser entendida como um rol taxativo, mas exemplificativo, não se restringindo o conceito de família a modelos pré-determinados, e que a definição de família eudemonista pode ser bem representada pela não obediência aos deveres do casamento pelos envolvidos, considerando-se o projeto de felicidade familiar (2013, p. 29).

De acordo com Fabiana Domingues Cardoso, não é possível fechar os olhos para as relações familiares diferentes do casamento que sempre existiram, e que devem ser consideradas "família" e ser merecedoras da proteção estatal (2010, p. 25). Tampouco é possível admitir que a aplicação do Direito se restrinja aos formatos pré-determinados de relacionamento.

A lição de Rodrigo da Cunha Pereira se mostra valiosa:

Mesmo quando a legislação brasileira disciplinava apenas a família fundada no casamento, essas outras famílias já existiam, e continuarão existindo independentemente de sua positivação pelo Estado. E, da mesma forma que as famílias positivadas possibilitam a seus membros estabelecerem-se como sujeitos e desenvolverem relações na *polis*, a estas outras deve ser dada legitimidade como um imperativo da noção de cidadania (2012, p. 196).

E a existência dos diversos modelos familiares apontam para a observância da vida real, demonstrando que a felicidade pode ser encontrada nos mais variados arranjos (PEREIRA, 2012, p. 256). Ou como bem registraria Nelson Rodrigues, refletem "a vida como ela é".

No mesmo sentido posiciona-se Maria Berenice Dias, que sustenta que com a democratização da família o formato hierárquico anteriormente estabelecido deixa de ter importância, passando a prevalecer a lealdade entre os membros do

grupo familiar, o que faz com que as interferências estatais na regulamentação destes relacionamentos se tornem indevidas (2016, p. 148-149).

Conclui-se, portanto, que os sentimentos dos envolvidos e o projeto de felicidade traçado por cada núcleo familiar passam a ser considerados primordiais na análise dos relacionamentos instituídos.

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se fala em dignidade da pessoa humana, muitas pessoas se mostram cétricas quanto à sua aplicação, alegando que sempre tentam resolver os problemas apenas com base no referido princípio, como se ele fosse a solução para todos os dilemas. A análise, contudo, precisa ser aprofundada.

A dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição em seu art. 1º, III, ao trazê-la como fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como no art. 226, §7º CF³, ao discorrer acerca do planejamento familiar.

Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que a dignidade está relacionada à liberdade, à igualdade e à autonomia, e que a sua previsão dentro de determinado ordenamento torna inaceitável que deixem de observá-la (2012, p. 93).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sustentam que a atenção ao princípio da dignidade humana garante ao indivíduo o direito de gerir sua vida de forma plena, sem que haja interferências nas decisões por ele tomadas na busca de sua felicidade (2016, p. 78).

Observar a dignidade da pessoa humana significa estar aberto a conceber a diferença de opiniões (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 86). E, dentro das relações familiares, como a convivência se estabelecerá é decisão que cabe única e exclusivamente aos seus integrantes, restando à sociedade apenas aceitá-la, ainda que não se concorde com o projeto traçado (PEREIRA, 2012, p. 179).

³§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Para Robert Alexy, em análise sobre a dignidade da pessoa humana prevista dentro da Constituição Alemã, o referido princípio deverá prevalecer caso outros com ele colidam:

Seria ainda possível sustentar que a Constituição Alemã estabelece pelo menos um direito absoluto, fundamentado pelo art. 1º, §1º, 1: "A dignidade humana é inviolável". De fato, o art. 1º, §1º, 1, desperta a impressão de um caráter absoluto. A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes (ALEXY, 2008, p. 111-112).

O próprio autor ressalta, no entanto, que a dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto, mas que a ocorrência de certas condições resultará na observância deste princípio em detrimento de outro (ALEXY, 2008, p. 114).

Ao se questionar quanto à colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os formatos de uniões previstas pelo legislador, Camilla de Araújo Cavalcanti sustenta que a dignidade da pessoa humana deve ser prestigiada, em respeito aos direitos da personalidade, à liberdade na escolha do tipo de família a ser adotada, sendo a família observada com os olhos da contemporaneidade, e não mais com o rigor da família tradicional do passado (2016, p. 155).

Em uma exímia conclusão, Gagliano e Pamplona Filho ressaltam que "o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana somente será pleno e efetivo quando observado também no seio das relações de família" (2016, p. 80).

Busca-se, desta forma, a plena observância do princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de permitir que o indivíduo possa optar por aquilo que ele acredita ser a melhor maneira de viver, independente das diferenças quanto à forma de se alcançar a felicidade – mediante modelos clássicos e pré-determinados ou através de arranjos personalizados.

2.4 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA ESTATAL

O art. 1.513 CC prega a autonomia dos indivíduos na constituição da família, e traz a proibição de interferência, seja ela do particular ou do poder público.

Art. 1.513 CC. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Marcos Alves da Silva utiliza uma metáfora interessante para ilustrar o que seria a falta de autonomia na constituição dos relacionamentos amorosos: firmar-se-ia um contrato de adesão, em que não há liberdade para pactuação das cláusulas, sendo elas previamente estabelecidas pelo Estado (2013, p. 308).

Inicialmente cumpre destacar que não se está a pregar a completa e absoluta impossibilidade de interferência do Estado nas relações familiares. A presença do Estado se faz necessária para garantir e resguardar direitos daqueles que se encontram em situação de hipossuficiência, para que sua dignidade seja assegurada (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 48). Exemplifica-se: imposição do reconhecimento de paternidade, regulação do direito de visitas, concessão de medida protetiva de afastamento do lar em caso de violência no âmbito familiar... (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 108).

O que se vislumbra é a autonomia dos envolvidos na relação familiar para, através da afetividade e da solidariedade, decidirem a melhor forma de gerir o núcleo familiar ali existente, não havendo intervenção alheia quanto ao formato adequado a ser seguido; ao número máximo (ou mínimo) de integrantes para que a família seja caracterizada; à necessidade de prole (ou não); à forma de expansão da família – filhos concebidos naturalmente, adotivos, concebidos por fertilização, com uso de barriga solidária, etc. –; à orientação sexual de seus integrantes, dentre outros.

E é preciso ressaltar a importância da autonomia privada para que o indivíduo não se veja forçado a observar parâmetros que não atendem suas expectativas:

Potencializar a autonomia privada nas situações subjetivas existenciais corresponde ao atendimento normativo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Quanto maior a ingerência do

Estado na regulação das relações conjugais, mais significativos os indícios de uma inversão de valores. As pessoas que integram a relação conjugal ficam vinculadas a um modelo de família que atende interesses fixados de forma uniforme pelo próprio Estado. Este é o arquétipo das codificações oitocentistas com pretensão de regular cada quadrante por mais íntimo que fosse da vida privada (SILVA, M., 2013, p. 307).

Ao abordarem, principalmente, a questão da fidelidade – inculpada como dever legal – e da monogamia – traço característico da sociedade brasileira – em relação ao Estado se imiscuindo no orbe familiar, Gagliano e Pamplona Filho ressaltam que "a atuação estatal não poderia invadir essa esfera de intimidade, pois em relação de afeto, são os protagonistas que devem estabelecer as regras aceitáveis de convivência, desde que não violem a sua dignidade, nem interesses de terceiros" (2016, p. 109).

É possível entrelaçar a liberdade na constituição da família com a autonomia dos indivíduos e a família eudemonista. O objetivo das duas primeiras e o alcance da felicidade (PEREIRA, 2012, p. 214).

É neste sentido que Marcos Alves da Silva defende que questões envolvendo fidelidade e as formas de se regular a sexualidade estão na esfera da autonomia da vontade, não devendo nelas interferir o Estado (2013, p 165).

A felicidade e o sucesso de um projeto familiar decorrem da liberdade de se proceder às escolhas que se achar melhor, e não da obediência de parâmetros pré-estabelecidos.

2.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Diferentemente das relações familiares antigas, que tinham o cunho patrimonial (havendo a consolidação do patrimônio de duas famílias em uma só, tornando-a ainda mais poderosa), os vínculos familiares, gradualmente, têm se pautado cada vez mais na afetividade.

Ao se construir uma família, os indivíduos buscam pessoas por quem nutram afeto, na intenção de se construir relacionamentos mais sólidos e duradouros (CAVALCANTI, 2016, p. 125).

A afetividade pode ser demonstrada através dos sentimentos de solidariedade e responsabilidade existentes dentro do ambiente familiar, e é decorrência direta da convivência (LÔBO, 2002).

Santiago aponta ser impossível a existência dos demais princípios que regem a família eudemonista sem que haja, inicialmente, o afeto (2015, p. 56). Ou seja, a ocorrência da afetividade resulta na adoção de outros comportamentos desejáveis em sede familiar – como a solidariedade, o respeito, o cuidado, a assistência moral e material (SANTIAGO, 2015, p. 79).

Em que pese, contudo, o entendimento de diversos doutrinadores quanto à inserção da afetividade dentro da esfera dos princípios, Farias e Rosenvald discordam. Na opinião dos autores, não se pode afastar a importância do afeto dentro das relações familiares, mas não é possível estabelecer uma obrigatoriedade, não se podendo obrigar as pessoas a se gostarem. Desta forma, a afetividade deveria ser considerada um postulado, e não um princípio, em decorrência de ela não ser vinculante (2016, p. 55).

A constituição de um núcleo familiar de forma ostensiva e com laços sentimentais profundos faz com que a proteção conferida à família pela Constituição Federal seja aplicada – ainda que outros requisitos não sejam observados –, evitando-se que somente os relacionamentos capazes de serem rotulados sejam protegidos (PEREIRA, 2012, p. 199).

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do *outro* torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o "outro" edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que pressupõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões (FACHIN, 1999, p. 306).

A família tem sido, portanto, uma das formas que o homem tem utilizado para buscar a felicidade e se ver realizado dentro da sociedade. Daí a importância do afeto, vez que um ambiente familiar harmônico e no qual seus membros comunguem dos mesmos ideais é capaz de proporcionar maior sensação de completude e felicidade aos seus integrantes.

2.6 MONOGAMIA: PRINCÍPIO OU REGRA DE ORIENTAÇÃO?

Pelo narrado na evolução dos relacionamentos, é possível notar que a monogamia foi introduzida pela Igreja e que trazia arraigada a proteção à "família legítima", constituída pelo casamento e, em muitos casos, em razão de alianças familiares. Marcos Alves da Silva sustenta que a monogamia

cumpriu e, ainda, cumpre papel neutralizador do concubinato, para que este não se convertesse em fator disfuncional do sistema centrado na propriedade, que tem na família matrimonializada um dos pilares de sua sustentabilidade e segurança (2013, p. 101).

Gagliano e Pamplona Filho estabelecem que o reconhecimento por parte da Igreja do casamento como sacramento foi replicado desde a Antiguidade, fazendo com que outros arranjos familiares não fossem considerados válidos (2016, p. 54). Os autores ressaltam, contudo, que a monogamia nunca foi reconhecida como o único modelo a ser seguido, convivendo com as diferentes formas de poligamia⁴ ao longo dos tempos (2016, p. 50).

No entendimento de Clóvis Beviláqua, a monogamia estava diretamente relacionada ao grau de cultura do povo, sendo que os povos considerados cultos adotavam a monogamia – e, a seu ver, não deveriam retroagir à poligamia (1956, p. 38).

Pontes de Miranda traz a monogamia como o meio necessário para o progresso e aperfeiçoamento humanos, sendo o único formato compatível com o plano jurídico. E ele assim sustenta:

O sentimento do amor, que, hoje, costumamos associar ao casamento, foi posterior a êsse. Mais exatamente: ao próprio casamento monogâmico. A monogamia criou o amor; não o amor, à monogamia, menos ainda ao casamento. Há casamentos sem amor; amor, sem casamento; amor, sem relações sexuais sequer; relações sexuais, sem amor. A combinatória dessas variáveis permite tipologia humana, individual e social, que muito esclarece sobre o caráter e a profundidade espiritual (1983, p. 180).

⁴ Poliandria: relação conjugal de uma mulher com vários homens.

Poliginia: relação conjugal de um homem com várias mulheres (PEREIRA, 2015, p. 541-542).

Marcos Alves da Silva aponta que a monogamia foi inserida no Código Civil como uma regra para o casamento, mas, posteriormente, passou a ser tratada como "dogma inquestionável". O autor ainda sustenta que há casos em que a regra estampada no ordenamento jurídico deixa de atender a demanda da sociedade:

a dinâmica e movimentos próprios da vida provocam transformações. Pode ocorrer, como repetidas vezes sucede, que a regra não cubra mais com sua juridicidade positivada todas as circunstâncias (2013, p. 89).

Importa destacar o caráter de coisa correta, normal e natural que vem arraigado ao conceito de monogamia. Isto faz com que os indivíduos que não conseguem encontrar a felicidade através do modelo visto como ideal pela sociedade se sintam marginalizados, e sejam tratados com reservas apenas em decorrência de preconceitos de ordem moral (SANTIAGO, 2015, p. 92).

Em verdade, o estudo da monogamia enquanto princípio fundamental ou regra de orientação, dentro do ordenamento brasileiro, se mostra trabalhoso, posto que poucos são os autores que se debruçam sobre o assunto e pesquisam, a fundo, como se dá a inserção da monogamia na sociedade brasileira. Muitos apenas se limitam a afirmar que a monogamia é obrigatória, sem explicitar o motivo, tal qual uma verdade absoluta (SANTIAGO, 2015, p. 56).

Gagliano e Pamplona Filho apontam que este paradigma precisa ser rediscutido (2016, p. 50). É preciso, ainda, romper com o mito da inquestionabilidade da monogamia, posto que os valores presentes na sociedade contemporânea vedam que os indivíduos sejam excluídos de proteção legal apenas em decorrência de suas posturas diferentes (SANTIAGO, 2015, p. 82).

