

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE - SP**

**UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA
CAIO HENRIQUE MERFA GIMENEZ**

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE - SP**

**UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA
CAIO HENRIQUE MERFA GIMENEZ**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Graduação para obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Maurício Kenji Yonemoto.

UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em direito.

Maurício Kenji Yonemoto

Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro

Gisele Caversan Beltrami Marcato

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2016

“A única maneira de fazer um grande trabalho é amar o que você faz”.

Steve Jobs

AGRADECIMENTOS

Agradeço antes de tudo a Deus, por ter possibilitado o desenvolvimento desta monografia, aos meus familiares, amigos e namorada, por me apoiarem durante esse processo e me motivarem a alcançar todas as minhas metas, e ao meu orientador pela sabedoria e atenção concedida.

RESUMO

A proposta principal do trabalho é realizar uma análise sobre as Uniões Poliafetivas, ou seja, as uniões compostas por três ou mais pessoas. Entretanto, antes de adentrar ao tema principal, é necessário realizar um breve esboço histórico, iniciando o estudo através da origem da sociedade, levando em consideração duas principais teorias: naturalistas e contratualistas. Em seguida o estudo se destina a demonstrar a evolução do instituto do casamento, pautado em um breve histórico do casamento em Roma e em seguida a evolução deste no direito brasileiro sob a égide da legislação anterior e posterior ao Código Civil de 1916 e em seguida sob o prisma da Constituição Federal de 1988, atual Carta Magna. O Concílio de Trento e a definição de Concubinato a partir dele, também influenciam na resolução do tema, portanto a sua análise é indispensável. Em seguida o estudo recai sobre a união estável, reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988 e sobre a união homoafetiva que atualmente encontra-se tutelada pelo direito. Por fim, o trabalho explica o surgimento das uniões poliafetivas, suas principais características e seus fundamentos, objetivando demonstrar a possibilidade ou não de reconhecê-la como entidade familiar, pois estas uniões são realidade nos dias atuais e seu número cresce a cada dia, e o Estado precisa se manifestar a cerca do assunto de forma a sanar esta dúvida.

Palavras-chave: Origem da Sociedade. Evolução do Casamento. Concubinato. União Estável. União Poliafetiva.

ABSTRACT

The main proposal of this work is to perform an analysis on poly-affective marital unions, that is, the joints of three or more people. However, before entering the main theme, must be developed a brief historical sketch by starting the study through the origin of society, taking into account two main theories: naturalists and contractualist. Then the study is intended to demonstrate the evolution of marriage institute, guided by a brief historic of marriage in Rome, and then the evolution of it in Brazilian law under the aegis of the previous and subsequent legislation to the Civil Code of 1916, and then in the light of the 1988 Federal Constitution, the current Constitution. The Council of Trent and the definition of Concubinage from it, also influence the theme resolution, so its analysis is indispensable. Then the study rests on the stable union marital status, recognized as a family entity by the 1988 Federal Constitution, and on homosexual union currently is safeguarded by law. Finally, the work explains the emergence of poly-affective marital unions, its main characteristics and its foundations, aiming to demonstrate whether or not to recognize it as a family, because these marriages are a reality in the present day and their number grows every day, so the State needs to speak about the subject matter in order to remedy this doubt.

Key Words: Origin of society. Evolution of marriage. Concubinage. Stable union. Poly-affective marital unions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ORIGEM DA SOCIEDADE	11
3 EVOLUÇÃO DO CASAMENTO	14
3.1 Breve Histórico do casamento em Roma	15
3.2 Evolução do instituto no Brasil	15
3.2.1 Legislação anterior ao Código Civil de 1916	15
3.2.2 Legislação posterior ao Código Civil de 1916	16
3.2.3 O casamento e a Constituição Federal de 1988	17
3.3 As peculiaridades do matrimônio	18
3.3.1 Conceito	18
3.3.2 Natureza jurídica	19
3.3.3 Permissão do casamento religioso, respectiva celebração e seu registro	20
4 CONCÍLIO DE TRENTO	21
5 O CONCUBINATO	22
5.1 Evolução do tratamento dos Tribunais dispensado ao concubinato	23
5.1.1 Análise conclusiva da evolução do tratamento dos Tribunais dispensado ao concubinato	42
6 UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO	44
6.1 Elementos caracterizadores da união estável	47
6.1.1 Publicidade	47
6.1.2 Continuidade	47
6.1.3 Estabilidade e durabilidade	47
6.1.4 Objetivo de constituição de família	48
6.2 União homoafetiva	49
7 UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA	53
7.1 Conceito	53
7.2 A origem da expressão união estável poliafetiva no direito brasileiro sob o prisma da escritura pública que a reconheceu	53
7.3 Breves considerações	58
7.4 A cultura monogâmica e o crime de bigamia estabelecido no artigo 235 do código penal	60
7.5 Cultura monogâmica, elemento a ser suprimido em razão da relevância do princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana	63
7.5.1 Princípio da afetividade	63
7.5.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	66
7.6 União poliafetiva, um novo conceito de entidade familiar	68
7.7 Da possibilidade de aplicação das regras da união estável a união poliafetiva por meio de uma interpretação analógica	71
7.7.1 Questões patrimoniais	71
7.7.2 A filiação e o respectivo registro	75
7.7.3 A possibilidade de adoção	79