Surge, então, o problema da má utilização do termo "monogamia". A palavra tem origem no latim *monogamus*, que significa um só casamento (PEREIRA, 2015, p. 461). Não se pode confundir, então, monogamia com fidelidade. A monogamia estabelece que o indivíduo somente pode ter um casamento válido por vez, não se podendo fazer a vinculação direta com a obrigatoriedade de exclusividade sexual entre os parceiros (SANTIAGO, 2015, p. 81). A fidelidade caracteriza, desta forma, o respeito aos compromissos assumidos (PEREIRA, 2015, p. 327).

Giselda Hironaka traz em seu artigo "Famílias Paralelas" que há autores que consideram a monogamia como princípio norteador do Direito de Família, não

podendo ser considerado apenas como uma norma moral – trazendo como expoente Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 9-10). Comungam de seu entendimento, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Maria Helena Diniz e Rolf Madaleno (SANTIAGO, 2015, p. 110). Para Madaleno a monogamia tanto é princípio que pode ser observada tanto na vedação ao casamento de pessoa casada dentro do Código Civil – art. 1.521, VI –, quanto no crime de bigamia, dentro do Código Penal (2011, p. 1083)

Já em sentido oposto, tem-se Maria Berenice Dias, apontando ser a monogamia apenas uma regra de orientação, e não princípio constitucional, posto que não relacionado pela Constituição Federal (DIAS, M., 2016, p. 45). Filiado a este entendimento encontra-se Rafael da Silva Santiago, que sustenta que ao se considerar a monogamia como princípio, abrir-se-ia espaço para que ela pudesse ser imposta à sociedade como um todo, prevalecendo a interferência estatal, e não a autonomia da vida privada, o que não coaduna com os preceitos estabelecidos pela Constituição (2015, p. 113). O autor ainda aponta para a necessidade de se ir além da leitura da lei para conceituação da monogamia como princípio:

A construção da existência do princípio da monogamia fundada na tão só leitura de um texto de lei que exterioriza o dever de exclusividade conjugal, sem encontrar qualquer embasamento na Constituição, reflete, em verdade, uma simplicidade hermenêutica temerária, que nega proteção normativa a sujeitos de direitos fundamentais (SANTIAGO, 2015, p. 114).

Paulo Lôbo aponta que a conceituação de monogamia como princípio não mais persiste, tal qual formulada inicialmente:

O tradicional princípio da monogamia, de origem canônica e que vicejou no mundo ocidental, perdeu a qualidade de princípio geral ou comum, em virtude do fim da exclusividade da família matrimonial. Persiste como princípio específico, apenas aplicável à entidade familiar constituída pelo matrimônio. Todavia, até mesmo em relação ao matrimônio, esse princípio tem sido atenuado pelos fatos da vida, na medida em que o Direito brasileiro tem admitido efeitos de família à união estável concubinária (2015, p. 107-108).

Na visão dos doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho, a monogamia deve ser observada como uma característica da sociedade brasileira, algo cultural, e não como um princípio, tendo em vista que não é uma conduta exigível, de forma absoluta, de todos os indivíduos (2016, p. 110).

Curiosa a distinção traçada por Rodrigo da Cunha Pereira. Sustenta ele que "traição e infidelidade não significam necessariamente a quebra do sistema monogâmico", e que a monogamia restaria afetada apenas caso viesse a surgir uma família paralela à anteriormente formada (PEREIRA, 2012, p. 128-129).

Pereira sustenta que devem existir limites à organização da família, e a instituição da monogamia caracteriza uma "renúncia pulsional", essencial à constituição do sujeito e das relações sociais (2012, p. 131).

Em que pese o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira quanto à monogamia ser considerada um princípio norteador do direito de família, ao discorrer sobre o conceito de princípio e contrapô-lo à regra o autor traz fundamentação capaz de justificar a monogamia como regra e afastá-la do status de princípio. Observe: "um princípio jurídico deve ter um conteúdo de validade universal, uma vez que se houver exceções ao conteúdo, ele não é um princípio, mas, sim, uma regra concorrente ou subordinada a outra que lhe é incompatível ou contrária" (PEREIRA, 2012, p. 96).

Não tendo a monogamia passado por um teste de "universalização", que observasse normas e valores constitucionais em seu reconhecimento e que a tornasse capaz de ser adotada de forma unânime, forçoso se mostra conceituá-la como um dogma, e dogmas não refletem, necessariamente, o posicionamento constitucional (SANTIAGO, 2015, p. 122-123).

Nota-se, na sociedade hodierna, a possibilidade de afastamento da monogamia nas relações familiares:

A monogamia não pode se revestir de pretensão de obrigatoriedade e universalidade diante do atual cenário da família brasileira, vocacionado à realização da pessoa humana e de sua felicidade em detrimento de qualquer dogma, inclusive a monogamia. Foi-se o tempo em que o padrão relacional imposto pela sociedade vinculava todos os indivíduos, uma vez que a família passa a ser um ambiente democrático por excelência (SANTIAGO, 2015, p. 56).

Farias e Rosenvald são enfáticos ao prelecionar que apesar da importância da monogamia dentro do ordenamento brasileiro, o seu confronto com outros princípios precisará ser analisado caso a caso, e é de se admitir que a monogamia não seja prestigiada, através da ponderação, em atendimento a valores mais caros à sociedade, como a dignidade da pessoa humana (2016, p. 477-478).

A observância do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado um dos fundamentos do Estado Brasileiro, afasta, desta forma, a monogamia como princípio, vez que ela decorre de um conceito moral. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, "a moral sexual dita civilizatória não pode excluir nem tornar indigno o sujeito de direito" (2012, p. 90).

É importante observar que a monogamia decorre, de fato, de uma construção religiosa, tendo-lhe sido conferido, posteriormente, caráter normativo. Um questionamento, contudo, deve ser levantado: tendo o Brasil rompido os laços governamentais com a Igreja e tornado-se um Estado laico, permitir que dogmas instituídos pela Igreja interfiram na designação de relacionamentos como válidos ou não (em decorrência da observância ou não da monogamia) não poderia ser caracterizado como uma afronta à liberdade de crença? O excesso de regulamentação da sexualidade é característica de Estados teocráticos (como bem se observa em diversos países do oriente e do continente africano) – o que não é o caso brasileiro (SILVA, M., 2013, p. 178).

Marcos Alves da Silva é categórico ao afirmar que a laicidade do Estado deve ditar a forma que ele deve proceder em relação aos envolvimento não matrimoniais e/ou não monogâmicos:

Sendo laico o Estado, e por decorrência, também o direito, inadmissível que a regulamentação jurídica da conjugalidade não contemple a multiplicidade de suas expressões culturais e mesmo a idiosincrasia de novos modelos conjugais *sui generis*. (...) Não será admissível, em um regime democrático, que o Estado assumira qualquer credo e seu código moral como referência, extraindo dele normas de conduta a serem observadas por todos os cidadãos (2013, p. 179).

Os embates no Congresso Nacional entre os defensores do Estado laico e aqueles que defendem a "família brasileira tradicional" (decorrente do matrimônio e em que os envolvidos são heterossexuais) fazem com que ambos os lados adotem posicionamentos, por vezes, extremamente radicais, o que resulta em uma perda para a sociedade, vez que projetos importantes deixam de ser aprovados enquanto a disputa para se ver quem detém a verdade acontece (SILVA, M., 2013, p. 182).

Letícia Ferrarini aduz que o reconhecimento das famílias simultâneas não significa negar a monogamia e rechaçá-la de forma veemente, sendo possível "conciliar a monogamia, enquanto valor compatível com a cultura ocidental, desde que não se pretenda negar – o que seria irreal – a existência de múltiplas

conjugalidades, como fenômeno sociológico presente na sociedade contemporânea" (2010, p. 74).

A monogamia deve ser tratada, portanto, como uma escolha, e não como uma conduta vinculante, absoluta e inquestionável (SANTIAGO, 2015, p. 98). Sua adoção (ou não) cabe aos envolvidos no relacionamento amoroso (SILVA, M., 2013, p. 309).

De se destacar, ainda, que a monogamia muitas vezes é utilizada como fundamento para afastar outros formatos de família para defender questões patrimoniais. É o patrimônio prevalecendo sobre a dignidade do indivíduo (SILVA, M., 2013, p. 267).

O Estado deve se abster, assim, de padronizar os relacionamentos conjugais, reconhecendo seu caráter democrático, a pluralidade de arranjos familiares existentes e as constantes modificações pelas quais a sociedade passa (SILVA, M., 2013, p. 181).

Conclui-se que o direito, como sistema de organização de valores que é, passa por mudanças frequentes, em atenção às modificações culturais pelas quais a sociedade vai passando. Alguns valores podem ser mantidos de uma geração para outra, mas isto não os torna absolutos (VENOSA, 2014, p. 14).

Considerando, portanto, que o Brasil é composto por várias formas de relacionamento, e não apenas o casamento, adota-se o entendimento de que a monogamia deve ser considerada como uma regra de orientação, posto não ter sido instituída como princípio pela Constituição, e que a sua adoção como princípio resultaria na impossibilidade de reconhecimento de diversos relacionamentos que têm como fundamento o eudemonismo, mas que não respeitam as limitações impostas ao casamento.

2.7 A ATUAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal traz em seu art. 226⁵ a proteção do Estado à família. Importante destacar que o texto constitucional faz menção ao casamento

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

(§§1º e 2º), à união estável (§3º) e à família monoparental (§4º) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 44). Passa-se à discussão, portanto, se o rol mencionado na Constituição seria *numerus clausus* – restringindo as famílias a estes três modelos mencionados – ou *numerus apertus* – caracterizando as hipóteses mencionadas apenas exemplos de como a família pode se organizar.

Gagliano e Pamplona Filho sustentam que o rol trazido no art. 226 CF é apenas exemplificativo, posto que sua restrição aos modelos mencionados caracterizaria afronta ao princípio da afetividade (2016, p. 45). Farias e Rosenvald apontam, ainda, para a impossibilidade de se descrever todos os arranjos familiares existentes dentro de um só dispositivo legal, e que se isto fosse feito poderia resultar no desprestígio e desproteção do modelo familiar omitido (2016, p. 74).

No mesmo sentido dispõe Paulo Lôbo, segundo o qual o *caput* do art. 226 CF traz um conceito aberto e indeterminado de família, sendo as três hipóteses mencionadas apenas referenciadas por serem as mais comumente observadas na sociedade, de tal forma que se deva interpretar o art. 226 CF como *numerus apertus*, cabendo ao julgador, através da análise do caso, conforme sua vivência, observar se são preenchidos os critérios para caracterização de uma família (2002).

Segundo o referido autor, ao se estabelecer a afetividade como princípio, abarca-se neste conceito famílias cujos laços decorrem da adoção, famílias recompostas, famílias com filhos decorrentes de relacionamentos diversos... Ora, ao abranger tais situações resta afastada a hipótese de que a família é somente aquela mencionada nos parágrafos do art. 226 CF (LÔBO, 2002).

Há autores, contudo, que estabelecem obstáculos para o reconhecimento de outras estruturas familiares:

O afeto é relevante nas relações de família, mas não se pode olvidar que o direito de família tem embasamento em direitos e deveres e não em sentimentos ou emoções, e que a família brasileira é monogâmica, que não

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

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

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

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

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

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

podem ser eliminadas as sanções pelo descumprimento dos deveres e pela violação dos direitos familiares sob pena de tais deveres e direitos serem transformados em meras recomendações (...).

Não se pode esquecer que o direito serve à solução de conflitos, ainda mais quando estamos diante de relações de família, de modo que quando o conflito se instalou no seio de uma família, não existe mais afeto, sentimento que não oferece saída para os litígios já instalados (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 45)

O posicionamento acima exposto não coaduna com o espírito do presente trabalho.

Rodrigo da Cunha Pereira aduz que os princípios devem ser utilizados para que se alcance o respeito à dignidade, observando-se o comportamento ético (2012, p. 111). Estipular que família seria apenas aquela que se enquadrasse nos 03 (três) modelos previstos constitucionalmente acarretaria severas injustiças e ofensas a vários princípios: (i) dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade, ao não reconhecer a visão do indivíduo quanto ao que ele entende como família, relegando-a à marginalidade; (ii) igualdade, ao não conferir aos filhos havidos fora do casamento ou união estável tratamento semelhante aos filhos inseridos na família padrão, discriminando-os; (iii) intervenção mínima do Estado, pois o Estado estaria cuidando de organizar relações privadas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 65). Ter-se-ia, desta forma, uma definição lastreada apenas num julgamento moral, e não ético.

A evolução da sociedade e o reconhecimento de novos valores fazem com que o reconhecimento apenas do formato tradicional de família se mostre ultrapassado (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 35). A modificação do ser humano, de forma constante, resulta também na modificação de seus conceitos – entre eles, o conceito de família – ampliando as formas de se receber e se dar amor (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 54).

Justamente pelo fato de se perceber a ocorrência de outros formatos de família é que alguns doutrinadores optam por falar em "direito das famílias", possibilitando um caráter inclusivo. No mesmo sentido caminha o Projeto de Lei n. 2.285/2007, que dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Interessante ressaltar, no entanto, a justificativa dos autores Gagliano e Pamplona Filho para não adotar o termo "direito das famílias" em sua obra:

Preferimos utilizar a expressão "Direito de Família" – em vez de "Direito das Famílias" – não por um apego estéril à tradição legislativa ou adoção da

equivocada ideia unívoca do signo "família", mas, sim, pelo reconhecimento de que a expressão "família" é gênero, que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do Direito (2016, p. 42).

Considerando, então, que os arranjos familiares podem caminhar além dos formatos estabelecidos no art. 226 CF, em atenção ao princípio da afetividade e à amplitude do significado de "família", é possível concluir que a família hodierna não é um fim em si mesmo, mas um meio encontrado por seus integrantes para que todos possam alcançar a felicidade, cada qual no formato que melhor lhe aprouver (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 47). Não se almeja, pura e simplesmente, uma família, mas a felicidade decorrente da família que se constitui pelos laços afetivos e de solidariedade (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 37).

Ao abordarem as possíveis estruturas da família, Farias e Rosenvald sustentam que "além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna" (2016, p. 37), e que tentar engessar a definição de família sob a alegação de proteção da instituição familiar fere diretamente a dignidade da pessoa humana, tão apregoada pela Carta Magna (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 38).

Servindo a família para satisfazer seus membros – e não o oposto – (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 65), o reconhecimento da pluralidade de arranjos familiares é uma necessidade, uma vez que a existência de novos valores e as novas formas de se relacionar demandam uma norma constitucional aberta a acolher todos aqueles que se encontram sob sua tutela.

Paulo Lôbo, após análise em que conclui quanto à existência de mais modelos familiares do que os elencados no art. 226 CF, traz que

cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de *locus* de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa (2002).

Ainda segundo o autor supramencionado, é inadmissível se imaginar que apenas alguns modelos familiares sejam merecedores de proteção constitucional, em detrimento de outros, pois isto refletiria diretamente numa afronta ao princípio da dignidade humana dos indivíduos cujos projetos familiares fossem excluídos de proteção (LÔBO, 2002).

No mesmo sentido dispõe Rodrigo da Cunha Pereira:

Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações inter-privadas não estiverem mais à margem, fora do laço social (2012, p. 120).

As relações plúrimas, portanto, em que pesem não previstas pela Constituição de forma expressa, carecem de reconhecimento em razão da liberdade e da igualdade conferidas aos membros da família, que são pilares do maior dos princípios a ser observado: a dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2012, p. 195). Soluções únicas não são capazes de abarcar toda a complexidade decorrente das relações humanas (SILVA, M., 2013, p. 176).

Em um excerto esclarecedor, João Baptista Villela⁶ discorre sobre a família e como ela é construída:

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. (...) A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor (apud FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 52).

Nota-se, no trecho mencionado, a presença dos princípios da afetividade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana para o reconhecimento das relações familiares. Em que pese a monogamia ser amplamente adotada em estruturas mais tradicionais, em momento algum ela restou mencionada como um

⁶ VILLELA, João Baptista. As Novas Relações de família. **XV Conferência da OAB – Anais**, Foz do Iguaçu: OAB, 1994.

pilar fundamental, não podendo todos os formatos de família serem por ela e nela pautados.

Com fulcro numa família com definição aberta, passa-se à discussão do formato de família objeto deste trabalho: a união estável plúrima.

CAPÍTULO 3 – AS FAMÍLIAS PLÚRIMAS: UMA POSSIBILIDADE

Estabelece-se, inicialmente, a razão pela qual o presente trabalho não utilizará a nomenclatura "poliamor" – tendo em vista ser este termo recorrente na literatura e entre os membros da sociedade.

Por inúmeras vezes o termo "poliamor" é usado para indicar uma pessoa que é capaz de amar duas ou mais pessoas ao mesmo tempo. Ocorre, no entanto, que em grande parte dos casos as uniões são desconhecidas por uma das partes (ou até por todas). São uniões consideradas simultâneas ou paralelas. Tais uniões já são bastante discutidas pela doutrina e figuram entre decisões judiciais nos tribunais pátrios. E não são essas as uniões objeto do presente estudo.

Rafael da Silva Santiago traz em sua obra alguns modelos do que poderia ser considerado poliamor: (i) polifidelidade – os membros desta união vivem juntos, em uma mesma casa, e as relações sexuais ficam restritas aos seus integrantes, não havendo relacionamentos exteriores; (ii) poliamorismo aberto – os componentes da relação se relacionam entre si e há a liberdade para que busquem relações externas, que podem tanto ser perenes quanto efêmeras; (iii) poliamorismo com redes de relacionamentos hierarquizados – é atribuído um grau de importância, intimidade e proximidade a cada relação, podendo este grau ser primário, secundário, terciário...; (iv) poliamorismo individual – caracterizado por diversas relações que não têm caráter primário, não havendo compromisso ou interesse no aprofundamento dos laços (2015, p. 153-154).

O trabalho versará sobre as uniões ocorridas entre mais de duas pessoas, de forma pública e ostensiva, constituindo, todas elas, uma só família.

Algumas situações, apesar de ainda não serem tuteladas pelo Direito, mostram-se presentes no dia-a-dia de milhares de brasileiros, que eventualmente buscam o Judiciário no intuito de serem-lhe conferidas proteções e/ou direitos. Isto se mostra ainda mais evidente dentro da esfera do Direito de Família, um ramo em que nem sempre as leis conseguem acompanhar o dinamismo das relações familiares. O Judiciário precisa, então, encontrar soluções para os problemas que lhe são apresentados.

Tem-se como ponto de partida, aqui, o entendimento de que "a união estável é expressão de uma relação muito mais flexível e fluida" (SILVA, M., 2013, p. 132).

Há autores, como Jaques de Camargo Penteadó, que entendem, por isso, que os regramentos a serem aplicados a cada tipo de relacionamento (casamento ou união estável) serão específicos:

Casamento é casamento. União estável é união estável. Trata-se de relações distintas e com denominação diversa. Sua disciplina jurídica é específica (...). A Constituição Federal considera a família a base da sociedade e lhe outorga especial proteção estatal. A união estável forma uma 'entidade familiar' que merece proteção simples. Fossem iguais e o texto não lhes atribuiria denominação diversa (Jaques de Camargo Penteadó apud PONZONI).

O entendimento adotado neste trabalho é no mesmo sentido dos autores supramencionados. Isto refletirá, inclusive, na conclusão acerca da possibilidade de múltiplos integrantes em um casamento ou em uma união estável.

Há quem sustente que o poliafeto tenha raízes no Direito Internacional Privado, posto que as migrações de povos mulçumanos – de origem conhecidamente poligâmica – fizeram com que os países ocidentais passassem a discutir sobre as uniões por eles realizadas (CAVALCANTI, 2016, p. 69).

A literatura brasileira traz relatos de relações simultâneas. Em *Dom Casmurro*, de Machado de Assis, persiste o questionamento quanto a uma possível relação extraconjugal de Capitu. O longa-metragem "Eu, Tu, Eles" (Brasil, 2000, Direção de Andrucha Waddington) trouxe a história de Darlene e seus três maridos – todos vivendo debaixo do mesmo teto. E a vida imita a arte? Neste caso, a arte imita a vida: Darlene foi inspirada na história de Maria Marlene Silva Sabóia (2000)⁷.

E milhares de brasileiros experimentam situações semelhantes às do filme acima, principalmente nas regiões norte e nordeste do Brasil. Ressalta-se, contudo, que isto não está restrito a tais locais. Conforme menciona Lindajara Ostjen Couto (2011), tal fato pode ser claramente observado nas favelas do Rio de Janeiro:

O chefe de tráfico no Morro do Alemão, Orlando Jogador, assassinado em 1994, tinha nove mulheres; o chefe do Morro do Andaraí, morto pela polícia em 1991, deixou oito viúvas e oito herdeiros; o chefe da favela Vigário Geral, viveu com quatro mulheres e tinha quatro filhos; o chefe da favela

⁷ Entrevista concedida a Marcelo Bartolomei. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/cinema/entrevista_marlene.shtml>. Acesso em: 06 jul. 2013.

Acari, Jorge Luiz dos Santos, encontrado morto na cadeia, tinha vinte e nove mulheres e deixou vinte e cinco filhos.

Letícia Helena aduz que “quanto mais poderosos, mais mulheres os traficantes têm. Até mesmo porque a monogamia só é obrigatória no país oficial: nos domínios dos bolsões de pobreza vale mesmo a lei do concubinato e da poliginia” (apud COUTO, 2000).

E, novamente, ressalta-se: as uniões estáveis plúrimas existem. Ninguém é obrigado a viver uma relação poliafetiva e tampouco se está dizendo que se vive a derrocada da monogamia. Apenas é preciso se conscientizar que tais relacionamentos não são invisíveis. Eles são uma realidade, e chegará o momento em que os seus integrantes virão ao Judiciário pleitear seus direitos.

Mas, seriam tais relacionamentos protegidos juridicamente? Passa-se à análise quanto à possibilidade de os mesmos serem aceitos, partindo-se do estudo dos deveres de lealdade (insculpido no art. 1.724 CC) e de fidelidade (previsto no art. 1.566 CC), discutindo-se quanto à restrição (ou não) da pluralidade de indivíduos às uniões estáveis, sobre a boa-fé na união estável e chegando, enfim, à discussão do que caracteriza uma união poliafetiva.

3.1 DEVER DE FIDELIDADE X DEVER DE LEALDADE

Para que se possa tratar de uniões estáveis plúrimas (objeto deste trabalho), necessário se faz abordar, primeiramente, a questão da fidelidade e da lealdade.

O art. 1.566, I, CC, ao falar dos deveres do casamento, traz o termo fidelidade. Note:

Art. 1.566. São deveres de **ambos os cônjuges**:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos. (sem grifos no original)

Tem-se, desta forma, o entendimento de que para o casamento adota-se o sistema monogâmico, não se admitindo relações paralelas. E mais: ao se

mencionar "ambos os cônjuges", fica restrito o relacionamento aos seus dois integrantes, não se admitindo um terceiro membro.

Rodrigo da Cunha Pereira, ao conceituar fidelidade, a estabelece como algo apregoado tanto nas sociedades monogâmicas quanto nas poligâmicas, sendo aquele que mantém relações sexuais fora do seu relacionamento (único ou múltiplo) considerado infiel (2012, p. 129).

Importante, no entanto, trazer o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho, no sentido de que fidelidade não significa exclusividade (2016, p. 464). E há quem defenda, portanto, a possibilidade de que o casamento seja realizado entre mais de duas pessoas, desde que exista fidelidade entre elas – ainda que não haja exclusividade (SANTIAGO, 2015, p. 208).

No que diz respeito à união estável, o Código Civil, em seu art. 1.724, ao se referir aos deveres da união estável, fala apenas em lealdade. Veja:

Art. 1.724. As relações pessoais **entre os companheiros** obedecerão aos **deveres de lealdade**, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. (grifou-se)

Tal diferenciação fez com que a doutrina se dividisse. Uma primeira corrente entende que o termo lealdade foi utilizado como sinônimo ou eufemismo de fidelidade, devendo as partes preservar a exclusividade de suas relações. Neste sentido: Rolf Madaleno, Regina Beatriz Tavares da Silva, Rodrigo da Cunha Pereira, Zeno Veloso, Álvaro Villaça Azevedo. A segunda corrente – que tem como expoente Maria Berenice Dias –, entretanto, entende que foi intenção do legislador diferenciar fidelidade e lealdade, e que “como na união estável é imposto tão-só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel” (DIAS, M., 2016, p. 250).

Marcos Alves da Silva aponta que ao se considerar a união estável como um fato sociológico, haja vista a ausência dos requisitos formais do casamento para que se institua um relacionamento nestes moldes, depreende-se que a monogamia resta afastada dos pressupostos destas uniões (2013, p. 138). O mesmo autor ainda é enfático ao dizer que “tal dever imposto à união estável revela-se como mera petição de princípio. Disposição legal retórica que, todavia, traz subjacente norma de natureza moralista ancorada na ideia da monogamia” (2013, p. 140).

Entende-se, neste ponto, que é necessário se valer das regras de hermenêutica para compreensão da vontade do legislador. Ao se analisar o

conteúdo legal e sua aplicabilidade, deve-se ter em mente que o legislador não usa palavras inúteis. Como bem sustenta Alberto Marques dos Santos, "só é adequada a interpretação que encontrar um significado útil e efetivo para cada expressão contida na norma" (2011).

Desejasse o legislador impor à união estável o dever de fidelidade, tê-lo-ia feito expressamente. Ao inculpir a lealdade compreende-se que o legislador optou por um conceito mais amplo, livre de rigor, fundado na responsabilidade, honestidade, sinceridade.

Em que pese alguns doutrinadores considerarem os termos lealdade e fidelidade como sinônimos, nota-se que é possível um indivíduo ser fiel, mas não ser leal, bem como existir lealdade e não haver fidelidade.

Apenas em caráter ilustrativo, apresentam-se dois julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo que abordam o dever de lealdade no sentido de obrigação de fidelidade entre os companheiros:

União Estável – Reconhecimento, dissolução, partilha e alimentos – Coabitação sob o mesmo teto por pouco período de tempo – **Falta de lealdade, fidelidade, respeito e consideração mútua entre o casal a revelar ausência do intuito de constituir família** – Relacionamento sob o mesmo teto que ostentou contornos de namoro conflituoso – **Sentença parcialmente reformada apenas para afastar o reconhecimento da união estável, bem como a partilha de bens**, devendo ser respeitado o contrato social das empresas que a autora atuou como sócia e as demais relações comerciais porventura existentes – Recurso parcialmente provido. (sem grifos no original)

(TJSP - Relator(a): Luis Mario Galbetti; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/06/2015; Data de registro: 16/07/2015)

UNIÃO ESTÁVEL – **Para caracterização é necessária a demonstração de que a união era afetiva, contínua, monogâmica e estável, além de ser ostensiva, e com a intenção de constituição de família** – PARTILHA – Não comprovação de que a autora contribuiu para a aquisição do terreno e construção do imóvel – Não caracterização da união estável ou de sociedade de fato – DANO MORAL – O rompimento, em si, de relacionamento de namoro, com a conseqüente necessidade de a autora e sua filha saírem da casa do réu para residirem em outro local, não caracteriza o dano moral, sendo a decepção amorosa sofrida decorrência natural do fim da relação – Recurso desprovido. (g.n.)