8 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

1 INTRODUÇÃO

A sociedade molda-se conforme os costumes da época em que se encontra. As práticas adotadas pelos indivíduos que nela convivem se norteiam pelo que a coletividade estabelece como certo ou errado, moral ou imoral. É natural, entretanto, que esses costumes sejam modificados ao longo dos tempos, pois aqueles estabelecidos como padrão pela sociedade podem não ser mais suficientes para atender os anseios de alguns indivíduos, que passam a se comportar de maneira diversa aos demais.

Esses novos comportamentos adotados por alguns indivíduos sem a observância do padrão de normalidade estabelecido por determinada sociedade, em vezes são vistos com olhar discriminatório, alvo de grande preconceito e intolerância da coletividade.

Essas discriminações podem ser observadas desde os tempos mais remotos. A título de ilustração pode ser mencionada às relações que não eram formalizadas pelo casamento civil, única forma de constituir família antes da Constituição Federal de 1988. Essas relações não eram aptas a gerar direitos aos sujeitos que as mantinham, por serem vistas como imorais e em razão do conservadorismo ainda mantido na época.

Em razão do grande número de sujeitos envolvidos apenas por laços afetivos, a Constituição Federal de 1988 reconheceu como forma de entidade familiar em seu artigo 226, § 3º a união estável entre homem e mulher, possibilitando e facilitando sua conversão em casamento. A união estável é, portanto, um meio legítimo de Constituição de família.

Mesmo sendo reconhecido pelo Estado e pela doutrina como meio digno e legítimo de entidade familiar, não cessaram totalmente os olhares discriminatórios dispensados a esta relação. Após alguns anos, quando a questão já estava sendo amenizada e aceita pela sociedade como moral, nova polêmica foi levantada a cerca da possibilidade de se reconhecer como forma de entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, o que sem dúvida potencializou a discriminação. Anos depois, essa união foi reconhecida como forma de entidade familiar. Embora existam ainda hoje alguns preconceitos, a maior parte da sociedade aceita essa conduta, pois como mencionado anteriormente, os costumes são alterados conforme o decorrer do tempo, sendo necessária uma reeducação da

sociedade para atender os anseios de determinados grupos que tem interesses diferentes dos demais.

O mesmo olhar discriminatório e preconceituoso tem se voltado nos dias atuais nas denominadas uniões poliafetivas, que são aquelas compostas por um número maior de pessoas do que as existentes nos arranjos tradicionais de família, pois seu núcleo é composto por três ou mais pessoas. A polêmica veio à tona após a Tabela Cláudia Nascimento Domingues lavrar na Cidade de Tupã/SP uma escritura reconhecendo a união entre um homem e duas mulheres que já conviviam juntos há três anos. Essa realidade existente na sociedade atual torna conflitante os ideais monogâmicos, que são seguidos até hoje justamente em razão dos costumes. Tal fato divide a opinião dos aplicadores do direito, mas por não existir um posicionamento do Estado frente à situação, o presente trabalho destinou-se a esclarecer alguns pontos específicos desta união e visou demonstrar a possibilidade ou não de reconhecê-la como entidade familiar, da mesma forma que ocorreu com a união estável e a união homoafetiva.