(TJSP - Relator(a): Alcides Leopoldo e Silva Júnior; Comarca: Franco da Rocha; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/02/2015; Data de registro: 24/02/2015)

Em que pese o posicionamento conservador adotado pelos Tribunais pátrios, podem ser encontradas decisões no sentido de se afastar a fidelidade para que se proceda ao reconhecimento da união estável. Note:

ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PROVA DOS REQUISITOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. O hábito da moradia na mesma casa não é, no tempo atual, indispensável para a diferenciação da relação séria relativamente à aventura passageira. **A fidelidade, que é dever nem sempre cumprido do casamento, não é condição indispensável para a caracterização da união estável.** Reconhece-se a união estável quando é evidenciada a convivência duradoura e contínua dos companheiros como uma entidade familiar. Dá-se provimento à apelação, prejudicado o exame do recurso adesivo. (grifou-se)
(TJMG - Apelação Cível 1.0707.97.002504-5/001, Relator(a): Des. Almeida Melo, 4ª CÂMARA CÍVEL, Julgamento em 10/04/2008, Publicação da súmula em 21/05/2008)

Pode-se observar que os tribunais pátrios, em especial as cortes superiores costumam ter um "apego desmensurado a um modelo de família que mais se ajustava à família matrimonializada, consagrada nos códigos civis, do que ao modelo pluralista adotado pela Constituição de 1988" (SILVA, M., 2013, p. 188-189). Ressalva-se, aqui, o primeiro grau de jurisdição, onde podem ser observados posicionamentos mais voltados para a proteção da dignidade humana dos envolvidos.

A ponderação de Marcos Alves da Silva se mostra oportuna: a interpretação dos julgadores deve levar em consideração regra e princípios para que não haja injustiças.

Quando o juiz, simplesmente, aplica a lei, segundo o pressuposto clássico do silogismo subsuntivo mecanicista, o ônus argumentativo encolhe, porque o magistrado se refugia no texto legal, isentando-se da consequência jurídica que de sua decisão decorre (SILVA, M., 2013, p. 223).

O entendimento adotado no presente trabalho é no sentido de não se considerar fidelidade e lealdade como termos sinônimos, mas como circunstâncias distintas escolhidas para fundamentar o casamento e a união estável, respectivamente. Destaca-se, novamente, que o posicionamento aqui esposado figura entre o minoritário.

Por fim, um ponto aventado por Farias e Rosenvald carece ser trazido, como forma de reflexão: a fidelidade é um dever jurídico ou moral?

Poderia o sistema jurídico exigir de alguém (com consequências jurídicas sancionatórias) o dever de fidelidade? Haveria interesse público na exigibilidade da fidelidade alheia? Ou se trata, em verdade, de uma questão de foro íntimo, presa, fundamentalmente, aos contornos afetivos e éticos de cada relacionamento humano? A nós, parece não haver interesse público, enfeixando-se nas latitudes e longitudes do interesse privado, transbordando a exigibilidade jurídica (2016, p. 485).

De se imaginar o desconforto existente para os membros de uma família ao serem questionados pelo magistrado quanto à infringência a esse "dever de fidelidade", expondo-lhes a intimidade a terceiros não interessados (SILVA, M., 2013, p. 321).

Pelo estudo realizado quanto aos princípios da mínima intervenção estatal e da autonomia da vontade dos envolvidos no relacionamento familiar, entende-se que o dever de fidelidade insculpido no Código Civil pode ser considerado como uma orientação, e não como uma obrigação. Até mesmo porque a infringência do "dever de fidelidade" não resultaria em qualquer tipo de sanção por parte do legislador, podendo ensejar, quando muito, a quebra da confiança entre os cônjuges e eventual divórcio.

No que tange à união estável, conclui-se que o dever de lealdade não é sinônimo de fidelidade, o que propicia a discussão acerca das famílias poliafetivas.

3.2 FAMÍLIAS PLÚRIMAS: APENAS EM UNIÃO ESTÁVEL OU TAMBÉM NO CASAMENTO?

A possibilidade de pluralismo dentro das uniões estáveis, por si só, já é polêmica. No casamento, então, se mostra questão extremamente tormentosa.

Há poucos expoentes doutrinários que vislumbrem possibilidade de realização de casamento com mais de dois cônjuges, destacando-se a necessidade de fidelidade entre os envolvidos (SANTIAGO, 2015, p. 208).

Elpídio Donizetti e Felipe Quintella defendem o entendimento de que a monogamia somente pode ser exigida no casamento, em razão da existência do dever de fidelidade recíproca e da existência do crime de bigamia⁸ (apud SANTIAGO, 2015, p. 109).

⁸ Necessário se faz, neste ponto, que o leitor se atenha à diferença existente entre bigamia e adultério.

Rodrigo da Cunha Pereira é categórico ao defender a monogamia como princípio estruturante do ordenamento pátrio, e refuta, desta forma, a possibilidade de relacionamentos plúrimos. O autor, contudo, traz posicionamento curioso ao dispor sobre a averbação do casamento poligâmico de estrangeiros dentro do Brasil, em atendimento à diferença de identidade cultural. Note:

Entendemos ser possível o registro de casamento poligâmico estrangeiro em cartório brasileiro, aliás, requisito obrigatório para que eles tenham eficácia no Brasil, da mesma forma que é possível o registro de um casamento francês, espanhol, etc. Esse direito sustenta-se, em síntese, no respeito à identidade cultural dos povos, cuja base principiológica está na Constituição da República. A França e a Inglaterra, certamente em razão de um multiculturalismo mais intenso, há muito já autoriza (sic) o registro de casamentos estrangeiros poligâmicos (2012, p. 147-148).

Ora, surge o contrassenso: admite-se o registro de casamentos poligâmicos estrangeiros em atenção à diversidade cultural, mas não se admitem os relacionamentos poligâmicos brasileiros, ainda que em flagrante descaso com os princípios da afetividade, da autonomia da vontade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana?

Pela análise feita no item anterior, em que se observa os deveres impostos aos envolvidos no casamento e na união estável, extrai-se o entendimento de que o casamento está restrito a duas pessoas – sejam elas do mesmo sexo ou de sexos opostos –, devido à maior rigidez das normas para o casamento e à menção de que os deveres se referem a "ambos os cônjuges", afastando a possibilidade de um terceiro parceiro no relacionamento.

No que tange à união estável, por se tratar de um relacionamento despido de tantas formalidades para sua caracterização e pela menção de aberta de que os deveres da união estável competem aos companheiros, sem numerá-los, adota-se o entendimento de que, na intenção de um relacionamento poligâmico, com a presença da mais absoluta honestidade entre as partes, podem estes indivíduos buscar sua satisfação através da constituição de uma união estável.

O crime de adultério, anteriormente previsto no art. 240 CP, foi revogado pela Lei 11.106/2005, não mais subsistindo no ordenamento pátrio. A conduta era caracterizada pela manutenção de relações extraconjugais na constância do casamento.

O crime de bigamia, no entanto, continua vigente, e pune-se o indivíduo que vier a convolar novas núpcias enquanto ainda for casado. A previsão se encontra no art. 235 CP.

Ressalte-se que o Código Penal vigente (em que pesem as modificações já realizadas) data de 1940, e os tipos penais ali descritos muito se adequavam à sociedade da época: patriarcal, com a família decorrente apenas do matrimônio e vista como uma instituição.

Cumprido destacar que o posicionamento aqui esposado reflete o ordenamento civil atual, e que eventual modificação da legislação poderá ensejar o reconhecimento até mesmo do casamento plúrimo.

Importante salientar: isto não significa que todos seriam obrigados a acatar a intenção de relacionamentos plúrimos por parte do(a) outro(a), mas apenas que, havendo o desejo de todos os envolvidos, tais relacionamentos poderiam ser facilmente constituídos e seriam legalmente tutelados.

3.3 A ANÁLISE DA BOA-FÉ PARA O RECONHECIMENTO DO RELACIONAMENTO

Inicialmente é importante observar que discute-se frequentemente a questão dos relacionamentos simultâneos estabelecidos de forma paralela (casamento-união estável; união estável-união estável). Ao se abordar a possibilidade de reconhecimento de efeitos a estes relacionamentos os autores o fazem sob o aspecto da existência (ou não) da boa-fé.

Em que pese não ser este o objeto de estudo deste trabalho, necessário se faz estudar as soluções trazidas pela doutrina para as uniões simultâneas para, posteriormente, estudar a incidência (ou não) da boa-fé nas uniões estáveis plúrimas.

Quanto à possibilidade de existência de uniões estáveis simultâneas, considerando a boa-fé, traz-se o exemplo de um homem que mantém duas companheiras em cidades distintas. Três correntes apresentam soluções para este caso:

I- Nenhuma das uniões estáveis poderia ser reconhecida: (Maria Helena Diniz) para esta corrente, admitir uniões simultâneas seria o mesmo que admitir a possibilidade de vários casamentos, a bigamia ou a poligamia.

Para Maria Helena Diniz, a existência de mais de um relacionamento simultâneo demonstra não existir união vinculatória, tampouco companheirismo – o que ocorreria apenas com um relacionamento estável e honesto (2009, p. 387-389). A autora destaca, contudo, que excepcionalmente foram dados os mesmos efeitos

às duas uniões devido à boa-fé das duas mulheres que viveram com o mesmo homem (separadamente) simultaneamente, sendo-lhes conferidas indenizações.

As companheiras poderiam pleitear, desta forma, apenas indenização por danos morais e materiais por abuso de direito e desrespeito à boa-fé objetiva.

II- Poder-se-ia reconhecer a união estável daquele que estivesse de boa-fé (união estável putativa): (Francisco José Cahali, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Pablo Stolze Gagliano, Álvaro Villaça Azevedo, Rodrigo da Cunha Pereira, Zeno Veloso, Euclides de Oliveira) a corrente majoritária aplica, por analogia, o entendimento de que existirá união estável putativa⁹ (PONZONI).

O reconhecimento desta união estável putativa beneficiará apenas o companheiro que estiver de boa-fé (e seus filhos), aproveitando-se a ele todos os efeitos civis desta união.

Isto não impedirá o companheiro de boa-fé, entretanto, de ajuizar ação de indenização por danos morais.

Destaca-se, contudo, a existência de alguns problemas: comprovação do início de cada relacionamento e como definir qual união estável será considerada putativa ou não.

III- Todas as uniões estáveis poderiam ser reconhecidas: (Maria Berenice Dias) a terceira corrente desconsidera a questão da fidelidade como condição para o reconhecimento da união estável. Como não há dever de fidelidade, não haveria que se cogitar a possibilidade de a existência de mais de uma união estável atrapalhar as demais (DIAS, M., 2016, p. 249).

Para a referida autora, outro não pode ser o entendimento, uma vez que o não reconhecimento da união estável simultânea teria mais o caráter de punição por infração a um critério moral, e o maior beneficiado seria o agente pivô dos dois relacionamentos, posto que não teria que partilhar o patrimônio com a companheira, caso não ficasse comprovada a boa-fé dela, a despeito do seu esforço na construção deste patrimônio (DIAS, M., 2016, p. 281).

⁹ A união estável putativa é uma construção que leva em consideração as regras utilizadas para caracterizar o casamento putativo, que é o casamento que, apesar de nulo ou anulável, aproveitará seus efeitos civis aos cônjuges que nele estiverem de boa fé (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 82).

Problemas apontados pelos adeptos das outras correntes: há o desprezo da exigência de fidelidade, não sendo observada a exclusividade das relações.

Para melhor compreensão da dimensão que a discussão da boa-fé pode tomar, entende-se que seria necessário analisar algumas situações concretas e que, em determinados casos, nenhuma das soluções supramencionadas se amoldaria ao caso. Veja as seguintes hipóteses: João vive em união estável com Josefa. Posteriormente João conhece Maria e passa a conviver com ela, também, no intuito de constituir família. Alguns anos depois, João falece.

Caso 1 – Josefa e Maria não têm conhecimento uma da outra

De acordo com a corrente majoritária, todas as companheiras estão de boa-fé, devendo ser os efeitos desta união aproveitados a ambas.

A corrente é capaz de atender ao problema apresentado.

Caso 2 – Josefa sabe de Maria. Maria desconhece a existência de Josefa

A proteção à união de Maria estaria resguardada pela boa-fé. Questiona-se: poder-se-ia exigir algum tipo de comportamento por parte de Josefa? Seria o caso de, apesar de ter iniciado o relacionamento anteriormente ao de Maria, não lhe conferir os efeitos civis desta união por ter ciência do relacionamento simultâneo?

O posicionamento jurisprudencial confere proteção à união que primeiro se iniciou.

Novamente ter-se-ia a proteção conferida aos dois relacionamentos.

Caso 3 – Josefa nunca soube de Maria. Maria foi informada quanto ao relacionamento de João com Josefa desde o princípio

Ausente a boa-fé em relação a Maria, tendo em vista que a mesma tinha conhecimento de um relacionamento prévio de João, não terá direito à produção dos efeitos civis à união.

O posicionamento jurisprudencial majoritário é no sentido de se prestigiar apenas o relacionamento primordial. Já há julgados, contudo, que têm decidido pela "triação" do patrimônio – resguardado, é claro, o patrimônio dos filhos, em caso de abertura da sucessão –, dividindo-se tudo o que foi adquirido na constância da união simultânea em três partes iguais (CUNHA, 2016, p. 90).

Caso 4 – Josefa e Maria sabiam uma da outra, se conheciam e conviviam pacificamente ou Josefa e Maria viviam, com João, no mesmo lar, como uma só família

Os efeitos civis destas uniões não poderiam ser aproveitados a qualquer uma das companheiras, tendo em vista a inexistência de boa-fé de ambas.

Ora, é possível notar que no Caso 4 a corrente majoritária não oferece uma saída que corresponda aos anseios deste núcleo familiar. Tendo em mente a família eudemonista, é possível dizer que o conceito de felicidade deste grupo se mostra diferente, sendo que o relacionamento plúrimo, aberto, preenche-lhes as necessidades. Inviável seria, portanto, proibir que os efeitos civis fossem produzidos em relação a qualquer uma das partes.

Ao abordar a simultaneidade de relacionamentos e o seu reconhecimento, Marcos Alves da Silva sustenta que não se devem conferir efeitos à união simultânea apenas quando houver a ignorância de relacionamento prévio (boa-fé), uma vez que a ausência de boa-fé, por si só, não é suficiente para descaracterizar a família ali constituída (2013, p. 194), tampouco desprestigia o que uma parcela conservadora entende por família (2013, p. 197).

O autor ainda aponta que "tomar a boa-fé objetiva como critério para o reconhecimento de conjugalidades simultâneas pode converter-se em mecanismo de reforço de uma concepção matrimonializada de família", supondo que as soluções encontradas para dirimir questões que envolvam o casamento sejam ideais, também, para a união estável (SILVA, M., 2013, p. 198).

Estando as partes cientes umas das outras e concordando com tal situação, não há que se falar em infração ao dever de lealdade. Não existe entre elas a fidelidade, a exclusividade, mas está presente a honestidade, o afeto, e a felicidade decorre deste arranjo realizado por eles.

Para as uniões estáveis plúrimas (com multiplicidade de companheiros), portanto, considerando que seu fundamento é a honestidade extrema das partes, pode-se observar que há a boa-fé de todos os companheiros, em decorrência da aceitação das condições a que os envolvidos naquele relacionamento se submetem, rechaçando-se a ideia de que a boa-fé somente poderia ser vislumbrada no desconhecimento de outros relacionamentos. Confere-se, assim, proteção às uniões poliafetivas.

Sugere-se, para o estudo em questão, que o conceito de boa-fé não seja considerado apenas como o conhecimento de outra relação, mas sob o espectro da aceitação das partes, da tolerância deste comportamento por todos. Isto ocorrendo, ter-se-ia tanto a boa-fé quanto a lealdade, e o relacionamento plúrimo gozaria das proteções conferidas à união estável.

3.4 O PLURALISMO DE INTEGRANTES NA UNIÃO ESTÁVEL

Superada a questão do dever de lealdade – defendido aqui como algo diferente de fidelidade –, passa-se à discussão das uniões estáveis plúrimas.

E o cerne da questão é: é possível amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo? (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 459). Ao se imaginar o amor relacionado a pessoas que ocupam classes diferentes na relação familiar, é tranquilo admitir-se que sim: ama-se simultaneamente os genitores, os filhos, os irmãos, o cônjuge. Quando o assunto versa sobre relacionamento amoroso, contudo, a sociedade está condicionada a responder que não: não é possível amar, romanticamente, mais de uma pessoa (DIAS, M., 2016, p. 142). Mas esta não é a realidade de todas as famílias.

Santiago, ao mencionar Dossie Easton e Janet Hardy, traz que é completamente possível que as pessoas encontrem em relacionamentos poligâmicos as mesmas coisas almejadas por aqueles que defendem as relações monogâmicas, qual seja: "parceria, apego profundo, laços parentais acentuados, crescimento pessoal, cuidados e companhia na velhice" (2015, p. 102).

Conforme relatado acima, não são recentes as histórias familiares envolvendo mais de três pessoas. A busca pela formalização destes relacionamentos, contudo, é evento desta década.

Foram noticiados os registros de algumas destas uniões estáveis plúrimas: (i) em 2012 o Cartório de Tupã-SP escriturou a união entre um homem e duas mulheres – que já conviviam há três anos –, tendo sido estipuladas regras a serem observadas em caso de morte ou separação; (ii) em outubro de 2015 três mulheres registraram no Rio de Janeiro a união existente entre elas; (iii) em abril de 2016 mais duas mulheres e um homem registraram a união no Rio de Janeiro.

A reportagem de Thiago Amâncio revela que a tabeliã Cláudia Domingues foi responsável por registrar duas das três uniões poliafetivas supramencionadas, e que ela já havia efetivado, até então, sete uniões neste formato, sendo que uma delas possuía três homens e duas mulheres envolvidos (AMÂNCIO, 2016).

Pode-se admitir que o Estado interfira nos relacionamentos pessoais, ditando os formatos pré-estabelecidos, excluindo aqueles que neles não se enquadram nos parâmetros esperados?

Marcos Alves da Silva defende que

Tendo em consideração a superação da família denominada transpessoal e a afirmação da família eudemonista como referência para o Direito de Família contemporâneo, não parece razoável admitir que existam interesses públicos de família que justifiquem a intromissão do Estado no recôndito da intimidade de um indivíduo para impor-lhe dever referente ao exercício de sua sexualidade (2013, p. 147).

No julgamento do RE 397.762-8/BA¹⁰, o então Ministro do STF, Carlos Ayres Britto, trouxe entendimento contrário ao de seus pares, destacando que não é a impossibilidade de converter um relacionamento em casamento que faz com que as pessoas deixem de investir nesta relação, e finalizou dizendo que a figura jurídica da família deveria ser entendida em sua forma mais ampla, pois diferentemente da Constituição anterior, não se preza pela proteção somente do casamento, e sim da família. Desta forma, estando preenchidos os requisitos que comprovassem que a união de Joana da Paixão e do *de cujus* caracterizaria uma família e existindo relação de dependência dela em relação a ele, ele votou pelo não provimento ao recurso extraordinário e pela manutenção da decisão do TJ/BA¹¹.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Companheira e concubina - Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União Estável – Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão – Servidor Público - Mulher - Concubina - Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. RE 397.762. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+397762.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+397762.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbpzl9c>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

¹¹ Joana da Paixão Luz viveu com Valdemar do Amor Divino Santos durante 37 (trinta e sete) anos e com ele teve 09 (nove) filhos. Nas palavras do Min. Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, "com o sobrenome de ambos, estava escrito nas estrelas que eles tinham que se encontrar. É o encontro entre o Amor e a Paixão". Ocorre, contudo, que Valdemar era casado com outra mulher (Railda Conceição Santos) e com ela viva maritalmente quando de seu óbito, tendo com ela tido 07 (sete) filhos. Valdemar era fiscal de renda no estado da Bahia e faleceu no final dos anos 90. Surgiu, então, o imbróglio: Joana pleiteou o rateio dos valores pagos pelo Fundo Previdenciário dos Servidores Públicos da Bahia a Railda, alegando que mantinha com Valdemar uma relação de companheirismo.

O mesmo pode ser aplicado aos relacionamentos plúrimos. Em que pese não terem sido abarcados pelo ordenamento pátrio, isto não obsta o seu acontecimento.

Álvaro Villaça Azevedo assim dispõe:

A lei deve facilitar, por todos os meios justos, o enquadramento nela de qualquer espécie de convivência de cunho familiar, para que se transmude em união oficial reconhecida pelo Estado, pois a dignidade dela não deve cingir-se ao formalismo anterior, mas ao sentimento puro do amor, de respeito e de responsabilidade que deve unir os casais (2011, p. 6).

O tradicionalismo e o conceito "clássico" de família constituem barreiras para que as famílias plúrimas sejam reconhecidas tanto pela sociedade quanto pelo ordenamento jurídico (PEREIRA, 2012, p. 195). Ao se observar, no entanto, que a sociedade é composta por pessoas diferentes, com interesses diversos, mas que nem por isso a igualdade de direitos deve deixar de ser aplicada, conclui-se que a tolerância à diferença é a peça-chave para o saudável convívio em sociedade (PEREIRA, 2012, p. 163).

O legislador deve, portanto, se despir de suas convicções conservadoras, capazes de considerar como família apenas aquelas que se enquadram nos parâmetros pré-estabelecidos, passando a reconhecer juridicamente os modelos não ordinários (SILVA, M., 2013, p. 198). É "proteger a essência e não a forma" (PEREIRA, 2012, p. 145). Ao se proceder desta forma, confere-se um peso maior aos indivíduos (tendo em mente sua autonomia e sua dignidade) do que à "família instituição" (SANTIAGO, 2015, p. 159).

O não reconhecimento de uniões estáveis com membros múltiplos pode ensejar numa injustiça face aos seus envolvidos. Ao questionar a proibição de reconhecimento de uniões estáveis paralelas ao casamento, Maria Berenice Dias faz

O TJ/BA concedeu a pensão a Joana da Paixão alegando que estava comprovada a união estável, ainda que paralela a um casamento em vigor.

Foi interposto o recurso extraordinário pelo Estado da Bahia sob a alegação de que o art. 226, §3º da CF estaria sendo infringido pela decisão do tribunal inferior e que a união estável só poderia ser caracterizada caso não existisse qualquer empecilho ao matrimônio do casal, o que não era o caso.

Apesar de o TJ/BA ter se fundado na ideia de que a união mantida pelo *de cujus* com a Sra. Joana da Paixão caracterizava união estável e que esta não impõe o dever de monogamia, o Ministro Marco Aurélio (Relator do Recurso Extraordinário) asseverou que só é possível que um relacionamento seja considerado união estável caso exista possibilidade de sua conversão em casamento – que não era o caso, vez que o *de cujus* era casado e vivia com sua esposa. Para ele, então, havia com Joana da Paixão uma relação de concubinato, nos termos do art. 1.727 CC.

Por esta razão, o relator entendeu que houve infringência ao art. 226, §3º CF, e que a decisão do Tribunal da Bahia deveria ser reformada, restabelecendo o que havia sido definido pelo juiz de primeiro grau.

uma elucidação que cabe, também, ao reconhecimento das uniões estáveis plúrimas:

rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais que desastroso, é perverso: nega divisão do patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório (2016, p. 248).

Ao se privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento das uniões estáveis plúrimas passa a ser uma consequência, promovendo-se a desmarginalização de diversos núcleos familiares e permitindo-lhes gozar dos direitos inerentes à união estável (SANTIAGO, 2015, p. 160).

A afetividade e a busca da felicidade moldam os relacionamentos plúrimos aqui relatados, de modo que se possa considerá-los como verdadeira entidade familiar, conforme descrição constitucional. Assim consideradas as entidades familiares, simples seria a conclusão acerca da sua licitude, sobrevivendo, neste diapasão, direitos e deveres inerentes às uniões estáveis.

Ponto importante a ser observado, para o reconhecimento e a atribuição de efeitos às uniões estáveis plúrimas está relacionado à exposição da situação a todos os seus envolvidos, e a concordância de todos com os arranjos perpetrados. Esta é sua característica primordial (SANTIAGO, 2015, p. 151).

Para Gagliano e Pamplona Filho, a possibilidade de uma união poliafetiva válida está diretamente relacionada ao seu caráter aberto e à aceitação e conhecimento por parte de seus integrantes (2016, p. 461).

A lealdade é um dos deveres da união estável – qualquer que seja o arranjo: monogâmico ou poliafetivo. Santiago é enfático: "o poliamor não se confunde com traição ou quebra de confiança, não tendo qualquer semelhança com as uniões paralelas que derivam da mentira" (2016, p. 187). O desrespeito à honestidade faz com que este relacionamento não possa ser considerado uma união estável plúrima, e sim uma união simultânea, não possibilitando que ele receba a proteção que aqui se preleciona.

Outra questão a ser discutida: coabitação. Da mesma forma que a caracterização de uma união estável independe da coabitação (DIAS, M., 2016, p. 250), entende-se que não é necessário que todos os integrantes deste

relacionamento familiar residam sobre o mesmo teto. Preenchidos os demais requisitos, tem-se uma união estável.

3.4.1 Os registros de uniões estáveis plúrimas junto aos Tabelionatos de Notas e o CNJ

Recentemente a Corregedoria Geral de Justiça recebeu uma representação feita pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) em que se pleiteou, liminarmente, a proibição da lavratura de novas escrituras de uniões poliafetivas pelos tabelionatos brasileiros, e, no mérito, que se proceda à regulamentação quanto à possibilidade (ou não) de que esses tipos de uniões plúrimas sejam reconhecidas.

O jornal O Hoje, de Belo Horizonte, trouxe artigos que abordavam a possibilidade do registro de uniões poliafetivas. Defendendo o registro estava a tabeliã do 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, responsável pela lavratura de uma escritura pública em que o relacionamento é constituído por 03 (três) mulheres. Para Fernanda de Freitas Leitão, a inexistência de norma proibindo este tipo de união, o princípio da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da não discriminação são fundamentos suficientes para que escrituras semelhantes possam ser lavradas. Ela finaliza o artigo sustentando que a sociedade é que será responsável por dizer se essas uniões serão possíveis ou não (2016, p. 23).

Em posição diametralmente oposta encontra-se Regina Beatriz Tavares da Silva, para quem as uniões poliafetivas caracterizam afronta direta à Constituição. Em suas palavras, "a afetividade não é motivo bastante para o ordenamento jurídico conceder proteção a uma relação". A articulista ainda assevera que tais escrituras são nulas e não conferem aos envolvidos no relacionamento qualquer tipo de proteção (2016, p. 23).