No entanto, antes de dar início ao tema principal do artigo, fora de fundamental importância debater questões essenciais a sua elucidação. Os trabalhos foram iniciados através da origem da sociedade, pois o homem em razão de sua própria natureza não consegue viver totalmente isolado. Para que fosse possível compreender claramente a origem da sociedade levaram-se em conta duas principais teorias: naturalistas e contratualistas.

Deste convívio natural do ser humano em sociedade, é de se imaginar que relações mais íntimas surjam, pois naturalmente ocorre à atração pelo sexo oposto. Desta aproximação nasce o instituto do casamento que também foi alvo de estudo, pois inicialmente era a única forma de entidade familiar reconhecida pelo Estado. Com os dogmas católicos, as relações não matrimoniais eram vistas como concubinato, que sempre foi alvo de divergência na doutrina brasileira, portanto, seu estudo foi essencial para o trabalho.

Aproximando-se ao tema principal foram abordados os aspectos das uniões estáveis e homoafetivas e por fim, o estudo sobre as uniões poliafetivas, a fim de solucionar essa polêmica realidade dos dias atuais.

2 ORIGEM DA SOCIEDADE

A origem da sociedade sempre foi um tema polêmico e por isso alvo de grande discussão. Pensadores e filósofos passaram a procurar maneiras de explicar este fenômeno, surgiram inúmeras teorias ao longo do tempo, mas de forma simplificada podemos trabalhar com dois grupos: naturalistas e contratualistas.

Os naturalistas defendem a ideia de que o homem é um ser sociável e naturalmente não consegue viver isolado, é uma necessidade inerente do próprio indivíduo a convivência em sociedade, por isso se unem e vivem de forma organizada, atendendo seus mais diversos anseios, conforme dispõe SANTOS, Gabriella (s/ ano, s/ pág.):

Há também outros autores mais modernos que defendem o Naturalismo, dentre os quais podemos destacar Oreste Ranelletti, que de acordo com DALLARI (2010, pág. 11), nos ensina que: “o homem é induzido fundamentalmente por uma necessidade natural, porque o associar-se com os outros seres humanos é para ele condição essencial de vida”. Só em tais uniões e com o concurso dos outros é que o homem pode conseguir todos os meios necessários para satisfazer as suas necessidades e, portanto, conservar e melhorar a si mesmo, conseguindo atingir o fim de sua existência. Em suma, só na convivência e com a cooperação dos semelhantes o homem pode beneficiar-se das energias, dos conhecimentos, da produção e da experiência dos outros, acumuladas através de gerações...

Um dos principais defensores desta teoria foi o grande filósofo Aristóteles, argumentava que somente um homem frio desejaria viver completamente isolado. Segundo seu entendimento o homem é um animal racional, que tem a percepção sobre o certo e o errado, diferentemente dos demais animais. Note que outros animais também vivem de forma agrupada, mas o homem por saber distinguir o justo do injusto consegue se organizar melhor e assim, se agrupar para viver em sociedade, suprimindo suas necessidades que jamais seriam atendidas se vivesse isolado.

Acompanhando os naturalistas surge a teoria do contratualismo, que visa completar a primeira teoria, trazendo o entendimento que além de ser uma necessidade natural do homem o convívio em coletividade, a partir do momento em que este consegue entender o certo e o errado passa a ser também uma questão de escolha a forma de se organizar para viver em sociedade.

Para chegar à sociedade atual diversas transformações ocorreram ao longo dos anos e a estrutura das sociedades foi alterada inúmeras vezes.

Thomas Hobbes, ao tratar da teoria contratualista pela primeira vez na sua obra *O Leviatã* (1651), define o homem como um ser perigoso quando deixado em estado natural, assim necessita de controle de entes políticos para que não haja desordem e conflito na sociedade. Ora, se o homem pudesse se satisfazer da forma que quisesse sem o controle de ninguém a vida em sociedade não seria possível e viveríamos em guerra. Para que não houvesse esse constante conflito, Hobbes propôs o contrato social, pois mesmo acreditando que o homem por sua própria natureza é um ser perigoso tem consciência do que é necessário para viver em sociedade.