A Ministra Nancy Andrighi, Corregedora Nacional de Justiça, instaurou um pedido de providências. A liminar pleiteada foi negada. A corregedora, no entanto, emitiu comunicado aos tabelionatos sugerindo que se suspenda a lavratura de escrituras de união estável que envolvam múltiplos companheiros até que, após a realização de audiências públicas (em que serão ouvidos membros da sociedade e

entidades relacionadas), se proceda à decisão sobre a regulamentação (ou não) do registro civil de uniões poliafetivas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Necessário se faz, então, aguardar que se procedam às audiências públicas e à análise a ser realizada pela Corregedoria Geral de Justiça. Espera-se que os princípios da autonomia da vontade, da afetividade, da interferência mínima do Estado e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, triunfem sobre posicionamentos estritamente legalistas e que não coadunam com a pluralidade de arranjos familiares que a Constituição pode abarcar.

CAPÍTULO 4 – QUANDO ABERTA A SUCESSÃO

Ao se conferir a dignidade aos relacionamentos plúrimos, prestigiando a autonomia da vontade e a afetividade, passa a existir um núcleo familiar protegido constitucionalmente. Isto refletirá em questões previdenciárias, tributárias, sociais, de mutiparentalidade e, o enfoque deste capítulo, sucessórias.

Como o trabalho em questão restringiu sua área de atuação às uniões estáveis plúrimas, inicialmente far-se-á um esforço sobre a sucessão dos companheiros.

4.1 A SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL

A proteção ao direito das companheiras foi acontecendo paulatinamente no ordenamento brasileiro. De uniões concubinárias – posto que constituídas paralelamente ao casamento, tendo em vista a impossibilidade do divórcio – à condição de união estável, muito foi modificado.

O Código Civil de 2002 traz previsões distintas para a sucessão do cônjuge e para a sucessão do companheiro. Há quem sustente a ilegalidade no tratamento desigual, por se tratarem de famílias que, em seu seio, são lastreadas pelos mesmos sentimentos, mas que, em razão da forma pelas quais foram constituídas terão efeitos diferentes.

O entendimento adotado por esta autora é de que não há que se atribuir à união estável todos os efeitos atribuídos ao casamento. Caso assim fosse, não haveria razão para se ter a previsão de dois mecanismos diferentes para se chegar aos mesmos efeitos. Cada um dos meios escolhidos para se concretizar uma família (casamento ou união estável) possui suas vantagens e desvantagens, e cabe ao indivíduo responsável pela escolha suportar a decisão tomada – seja ela em busca de menos formalidade ou de um maior rigor na constituição, manutenção e produção de efeitos do relacionamento eleito. Isto não significa, contudo, que não se vislumbre flagrantes desrespeitos à dignidade humana e à afetividade em algumas situações, mas este não é o ponto discutido no trabalho.

A primeira consideração a ser feita versa sobre o companheiro não sendo considerado como herdeiro necessário. Em diversos momentos o legislador equipara cônjuge e companheiro, fazendo menção expressa a ambos. Não foi o que ocorreu no art. 1.845 CC¹². Em que pese a não concordância com o entendimento adotado pelo legislador, comunga-se do entendimento de Cahali e Hironaka quanto à impossibilidade de sua extensão ao cônjuge (2014, p. 215).

Outro ponto importante diz respeito à ordem da vocação hereditária. Enquanto o cônjuge entra como único herdeiro na 3ª posição da vocação hereditária – caso não haja descendentes ou ascendentes do *de cujus* –, independentemente do regime de bens adotado pelo casal, o companheiro se vê relegado à 4ª posição, somente sendo considerado herdeiro universal (dos bens adquiridos onerosamente na constância da união) se não existirem descendentes, ascendentes ou colaterais (até o 4º grau) do *de cujus*, tornando quase impossível que ele venha a perceber a integralidade de um patrimônio ao qual ele pode ter contribuído (e muitas vezes o fez!). Destaca-se que, existindo bens particulares, estes não serão destinados ao companheiro (ainda que ele seja o único sobrevivente, sem demais concorrentes). Desprestigiando os laços do afeto, o legislador optou por, neste caso, deixar os bens ao poder público (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 217-218).

A divisão do patrimônio se dará da seguinte forma:

a) Companheiro concorrendo com descendentes comuns: far-se-á a divisão em partes iguais, considerando o número de filhos e o companheiro sobrevivente. Não há aqui a reserva de quota mínima, tal qual estabelecido no casamento (art. 1.832 CC¹³);

b) Companheiro em concorrência com prole apenas do autor da herança: ser-lhe-á destinado o valor correspondente à metade do quinhão de cada um dos descendentes do *de cujus*.

Em que pese o legislador não ter abordado a questão da concorrência do companheiro com filiação híbrida, há entendimento tanto no sentido da adoção do exposto no art. 1.790, I CC (Francisco José Cahali, Giselda Hironaka, Cristiano Chaves de Farias e Rodolfo Pamplona Filho) quanto no sentido de se optar pelo art. 1.790, II CC (Maria Berenice Dias).

¹² Art. 1.845 CC. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹³ Art. 1.832 CC. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Sobre a concessão do direito real de habitação, o entendimento na doutrina é divergente. Cahali e Hironaka sustentam que se considera que o CC/2002 revogou as disposições acerca da união estável em leis anteriores, e sua omissão ao direito real de habitação ao tratar da sucessão do companheiro leva à conclusão que não era intenção do legislador conferir tal direito ao companheiro sobrevivente (2014, p. 220-221). Farias e Rosenvald trazem que há quem defenda que o disposto na Lei 9.278/96 sobre o direito real de habitação ainda se aplique, existindo tal direito de forma vitalícia enquanto não se constituir nova família. Os autores, por outro lado, entendem que se deve aplicar ao convivente supérstite, por analogia, o disposto no art. 1.831 CC, propiciando-lhe gozar de um direito real de habitação vitalício e incondicionado (2015, p. 293-294).

Apenas a título de informação – posto não ser este o objeto do trabalho –, falar-se-á sobre a questão sucessória envolvendo uniões simultâneas (casamento e união estável ou duas uniões estáveis). A resolução do problema, conforme posicionamento doutrinário majoritário e jurisprudencial já reportado acima (ver tópico 3.3), perpassa a observância (ou não) da boa-fé.

Hélio Borghi entende que no caso de uniões estáveis concomitantes, se a má-fé for unilateral, o companheiro de boa-fé terá direito à sucessão, ao usufruto dos bens deixados pelo *de cuius* e também o direito real de habitação em relação ao bem em que residisse com o mesmo (apud FREIRE, 2009, p. 171). O companheiro de boa-fé concorreria com os herdeiros no que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Para Reinaldo Franceschini Freire, se o(a) companheiro(a) não ignorava existirem outro(s) ou outra(s) em situação de união estável com o *de cuius*, terá direito apenas à metade dos bens que **comprovar** terem sido adquiridos com sua ajuda, de forma a não existir o enriquecimento ilícito por nenhuma das partes (2009, p. 172).

Há, por fim, os que defendem que a análise não será feita observando a existência ou não de boa-fé, mas considerando se restam cumpridos os requisitos caracterizadores de uma união estável. Estando eles presentes, reconhece-se o direito à participação na sucessão, procedendo-se, em vez da meação, à triação dos bens. Neste sentido:

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. PARTILHA. "TRIAÇÃO". ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA E PARA O FILHO COMUM. Viável reconhecer união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e contabancária conjunta, tudo a demonstrar relação pública, contínua e duradoura, com claro e inequívoco intento de constituir família e vida em comum. **Reconhecimento de união dúplice que impõe partilha de bens na forma de "triação", em sede de liquidação de sentença, com a participação obrigatória da esposa formal.** Precedentes jurisprudenciais. Ex-companheira que está afastada há muitos anos do mercado de trabalho, e que tem evidente dependência econômica, inclusive com reconhecimento expresso disso no contrato particular de união estável firmado entre as partes. De rigor a fixação de alimentos em prol dela. Adequado o valor fixado a título de alimentos em prol do filho comum, porquanto não comprovada a alegada impossibilidade econômica do alimentante, que inclusive apresenta evidentes sinais exteriores de riqueza. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (SEGREDO DE JUSTIÇA). DECISÃO MONOCRÁTICA. (sem grifos no original)
(Apelação Cível Nº 70039284542, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 23/12/2010)

Abordada, de forma breve, a questão da sucessão dos companheiros pelo Código Civil, passa-se ao estudo da sucessão dentro dos relacionamentos poliafetivos.

4.2 A SUCESSÃO NAS UNIÕES ESTÁVEIS PLÚRIMAS

Mais uma vez, destaca-se que o direito sucessório aqui abordado está relacionado aos relacionamentos com múltiplos companheiros em que exista, por livre estipulação entre as partes, um relacionamento plúrimo, ostensivo e público, com intenção de constituir família. Não há espaço, aqui, para uniões externas, ocultas e sem o consentimento de todos os envolvidos.

Conforme esposado no capítulo anterior, o presente trabalho adota o entendimento de que, em que pese a não existência de um relacionamento monogâmico, as uniões estáveis plúrimas preenchem os requisitos necessários para que possam ser consideradas famílias – quais sejam: lealdade, respeito e assistência.

Desnecessária a análise da boa-fé no sentido de "desconhecimento de uma união concomitante", uma vez que se entende que a boa-fé, nestes casos, decorre justamente da honestidade existente entre os envolvidos, que delineiam uma estrutura familiar plúrima, diferente dos moldes tradicionais, mas capaz de preencher o projeto de felicidade por eles traçado.

4.2.1 Participação na divisão do patrimônio

Giselda Hironaka aduz que, considerando-se o princípio da afetividade e a busca pela felicidade que regem as famílias contemporâneas, e que estes princípios estão presentes não só nas famílias decorrentes do casamento, ter-se-ia a possibilidade de reconhecimento dos direitos e deveres dentro união não tradicional (HIRONAKA, 2012, p. 9).

Para Pablo Stolze Gagliano, não é possível se ignorar que alguns casos, excepcionais, permitirão a proteção do Direito de Família. O doutrinador alude que não é possível a incidência de tais regras em todo e qualquer caso de relação concomitante sob o risco de ser criada uma situação mais favorável aos golpistas do que àqueles que de fato investiram anos e esforços no relacionamento. Ele ainda complementa:

Tempo, afeto e aparência de união estável – com óbvia mitigação do aspecto da publicidade – são características que, em nosso sentir, embora não absolutas *de per se*, devem conduzir o intérprete a aceitar, excepcionalmente, a aplicação das regras do Direito de Família, a exemplo da pensão alimentícia ou do regime de bens (restrito, claro, ao patrimônio amealhado pelos concubinos) (GAGLIANO, 2008, p. 38-39).

Seguindo a linha adotada por este trabalho, a autora corrobora os dizeres de Pablo Stolze Gagliano nas hipóteses em que o projeto familiar daquele grupo for pautado na multiplicidade de integrantes. Desarrazoado inviabilizar a concessão de efeitos sucessórios aos envolvidos no relacionamento por eles assim delineado.

Quando aborda as uniões simultâneas, Maria Berenice Dias destaca que o esforço dos companheiros na formação do patrimônio deve ser observado. Desprestigiar um companheiro no momento da sucessão, quando há um patrimônio

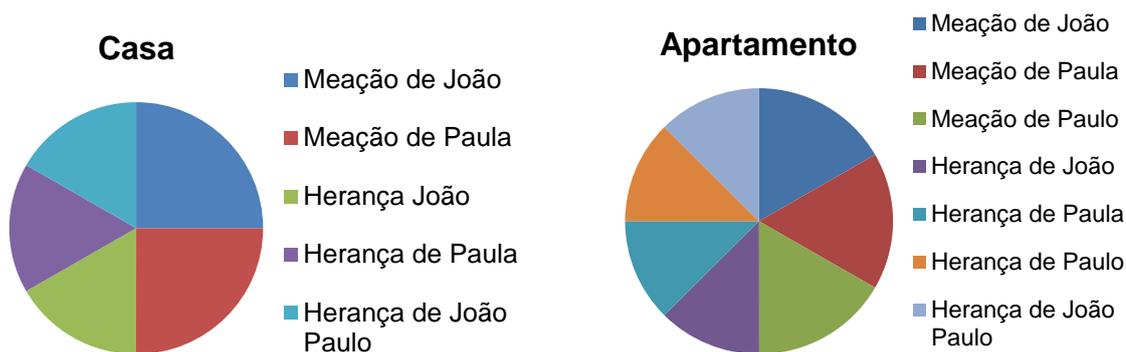
que ele também ajudou a amealhar privilegiará apenas os descendentes do *de cuius*:

Cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal (...). Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso: nega divisão do patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório. (...) àquele que vive do modo que a lei desaprova, não é possível, simplesmente, eximi-lo de qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, sai privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado (2016, p. 248).

O posicionamento a ser adotado para as uniões estáveis plúrimas é semelhante. Analisa-se o momento a partir de quando cada companheiro adentrou o relacionamento – uma vez que isto pode se dar de forma paulatina – e o patrimônio amealhado desde sua entrada até a morte de um dos companheiros. Considerando o esforço comum de todos os envolvidos, e resguardando-se o patrimônio a ser destinado à prole, far-se-á a divisão entre todos os conviventes sobreviventes.

Exemplifica-se: João, Maria e Paula decidiram viver uma união estável plúrima em 2010. Adquiriram uma casa. Em 2012 decidiram expandir o relacionamento e Paulo passou a ser mais um dos companheiros. Adquiriram um apartamento. Em 2014 nasce João Paulo, filho biológico de Maria e João, mas com inclusão dos demais membros da família em seu registro em razão da filiação socioafetiva. Em 2016 Maria vem a óbito e abre-se a sua sucessão.

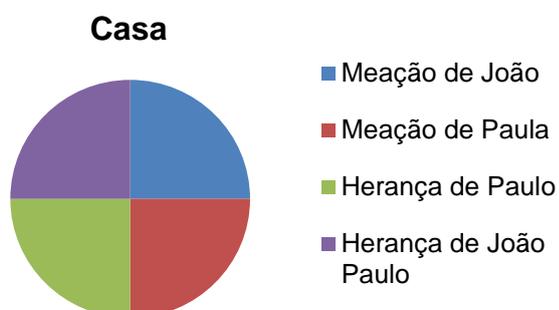
Inicialmente se aponta que a meação ficará resguardada ao(s) companheiro(s) que participou(aram) da aquisição do bem. No que diz respeito à sucessão, utilizar-se-á o disposto na sucessão do companheiro. Se ele concorre com filhos comuns, terá direito a uma cota semelhante à do filho (1.790, I CC). Aplicar-se-á, neste caso, a divisão igualitária entre filhos e companheiros. No caso em comento, tem-se 3 (três) companheiros e 1 (um) filho. Observando-se a data de aquisição dos bens e o momento em que se reconhece a união estável em relação a cada um de seus membros, a casa será dividida entre os dois companheiros da época da aquisição e o filho, de forma igual. Já o apartamento será dividido entre todos eles, em quinhões iguais.



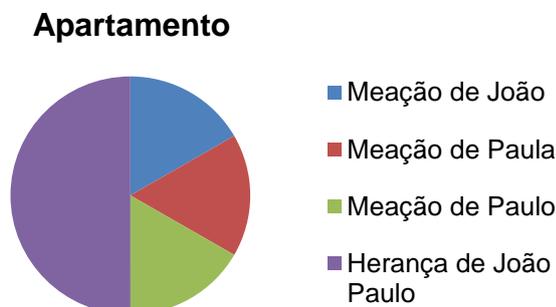
De se destacar que o STF iniciou em 31/08/2016 o julgamento do RE 878.694/MG – que já teve repercussão geral reconhecida –, em que se discute a inconstitucionalidade do art. 1.790 CC. Sete Ministros já se posicionaram a favor da inconstitucionalidade (Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e o Relator Luís Roberto Barroso). O pedido de vista do Min. Dias Toffoli suspendeu a apreciação do RE. Vislumbra-se, portanto, a possibilidade de que o art. 1.790 CC seja considerado inconstitucional.

Caso a inconstitucionalidade do art. 1.790 CC seja reconhecida, tem-se que a aplicação do art. 1.829 CC deverá ser feita. Neste caso, observar-se-á o regime de bens – em regra, comunhão parcial de bens. Quando os companheiros forem herdeiros, não serão meeiros, e quando forem meeiros, não serão herdeiros. Desta forma, se se analisasse a hipótese acima aventada, ter-se-ia a seguinte divisão dos bens:

✓ Casa adquirida por João, Maria e Paula: Paula e João seriam meeiros. Em relação a Paulo, este bem comporia o patrimônio particular de Maria, e ele entraria na condição de herdeiro, juntamente com o filho.



✓ Apartamento adquirido por João, Maria, Paula e Paulo: João, Paula e Paulo seriam meeiros. Por serem todos meeiros, apenas o filho figuraria como herdeiro.



Não há como se imaginar todas as hipóteses e soluções possíveis em um relacionamento estável plúrimo. Por isto, "o magistrado dependerá da análise do suporte fático para decidir acerca do quinhão de cada um na sucessão que envolva relações de poliamor" (SANTIAGO, 2015, p. 198). E o ônus da comprovação de sua participação na família, o momento a partir de quando isto se deu e os bens a serem partilhados é de cada um dos integrantes da relação, de forma a permitir ao magistrado o reconhecimento do direito de cada um (SANTIAGO, 2015, p. 220).

O exposto com relação à concorrência do companheiro com ascendentes e colaterais até o quarto grau resta inalterado – ressaltando-se o possível reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 CC, que faria com que o art. 1.829 CC passasse a ser adotado. Neste caso, os companheiros ascenderiam à terceira posição na ordem da sucessão, não mais concorrendo com os colaterais. Aplicar-se-á de igual forma aos companheiros poliafetivos.

Em ações judiciais cuja divisão do patrimônio tenha mais de dois companheiros envolvidos, necessário se faz que o magistrado se despoje de seus pré-conceitos, de seus ideais religiosos para que possa observar a situação que se lhe apresenta de forma mais imparcial e justa. Como aduzem Gagliano e Pamplona Filho, é necessário

compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros. Afinal, nessa dialética harmoniosa, nenhuma família é igual a outra, e todas merecem, igualmente, ser respeitadas (2016, p. 96).

Fernanda de Freitas Leitão, ao reconhecer que as uniões estáveis plúrimas ainda não foram social e juridicamente aceitas, propõe que seus envolvidos elaborem testamentos, como forma de se resguardar os demais companheiros em caso de morte de um de seus integrantes (2016, p. 23).

Em que pese o entendimento desta autora quanto à divisão patrimonial em decorrência da abertura da sucessão, entende-se que é válida a sugestão da tabeliã supramencionada, uma vez que o testamento (em especial o público) é um instrumento próprio para observar a vontade do autor da herança, permitindo a proteção daqueles que possam se encontrar em situação de hipossuficiência.

4.2.2 Direito real de habitação

Não há motivos para se afastar do relacionamento estável poliafetivo a aplicação do direito real de habitação.

Além do fato de ter perdido um ente querido, não se pode permitir a instabilidade emocional decorrente da possibilidade de não ter mais onde residir.

Comungando do entendimento de Farias e Rosenvald, cada caso precisará ser analisado de forma pormenorizada, para evitar que, para proteção do direito de um, outros se vejam prejudicados¹⁴ (2015, p. 296).

4.2.3 Modificação do *status familiae*

Ao existir um relacionamento plúrimo e ocorrendo a morte de um dos membros da relação, questiona-se quanto à possibilidade de modificação do estado civil.

Ao discorrer sobre o assunto, Maria Berenice Dias sustenta que o *status familiae* dos conviventes sobreviventes deve ser de viúvos (as), caracterizando como "dezarrazoado que se intitule como solteiro ou até como casado, se eventualmente estivesse somente separado de fato, quando da constituição da união estável",

¹⁴ Os autores trazem como exemplo uma situação em que o STJ negou o direito real de habitação à viúva que residia num imóvel que pertencia ao seu marido em condomínio com mais doze irmãos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 296).

devendo constar na certidão de óbito a referência à união estável instituída (2016, p. 246-247).

Em que pese a proteção conferida tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código Civil à união estável, caracterizando-a como família, casamento e união estável possuem naturezas distintas. A união estável tem como ponto diferencial sua informalidade. Ao se apregoar a modificação do *status familiae* aos relacionamentos informais, está-se a tentar transformar a união estável numa forma de casamento, o que não é desejável (SILVA, M., 2013, p. 134).

Pelo entendimento que vem sendo adotado ao longo deste trabalho, considerando a possibilidade de multiplicidade de envolvidos apenas no que tange à união estável, e observando-se as diferenças instituídas pelo legislador tanto para a constituição quanto em relação aos efeitos da união estável, entende-se que o estado civil dos membros sobreviventes persistirá o mesmo. Não existe o estado civil "em união estável", e devido à própria informalidade deste arranjo familiar, ele não é levado a registro. Impossível, portanto, proceder-se à anotação de óbito em um registro inexistente!

Nada obsta, contudo, que conste na certidão de óbito do convivente que ele vivia em situação de união estável, relacionando os envolvidos no relacionamento múltiplo, como forma de se evitar problemas quando da abertura do inventário e realização da partilha dos bens.

4.2.4 Multiparentalidade

O Direito vem conhecendo a possibilidade de que as crianças tenham em seus registros os nomes de mais de duas pessoas no campo filiação.

Tal mecanismo tem aplicação comum em casos que envolvem um laço biológico e outro afetivo, e que não há interesse dos envolvidos no arrefecimento de quaisquer destes laços.

Entende-se ser possível o reconhecimento da multiparentalidade dos filhos, caso isto esteja no projeto familiar delineado pelos companheiros.

Rafael da Silva Santiago discorre sobre a questão:

A pluriparentalidade é plenamente possível e não causa nenhum prejuízo à criança. Pelo contrário, por dar origem a uma unidade de afeto e solidariedade, o poliamor tem o condão de propiciar conforto, amor e segurança à prole de seus praticantes (2015, p. 219).

O autor ainda sustenta que a existência de socioafetividade resulta no reconhecimento de que todos aqueles imbuídos de poder familiar teriam o direito de ver sua parentalidade assegurada (SANTIAGO, 2015, p. 228).

Os reflexos sucessórios desta multiparentalidade – quando reconhecida – são a participação da prole, na condição de herdeiros necessários, na sucessão de todos os companheiros, e não apenas em relação aos pais biológicos.

Conclui-se, portanto, que serão atribuídas às uniões estáveis plúrimas efeitos semelhantes aos conferidos à união estável de molde tradicional, sendo necessária, contudo, a análise de cada caso concreto para que se possa vislumbrar a solução mais adequada e justa a ser aplicada, respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia dos particulares e consequente intervenção mínima do Estado, e tendo como justificativa primordial o afeto existente entre os envolvidos num relacionamento pautado pela honestidade.

CONCLUSÃO

Após a análise da evolução das relações, em que se pode observar que a poligamia sempre existiu e que a monogamia nem sempre foi o modelo estabelecido como tradicional, mais moral ou mais correto.

A instituição da monogamia teve, em grande parte, um caráter de controle das relações sexuais femininas, como forma de se garantir a procedência da prole e se evitar a transferência de patrimônio de um *pater familias* a quem não fosse seu descendente. De se destacar que a infração da monogamia por parte da mulher, ainda nos dias atuais, sempre se mostrou mais reprovável do que o mesmo desrespeito perpetrado pelo homem.

A interferência da Igreja, ao tornar o casamento um sacramento e controlar-lhe a realização, foi essencial para que a monogamia enraizasse e se tornasse um dogma, não merecendo qualquer tipo de questionamento.

O casamento saiu do controle da Igreja, mas o Estado manteve os parâmetros que ali foram estabelecidos.

Isto refletiu na forma de se constituir uma família e de atribuir-lhe proteção. O ordenamento protegia a família matrimonializada, heterossexual e cujo comando era dado pelo patriarca, sendo ele, através do poder patriarcal, responsável por tomar as decisões relativas à família. Destaca-se que a tomada de decisões tinha um cunho mais patrimonial do que afetivo.

Após as revoluções e mudanças gradativas na sociedade, começou-se a ampliar o espaço de atuação da mulher – tanto no ambiente familiar quanto na sociedade.

E o Estado, que antes inviabilizava a dissolução do vínculo conjugal, passa a reconhecer o divórcio. Mas isto não significa que as pessoas tenham deixado de se relacionar devido à impossibilidade de se casarem. Elas passaram a viver juntas, a constituir famílias – a despeito de, legalmente, serem desconsideradas.

A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 trouxeram expressamente a previsão de união estável. Ficaram os envolvidos livres para optar

pela convalidação de núpcias ou pelo estabelecimento de um relacionamento sem obediência de tantas formalidades.

Além disso, trouxe a Constituição insculpida em seu art. 1º, III, a dignidade humana como um de seus fundamentos.

Surgindo problemas aos quais o magistrado não pode se furtar a solução, busca-se, além das regras, a utilização dos princípios como mandamentos de otimização. E o mesmo se deu na esfera familiar.

Ocorre, no entanto, que alguns problemas do âmbito familiar trazem inscrustados, além de uma alta carga emocional, diversos pré-conceitos e julgamentos de ordem exclusivamente moral.

Na omissão do legislador ou mediante a inadequação (especialmente pela constante mutação da sociedade), os princípios são chamados a atuar.

Para discussão quanto à necessidade de obediência da monogamia por aqueles que convivem em união estável, foram trazidos à baila os princípios da afetividade, da autonomia individual, da intervenção mínima do Estado que, quando respeitados, resultam na obediência da dignidade da pessoa humana. Com estes requisitos atendidos, a busca dos indivíduos pela família eudemonista – em que o projeto de felicidade dos envolvidos é o primordial, sendo a família um meio de se atingir essa felicidade – pode ser alcançada.

Uma parcela, contudo, insiste na monogamia como princípio estruturante do ordenamento pátrio, o que resulta na marginalização de diversos modelos de relacionamentos que não obedeçam aos parâmetros instituídos pelo Estado.

E surge novo questionamento: poderia o Estado, com o intuito de preservar a moral e os comportamentos por ele estabelecidos como corretos, se imiscuir na vida sexual dos indivíduos?

A aceitação de uniões estáveis e até mesmo do casamento entre pessoas do mesmo sexo demonstra que a interferência Estatal deve ficar restrita às situações que demandem proteção de hipossuficientes, devendo prevalecer a autonomia da vontade.

Denota-se, ainda assim, uma resistência por parte da sociedade contemporânea em aceitar o diferente. E é exatamente neste contexto em que a poliafetividade se encontra.

Devido à existência de vários tipos de relacionamentos que são tratados como poliamor, optou-se por usar o termo uniões estáveis plúrimas, que aponta para

a multiplicidade de integrantes e estabelece que para a sua ocorrência necessária se faz a prévia combinação dos termos do relacionamento entre todos os envolvidos, sendo o relacionamento pautado pela honestidade e lealdade – a despeito de inexistir monogamia. Destaque-se que os relacionamentos sexuais estão restritos aos componentes da estrutura familiar, de tal forma que a existência de relacionamentos externos sem prévio consentimento não poderiam se enquadrar no formato por todos delineado – e levando ao não reconhecimento deste outro relacionamento.

De se destacar que a utilização da boa-fé no sentido de "desconhecimento do relacionamento simultâneo" para atribuição de efeitos à união estável não é o que aqui se adota. Entende-se como boa-fé a clareza e honestidade existente entre os conviventes e a aceitação, por todos, daquele relacionamento poliafetivo, por acreditarem se ele o mais apto a fazê-los felizes.