Neste sentido, SANTOS, Gabriella (s/ ano, s/ pág.):

É exatamente para não se viver nesta condição de total insegurança que Hobbes propõe então o contrato social. No contrato social há o fortalecimento da razão, pois apesar de sua natureza má, o homem tem consciência dos princípios que o levariam a uma vida harmoniosa, assim para se superar o estado natural, Hobbes formula duas leis, que somente seriam viáveis dentro da firmação de um contrato:

a) Cada homem deve esforçar-se pela paz, enquanto tiver a esperança de alcança-la; e quando não puder obtê-la, deve buscar e utilizar todas as ajudas e vantagens da guerra;

b) Cada um deve consentir, se os demais também concordarem, e enquanto se considere necessário para a paz e a defesa de si mesmo, em renunciar ao seu direito a todas as coisas, e a se satisfazer, em relação aso demais homens, com a mesma liberdade que lhe for concedido com respeito a si próprio.

Com a devida consciência dessas leis, os homens celebram um contrato de mútua transferência de direitos.

Essa transferência não se faz de homem a homem, mas sim de homem ao Estado (homem artificial e robusto, constituído pelo homem natural para sua proteção e defesa).

Para Hobbes, com a observância das leis os homens passariam a prestar compromissos, transferindo direitos ao Estado, que teria um governante representando o povo para que os direitos fossem garantidos e protegidos, podendo submetê-los a represálias e por medo destas, os homens deixariam seu estado natural de lado. Porém, talvez de forma errônea o filósofo visasse o absolutismo do governante. Jean-Jacques Rousseau concordava com a ideia do contrato social, mas ia contra o absolutismo do governante, pois a soberania é do povo e o governo apenas existe para regulamentar as relações sociais.

Além dos interesses comuns e da intensa necessidade de viver em coletividade, é normal que haja a atração pelo sexo oposto, podendo originar relações afetivas e íntimas, o que dá ensejo ao estudo do presente artigo. Tais relações influenciam a vida em sociedade, por isso merecem um estudo aprofundado do tema, para que sejam dadas possibilidades e assegurados direitos aos sujeitos envolvidos na relação que deve ser tutelada pelo Estado (Ente superior que controla as relações sociais).

Com essa relação de afeto que surge do convívio em coletividade, costumes foram sendo criados e passados de geração em geração, como é o caso do próprio casamento, que também será objeto de estudo. Este instituto é repleto de formalidades e também sofreu inúmeras transformações desde o seu surgimento e o transcurso das últimas décadas, portanto, passamos então a realizar uma análise minuciosa da evolução do casamento.

3 EVOLUÇÃO DO CASAMENTO

Em razão do convívio em sociedade mencionado no item anterior (item 2), torna-se inevitável a aproximação dos humanos, que naturalmente vão formando grupos que mais os satisfazem e suprem suas necessidades.

Com essa aproximação, sentimentos começam aflorar e se tornar cada vez mais intensos, o que leva os indivíduos formarem diversos tipos de famílias, que foram evoluindo ao longo dos tempos. Entre elas podemos mencionar duas que mais se destacaram e foram os primeiros tipos: família patriarcal e monogâmica.

Na família patriarcal o domínio do poder fica totalmente adstrito ao ascendente masculino mais velho, havendo total submissão da figura feminina. Esta estrutura foi adotada por algumas famílias, tais como a indianas, romanas, gregas e judaicas. Neste viés, escreve GOULART, Patrícia Kemprel (2002, pág. 09):

A família patriarcal determina o parentesco e a hereditariedade a partir do tronco paterno, pois o homem, devido ao elemento econômico. Obteve mais poder. Assim, situando-se em posição privilegiada, transformava essas vantagens em proveito dos filhos (filhos varões).

Há também a figura da família monogâmica que possui a mesma tendência da família patriarcal, pois continua com o predomínio do homem sobre a mulher, mantendo-a como sua submissa. Além disso, esta modalidade de família tem o condão de procriar filhos, cuja paternidade seja indiscutível.

Valendo-se ainda do que diz GOULART, Patrícia Kemprel (2002, pág. 09): “Baseia-se no predomínio do homem e tem a finalidade de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível, pois os filhos são herdeiros das posses de seus pais”.

Este era um meio de manter a prole, devendo a mulher ser casta e totalmente fiel ao seu marido, reforçando os laços conjugais, pois somente os homens poderiam rompê-los.

O perfil da família do direito romano e sua forma de matrimônio tem influência no casamento brasileiro, portanto, também merece nossa atenção. A família romana tinha como figura de líder o paterfamília, mantendo sua esposa e filhos de forma submissa, além de ter o domínio em certo território. Os objetivos eram semelhantes ao da figura do Estado, ou seja, o homem com figura superior em relação à família, assim com o Estado em relação à coletividade.