Constatada a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis plúrimas como um núcleo familiar merecedor de proteção como qualquer outro (vez que a existência de tais formatos de relacionamento é inquestionável), passou-se à análise de como se proceder em caso de abertura da sucessão por parte de um dos envolvidos.

A solução encontrada, em que pese ter sido extraída de um reconhecimento de união estável contínua e duradoura paralela ao casamento válido (que, para muitos, seria apenas considerada uma relação adúlterina e desprovida de amparo legal, e para outros dependeria da comprovação da existência de boa-fé – leia-se, desconhecimento da união anterior – por parte do companheiro para que os efeitos lhe pudessem ser aproveitados), se amolda perfeitamente aos relacionamentos aqui retratados.

Da mesma forma que se fala em poliafetividade, dar-se-ia a polipartição do patrimônio adquirido a título oneroso durante a constância do relacionamento, observando, é claro, o momento da entrada dos envolvidos no relacionamento, bem como o momento da aquisição dos bens. Resguardar-se-ia a parte dos descendentes, respeitando o disposto no art. 1.790 CC, e proceder-se-ia à partilha entre todos os conviventes sobreviventes. Aponta-se, contudo, para o possível reconhecimento da inconstitucionalidade do referido artigo, levando à utilização do art. 1.829 CC para reconhecimento da sucessão do companheiro – também das relações plúrimas.

Não é tarefa fácil para decidir. E caberá aos envolvidos fornecerem os subsídios necessários para que o magistrado possa atuar, pautado no respeito à dignidade humana e a despeito de suas convicções morais e/ou religiosas.

De igual forma, entende-se pela possibilidade de que os conviventes sobreviventes exerçam o direito real de habitação. Observa-se, no entanto, que o direito real de habitação não tem caráter absoluto, e não poderá ser imposto de forma indiscriminada, cabendo, novamente, a análise do caso concreto.

Vê-se a possibilidade, ainda, de existência de multiparentalidade – se este for o desejo de todos os seus integrantes –, coexistindo filiação biológica e socioafetiva. Tal decisão terá reflexos, ainda, na sucessão, tornando a criança herdeira necessária de todos os envolvidos na união.

Por fim, no que tange ao reconhecimento do *status familiae*, entende-se que não haverá qualquer modificação, posto que a união estável (seja ela monogâmica ou poliafetiva) não caracteriza estado civil. A superveniência da morte de um dos companheiros não teria o condão de alterar um estado civil que nunca existiu, não sendo possível proceder-se à sua averbação. É efeito decorrente da informalidade do relacionamento escolhido.

O presente trabalho propôs algumas formas de se dirimir os conflitos que, se ainda não chegaram, chegarão, fatalmente, às vias judiciais. Enquanto não se procede à regulamentação destes relacionamentos, prudente se mostra a realização de testamentos como forma de fazer valer a vontade do titular do patrimônio e não deixar seus companheiros desprotegidos.

O mais importante deste estudo, no entanto, é compreender que não se pode deixar dogmas religiosos interfiram nos posicionamentos adotados. Viver em sociedade significa respeitar as diferenças.

Os relacionamentos plúrimos são uma realidade para diversas pessoas, e os preconceitos acabam por privá-las do reconhecimento de direitos relativos à sucessão quando do óbito de um de seus membros.

Não se propôs, este trabalho, ao reconhecimento de direitos a todos aqueles que alegarem ter um relacionamento concomitante a um casamento ou a uma união estável. Estudou-se o relacionamento estável com pluralidade de conviventes, passando por uma análise do caso concreto, observando, principalmente, a autonomia da vontade das partes (caso todos estejam de comum acordo em relação àquele formato de família), o intuito de constituir família, o

relacionamento público e duradouro e com intenção de proporcionar felicidade aos seus envolvidos.

Fechar os olhos a estes relacionamentos significa negar fundamentos basilares previstos na Constituição.

Como proceder no caso de Maria Butzki, que vive na mesma casa com o marido, Paul, e o namorado, Peter¹⁵? Ou do funkeiro Mr. Catra, que possui atualmente 3 companheiras (em que pese ele as chamar de esposas) e 32 filhos¹⁶? Privá-los de partilharem aquilo que decidiram construir juntos? Esta não parece ser a melhor solução.

Tem-se, desta forma, a necessidade de se dar maior enfoque à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana. Não podem legisladores e julgadores fechar os olhos para situações existentes, há muito, nas sociedades e deixá-los sem proteção.

Aguarda-se, neste momento, o posicionamento do CNJ quanto à regulamentação das uniões poliafetivas através de registros em tabelionatos de notas. Espera-se que a solução apresentada possa corresponder ao anseio desses muitos brasileiros que vivem uma família desprestigiada pelo ordenamento e vítima de preconceitos por parte da sociedade "tradicional".

¹⁵ SMITH-SQUIRE, Alison. **Strange affair: meet the husband, wife and lover living under the SAME roof.** Disponível em: <<http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/husband-wife-lover-live-together-1740096>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

¹⁶ Todas as companheiras têm conhecimento umas das outras, todos concordaram em viver um relacionamento não pautado na monogamia e há solidariedade e dependência entre todos. Mr. Catra é o provedor da família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 50-179.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 11. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. p. 97-123.

_____. **Direito Romano**. 6. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2. p. 320-322.

AMÂNCIO, Thiago. 'Casais' de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. **Folha de São Paulo**. 24 jan. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3-134; 161-166, 205-213.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 8. ed. atual. pelo Des. Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. p. 15-68, 279-294.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Código Civil, arts. 1.177 e 1.474. Seguro de vida. Caso em que o instituidor é homem casado que se afastou do lar conjugal e a beneficiária é a mulher solteira com a qual ele conviveu, durante muitos anos, more uxório, até o falecimento. Distinção entre concubina e companheira para o efeito de afastar a incidência do sobredito art. 1.474. Interpretação teleológica dessa regra para lhe fixar o sentido que permite a distinção. Precedentes do STF. Divergência jurisprudencial. Deve ser demonstrada em termos analíticos, como determina o art. 305 do Regimento Interno da Corte. Súmula, Verbete 291. Recurso Extraordinário a que a primeira turma nega conhecimento. RE 83.930. Relator: Min. Antônio Néder. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+83930.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+83930.ACMS.%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/nukmko5>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. _____. Companheira e concubina - Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União Estável – Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está

incluído o concubinato. Pensão – Servidor Público - Mulher - Concubina - Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. RE 397.762. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+397762.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+397762.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbpzl9c>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p. 185-249.

CARDOSO, Fabiana Domingues. Decisão Comentada: Pensão para Esposa e Concubina. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 05, p. 87-123, ago./set. 2008.
_____. **Regime de bens e Pacto antenupcial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 5-37.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A família hoje. In: **Revista Magister de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v. 7, jul./ago. 2015, p. 5-20.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas**. 04 maio 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>>. Acesso em: 22 maio 2016.

CUNHA, Danielle Sá Barreto da. Triação de bens: uma análise do poliamorismo sob a ótica patrimonial. In: **Revista Magister de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v. 11, mar./abr. 2016, p. 70-103.

DELGADO, Mário Luiz. **União Estável de Pessoas Casadas (Breves Comentários ao Acórdão do STJ Prolatado nos Autos do Recurso Especial nº. 1.107.192 – PR)**. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll/Infobase/1664/68/6b/73/74?f=templates&fn=document-frame.htm&q=monogamia&x=Advanced&2.0#LPHit1>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 1-38.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**: de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 31-64, 143-144, 239-269, 284-285.

_____. **Manual das Sucessões**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coord.). **Escritos de Direito das Famílias**: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 55-74.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 24. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 373-436.

Eu, tu, eles. Direção de Andrucha Waddington. Brasil: Columbia Pictures Corporation; Columbia TriStar Filmes do Brasil; Conspiração Filmes, 2000. 1 DVD (104 min.).

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 289-312.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6. p. 31-134, 445-518.
_____. **Curso de Direito Civil**: Sucessões. São Paulo: Atlas, 2015. v. 7. p. 236-304.

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

FIGUEIREDO, Luciano L. **Monogamia**: Princípio Jurídico? Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll/Infobase/1664/19cc/1667/166a?f=templates&fn=document-frame.htm&q=monogamia&x=Advanced&2.0#LPHit1>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência Sucessória na União Estável**. Curitiba: Juruá, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) Amante na Teoria e na Prática (dos Tribunais). In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister. v. 26, set./out. 2008, p. 30-42.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6. p. 39-110, 459-472.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7. p. 225-242.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 91-103.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 291-301.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Famílias Simultâneas versus Família Monogâmica: a nova decisão do STJ. In: **Revista Magister de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v. 1, jul./ago. 2014, p. 58-96.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, v. 50, set./out. 2012, p. 6-21.

_____. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFam, 2015. p. 27-97.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **União Estável: Análise sociológica**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 265-275.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. Depende da sociedade. **O tempo**, Belo Horizonte, 17 jun. 2016. Debate, p. 23.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os Princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFam, 2015. p. 101-129.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 24 maio 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1082-1097.

_____. **A união (ins)Estável (relações paralelas)**. Disponível em:

<http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=320>. Acesso em: 06 abr. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação de reconhecimento de união estável. Prova dos requisitos. Procedência do pedido inicial. O hábito da moradia na mesma casa não é, no tempo atual, indispensável para a diferenciação da relação séria relativamente à aventura passageira. A fidelidade, que é dever nem sempre cumprido do casamento, não é condição indispensável para a caracterização da união estável. Reconhece-se a união estável quando é evidenciada a convivência duradoura e contínua dos companheiros como uma entidade familiar. Dá-se provimento à apelação, prejudicado o exame do recurso adesivo. Apelação Cível n. 1.0707.97.002504-5/001. Relator(a): Des.(a) Almeida Melo. Data do julgamento: 10 abr. 2008. Publicação: 21 maio 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial – Tomo VII. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 161-195.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 15-107.

PIVA, Juliana dal. Rio registra primeira união estável realizada entre três mulheres. **O Estado de São Paulo**. 18 out. 2015. Disponível em:

<<http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONZONI, Laura de Toledo. **Famílias Simultâneas**: União Estável e Concubinato. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/461>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

QUADROS, Tiago de Almeida. **O princípio da monogamia e o concubinato adúltero**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5614/o-principio-da-monogamia-e-o-concubinato-adulterino>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação. União Estável paralela ao casamento. Reconhecimento. Partilha. "Triação". Alimentos para ex-companheira e para o filho comum. Viável reconhecer união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e conta-bancária conjunta, tudo a demonstrar relação pública, contínua e duradoura, com claro e inequívoco intento de constituir família e vida em comum. Reconhecimento de união dúplice que impõe partilha de bens na forma de "triação", em sede de liquidação de sentença, com a participação obrigatória da esposa formal. Precedentes jurisprudenciais. Ex-companheira que está afastada há muitos anos do mercado de trabalho, e que tem evidente dependência econômica, inclusive com reconhecimento expresso disso no contrato particular de união estável firmado entre as partes. De rigor a fixação de alimentos em prol dela. Adequado o valor fixado a título de alimentos em prol do filho comum, porquanto não comprovada a alegada impossibilidade econômica do alimentante, que inclusive apresenta evidentes sinais exteriores de riqueza. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (SEGREDO DE JUSTIÇA). DECISÃO MONOCRÁTICA. Apelação Cível n. 70039284542, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 23 dez. 2010.

SABÓIA, Maria Marlene Silva. **"Faria tudo de novo", diz Marlene, a mulher que inspirou o filme.** Folha Online. Entrevista concedida a Marcelo Bartolomei. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/cinema/entrevista_marlene.shtml>. Acesso em: 06 jul. 2013.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias: reconhecimento e consequências jurídicas.** Curitiba: Juruá, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. União Estável – Reconhecimento, dissolução, partilha e alimentos – Coabitação sob o mesmo teto por pouco período de tempo – Falta de lealdade, fidelidade, respeito e consideração mútua entre o casal a revelar ausência do intuito de constituir família – Relacionamento sob o mesmo teto que ostentou contornos de namoro conflituoso – Sentença parcialmente reformada apenas para afastar o reconhecimento da união estável, bem como a partilha de bens, devendo ser respeitado o contrato social das empresas que a autora atuou como sócia e as demais relações comerciais porventura existentes – Recurso parcialmente provido. Apelação n. 0054699-49.2011.8.26.0100. Relator(a): Des. Luis Mario Galbetti. Data do julgamento: 17 jun. 2015. Data de registro: 16 jul. 2015.

_____. _____. União estável – Para caracterização é necessária a demonstração de que a união era afetiva, contínua, monogâmica e estável, além de ser ostensiva, e com a intenção de constituição de família – PARTILHA – Não comprovação de que a autora contribuiu para a aquisição do terreno e construção do imóvel – Não

caracterização da união estável ou de sociedade de fato – DANO MORAL – O rompimento, em si, de relacionamento de namoro, com a conseqüente necessidade de a autora e sua filha saírem da casa do réu para residirem em outro local, não caracteriza o dano moral, sendo a decepção amorosa sofrida decorrência natural do fim da relação – Recurso desprovido. Apelação n. 0001329-74.2010.8.26.0106. Relator(a): Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Data do julgamento: 24 fev. 2015. Data de registro: 24 fev. 2015.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família.** Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. É Poligamia. **O tempo**, Belo Horizonte, 17 jun. 2016. Debate, p. 23.

SANTOS, Alberto Marques dos. Regras científicas da hermenêutica. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba: Amapar, jan. 2011, ano VI, n. 2. Disponível em: <<https://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família.** 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013. p. 1-34, 274-286.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família: concubinato, igreja e escândalo na colônia.** São Paulo: Loyola, 1999.

UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. 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 em: 25 mar. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13-19.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 4. ed. rev. ampl. e atual. com a colaboração do Prof. Luiz Murillo Fábregas de acordo com a mais recente jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 3-23.