3.1 Breve histórico do casamento em Roma

Inicialmente o instituto se caracterizava mais por ser um fenômeno sociológico do que jurídico, de início não possuía disciplina do direito. Mantinha-se pelo consenso entre o homem e a mulher, possuindo como natureza jurídica mera situação de fato.

O matrimônio romano tinha como principal característica a monogamia. O povo romano entendia como casamento a união homem e mulher, desde que estes tenham a intenção de manter uma relação íntima e duradoura.

Para que o casamento fosse considerado válido o preenchimento de alguns requisitos básicos era essencial. Um requisito extremamente importante era relacionado ao fator idade (mínima e máxima), que era a base para poder constituir matrimônio, exigia-se no mínimo quatorze anos para o homem, sendo a idade limite de 60 anos, já em relação às mulheres a idade mínima era de doze anos e máxima de 50; outros dois requisitos tinham igual importância: aptidão legal que se dava pela falta de impedimento e por fim, era necessária a autorização da figura do paterfamília.

Resta salientar que o casamento romano era sempre pautado em um acordo, que devia ser renovado de tempos em tempos. Para a separação também era necessário o comum acordo, além de ser essencial o propósito definitivo.

3.2 Evolução do instituto no Brasil

Para melhor compreensão do tema, será realizada uma breve evolução, demonstrando o tratamento dado ao casamento por cada código.

3.2.1 Legislação anterior ao Código Civil de 1916

Na época em que o Brasil foi descoberto, vigorava em Portugal o casamento religioso, pautado na religião católica, portanto, regulado pelo Direito Canônico. De acordo com as regulamentações trazidas pelo Concílio de Trento o casamento foi considerado um sacramento, sendo aplicada rigorosamente a pena de excomunhão a quem o negasse.

O casamento religioso foi adotado nas instituições brasileiras desde o início dos tempos, pois em 28 de janeiro de 1550, o Bispado da Bahia criou este cânone. Somente com o decreto de 17 de abril de 1863 é que passou a se desvincular da exclusividade do casamento católico.

Somente com o advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 é que foi regulamentado o casamento civil. Com sua criação tornou-se obrigatório o casamento civil, conforme dispunha o artigo 108 do respectivo Decreto.

Corroborando com as alegações anteriormente expostas, Decreto nº 181/90 (1990, s/ pág.): “Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições”.

Por fim, vale ressaltar que a Constituição Republicana também consagrou o casamento civil em seu artigo 72, § 4º. Neste sentido, Constituição Republicana (1891, s/ pág.):

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:...

§ 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

Conforme dispõe o § 4º do artigo mencionado, a Constituição Republicana só reconheceu o casamento civil, possibilitando sua celebração de forma gratuita, sem admitir outros tipos de casamento.

3.2.2 Legislação posterior ao Código Civil de 1916

A Constituição de 1934 reafirmou o casamento civil, porém, permitiu também outras formas de realização do casamento civil, cujo rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes, além de ser procedidos na presença da autoridade civil, necessidade de atendimento as disposições civis e o devido registro no livro civil.

Posteriormente, a Constituição de 1937 apenas se limitou a dizer que a família encontra-se constituída pela união indissolúvel e protegida pelo Estado.

Por questão de costume grande parte dos brasileiros ainda hoje optam pelo casamento civil e religioso.

3.2.3 O casamento e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 reafirmou a regra que vinha sendo aplicada nas Constituições anteriores de que a família é constituída pelo casamento. Ademais, assegurou que a família tem proteção especial do Estado, neste tocante é necessário observar o que dispõe o artigo 226, da Carta Magna:

Constituição Federal (1988, s/ pág.):

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 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.

Observando o disposto no §1º do respectivo artigo fica claro que a CF/88 também traz como regra o casamento civil e possibilita sua celebração de forma gratuita.

Note que a Constituição passa reconhecer como forma de entidade familiar a União Estável entre homem e mulher. Não só isso, o principal ponto é que a lei deve facilitar a conversão em casamento, conforme prescreve o §4º, artigo 226.

Um dos principais avanços da Constituição Federal de 1988 foi a consagração do princípio da igualdade, que traz no caput do artigo 5º que todos são

iguais perante a lei, neste sentido segue também o §5º do artigo 226, CF/88, assegurando que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, excluindo de vez a figura submissa da mulher em relação ao homem, portanto não há mais a exclusividade do pátrio poder.

Constituição Federal (1988, s/ pág.):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

A igualdade entre homem e mulher não foi assegurada somente no âmbito da sociedade conjugal, mas também nos demais direitos e obrigações conforme dispõe o inciso I, do artigo 5º. Neste diapasão, Constituição Federal, artigo 5º (1988, s/ pág.): “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, deixa de existir a figura submissa da mulher perante o homem, sendo concedida a esta total igualdade de direitos e obrigações nos termos da atual Constituição.

3.3 As peculiaridades do matrimônio

Em razão da complexidade do instituto, é necessário conceitua-lo para que se saiba o que realmente é considerado matrimônio, bem como, especificar sua natureza jurídica, eis que esta gera divergência na doutrina atual.

3.3.1 Conceito

Após o estudo das inúmeras mudanças ao longo do período percorrido e dos costumes de cada sociedade finalmente é possível conceituar o instituto do matrimônio.

Aduz o Doutrinador BEVILÁQUA, Clóvis (1976, p. 34):

Casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações

sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascerem.

Com a atual legislação não há mais as figuras dos casamentos arranjados, desta forma hoje o instituto somente se concretiza se houver o acordo de vontade entre os nubentes e desde que haja a intervenção estatal, ou seja, faz-se necessário seguir a legislação brasileira e cumprir os requisitos que esta impõe para a consagração do matrimônio. O regimento do casamento civil é rigoroso e submete os cônjuges a consequências quando este é descumprido, mas ao mesmo tempo assegura vantagens a quem se encontra neste instituto.

3.3.2 Natureza jurídica

Em relação à natureza jurídica há controvérsia doutrinária, pois o legislador foi omissivo neste ponto, desta forma, a única possibilidade é se valer do que diz a doutrina, três correntes vem predominando ultimamente a respeito da natureza jurídica, vejamos:

Primeiramente será feito uma análise a cerca da teoria contratualista. Para os adeptos desta corrente o casamento é um contrato que depende do acorde de vontade de ambas as partes para sua celebração, portanto, seria um negócio jurídico que deve preencher os requisitos de existência, validade e eficácia.

Visando dar outra perspectiva ao instituto, ocorre o surgimento de uma segunda corrente, para esta o casamento é uma instituição, pois é regido por normas de ordem pública, a qual impõe deveres e assegura direitos aos cônjuges, porém não poderia ser suavizado exclusivamente pela vontade das partes.

Eis que surge uma terceira corrente, que advoga no sentido de ter o instituto natureza híbrida ou também eclética, pois possui características contratuais e institucionais. Para essa terceira corrente o instituto do casamento é um contrato em sua formação, em que o individuo escolhe seu parceiro, o regime de bens e se necessário à dissolução do mesmo, porém é também instituição, na medida em que os cônjuges se submetem a regulamentação estatal, pois o mesmo é regido por normas de ordem pública, que define de forma pormenorizada seus efeitos jurídicos.

3.3.3 Permissão do casamento religioso, respectiva celebração e seu registro

A Constituição de 1934 trouxe uma nova forma de realização do casamento civil, dando efeitos civis ao casamento religioso, mas é necessário destacar que o único casamento permitido era o civil, apenas foi admitido uma nova forma de realização do mesmo.

Para que o casamento religioso fosse possível, antes era necessária a habilitação dos nubentes, que era concedida através do certificado de habilitação matrimonial do oficial do registro civil. Após a realização do casamento religioso, este termo deve ser lavrado pela autoridade religiosa que ao final irá remeter o termo ao oficial de registro que precedeu a habilitação para que este venha a ser transcrito.

4 CONCÍLIO DE TRENTO

O que é? Concílio de Trento é nome dado a uma reunião de caráter religioso que ocorreu na cidade de Trento (Itália), a respectiva reunião foi convocada pelo papa Paulo III em 1546. Seu estudo é de suma importância, pois trouxe inúmeras mudanças a cerca do casamento, sua regulamentação e formas de celebração, assim como a proibição do concubinato.

Em razão da Reforma Protestante iniciada por Martinho Lutero na primeira metade do século XVI, a Igreja Católica reuniu o Concílio de Trento, que era uma forma de combater esta reforma e por isso ficou também conhecida como Contra Reforma. Buscava-se reafirmar os dogmas católicos e abolir de vez as novas doutrinas protestantes.

Além disso, foram aprovados decretos visando à moralidade e adoção de medidas para melhorar o nível de instrução dos membros do Clero.

Algumas decisões tomadas no Concílio: Ressaltou a importância da missa dentro da liturgia católica; Confirmou o culto aos santos e à Virgem Maria; Confirmação dos sete sacramentos e Confirmação da indissolubilidade do casamento.

A questão do concubinato sempre foi muito divergente, durante muito tempo, o termo foi aplicado para as relações entre pessoas impedidas para o casamento e que, portanto, não poderiam constituir família. Em razão dessa proibição de pessoas impedidas constituírem família e da indissolubilidade do casamento é que o Concílio de Trento vedou o concubinato. Assim, o concubinato que antes era aceito passou a ser discriminado, sendo obrigatório o casamento civil como única forma de entidade familiar.

5 O CONCUBINATO

Como já mencionado no item anterior, a história do concubinato sempre foi muito controversa (inclusive no Brasil), tendo imensa influência à posição da Igreja Católica.

Álvaro Villaça de Azevedo expõe em sua obra “Do concubinato ao casamento de fato” que inicialmente o concubinato foi tolerado pela Igreja Católica. Neste sentido, AZEVEDO, Álvaro Villaça (1986, p. 25):

O concubinato foi admitido pelas leis sálicas (dos francos sálidos) e bárbaras, tendo sido tolerado pela Igreja Católica nos primeiros séculos. Acontece que ocorreu uma degeneração de uniões concubinárias, com costumes mais variados, chegando ao interior dos conventos, em ameaça de quebra dos alicerces clericais.

Em sua obra, o doutrinador Álvaro Villaça cita ainda o que dispõe Gustavo A. Bossert.

Neste diapasão, Gustavo A. Bossert (1986, p. 24 e 25):

Desde o início de sua elaboração, o Direito Canônico captou o sentido da realidade social do concubinato, tratando de regulá-lo e de conceder efeitos, com critério realista, procurando, com isso, assegurar a monogamia e a estabilidade do relacionamento do casal, mas sem ratificá-lo.

Conclui Azevedo que embora houvesse essa tolerância do Estado, com o advento do Cristianismo, o concubinato foi considerado imoral e para obrigar os concubinos celebrarem o matrimônio, foram impostas severas sanções.

A Igreja Católica que até então tolerava o concubinato passou a estabelecer sanções a quem assim convivesse, pois este instituto se degenerou.

A expressão concubinato já foi utilizada para definir as relações entre pessoas impedidas para o casamento e que, portanto, não poderiam constituir família. Note que essa relação era vedada pelo Concílio de Trento. Neste sentido,

AZEVEDO, Álvaro Villaça (1986, p. 27):

Com o Concílio de Trento, em 1563, restou proibido o casamento presumido, estabelecendo-se a obrigatoriedade da celebração formal do matrimônio, na presença do pároco, de duas testemunhas, em cerimônia pública. Essas celebrações passaram, então, a ser assentadas em registros paroquiais. Desse modo, condenou-se o concubinato. Foram estabelecidas penalidades severas contra os concubinos que, sendo três vezes

advertidos, não terminassem seu relacionamento, podendo ser excomungados e, até, qualificados de hereges.

Desta forma, após o Concílio de Trento, por muito tempo o concubinato ficou proibido, por ser visto como imoral e a ele foi aplicado penas severas.

Porém, com o passar dos anos o conceito de concubinato foi alterado e usado de outra forma, a doutrina passa então a defini-lo como qualquer outra situação que não havia sido formalizado o vínculo matrimonial, ou seja, envolvia também as pessoas não impedidas, mas que simplesmente escolheram viver em união sem a formalização pelo matrimônio.

A doutrina também tenta conceituar concubinato, Álvaro Villaça de Azevedo, por exemplo, diz que o vocábulo apresenta-se com dois sentidos, amplo ou lato e estrito. Neste viés, AZEVEDO, Álvaro Villaça (1986, p.63): “Amplo ou lato, a significar toda e qualquer união sexual livre; e o estrito, a mostrar-se como união duradoura, a formar a sociedade domestica de fato, onde é importante o ânimo societário e a lealdade concubinária”.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o concubinato passou a ser conhecido como relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, conforme dispõe o artigo 1727. Essa relação não se confunde com União Estável que será estudada mais adiante.

O Código Civil de 2002 nitidamente não aceitou o concubinato adúltero ou incestuoso como entidade familiar, por outro lado, definiu a situação jurídica dessas relações extramatrimoniais consideradas como concubinato, como sociedade de fato, aplicando-se as regras do direito das obrigações, mas exclusivamente estas, pois o concubinato não é considerado como entidade familiar e só pode receber as regras do direito das obrigações.

5.1 Evolução do Tratamento dos Tribunais Dispensado ao Concubinato

Esse tópico se destina ao estudo do concubinato, levando-se em conta o tratamento dos Tribunais dispensado a ele durante a história do direito brasileiro. Para essa análise, serão utilizadas as Revistas dos Tribunais objetivando demonstrar o que era considerado concubinato antigamente, bem como a forma que era visto pela sociedade e seus aspectos patrimoniais.

Para possibilitar o estudo, será feita uma análise periódica nas Revistas dos Tribunais¹, desde os anos de 1938 até 1983, vislumbrando demonstrar as diferentes formas como os Tribunais lidavam com a questão do concubinato no decorrer dos anos, bem como os direitos que eram atribuídos aos concubinos.

Revista 114, julho de 1938:

O concubinato se caracterizava através da reiteração da relação entre o homem e a mulher dentro de sua residência particular, deixando-se de lado a necessidade do formalismo da união legítima. Não era essencial que os concubinos convivessem na mesma casa. Neste sentido, Revista do Supremo Tribunal, vol. 81 (1938, pág. 156): “Não é, pois, essencial que ambos morem juntos na mesma casa, conforme, aliás já decidira o Supremo Tribunal Federal pelo acórdão unânime de 23 de agosto de 1920”.

Em razão da imensa crítica ao concubinato, não se exigia prova notória resultante de uma vida *more uxório*, sendo assim, a lei civil vigente na época exigia a simples notoriedade discreta, suficiente para tornar a relação dos concubinos sabida pelas pessoas mais íntimas e, passível de prova em juízo. Entretanto, não era admitida a relação entre os concubinos que muito se disfarçava a ponto de sequer ser suspeitada.

Revista 116, novembro de 1938:

Por ser visto como uma união ilegal, o concubinato não constituía fonte de direitos. Trata-se de princípio inconcusso (indiscutível), entretanto, é inevitável que com os concubinos convivendo sob o mesmo teto possa nascer uma comunhão de interesses. Era o que os autores da época denominavam sociedade de fato, porém, não devia haver uma presunção quanto à existência desta. Neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 116 (1938, pág. 177):

Pierre Guinard, na sua obra “L’Union Libre em Jurisprudence”, ataca veemente as decisões que admitem muito facilmente a existência de uma comunhão entre concubinos, comunhão que não deve existir senão no casamento, com a única diferença, entretanto, que em lugar de ser a comunhão legal, será comunhão de aquestos.

¹ Revista dos Tribunais: A análise das Revistas foi realizada na medida em que elas foram sendo publicadas, portanto, o critério utilizado foi eminentemente cronológico, buscando demonstrar a evolução do tratamento dispensado ao concubinato e principalmente os aspectos patrimoniais desta relação. O conteúdo esposado no presente artigo foi extraído com base na própria Revista e não no que foi dito pelo autor/relator em si.

De acordo com o doutrinador esta forma de relacionamento sequer deveria existir, portanto, para a caracterização da comunhão de interesses deveria existir ao menos fortes indícios.

Revista 125, maio de 1940:

Na sociedade de fato é comum que o homem e a mulher visem juntos a construção de um patrimônio comum. Isso não se diz em relação ao concubinato. A união entre os concubinos não tem fim precípua de formar um patrimônio, entretanto, há a possibilidade disso ocorrer, mas como não é a ordem natural, não há um presunção e exige-se prova da construção de patrimônio comum.

Revista 133, setembro de 1941:

Com a instituição da exclusividade do casamento civil houve grande reação popular em quase todos os países, ditada pela tradição e pelo sentimento religioso. O casamento era um sacramento que não admitia a interferência do Estado.

Medidas severas foram tomadas para o cumprimento da lei, punindo-se com pena carcerária quem constituísse casamento religioso antes do casamento civil. O único casamento válido era o civil (decreto n. 181 e Constituição de 1891).

Nesta época o Concílio de Trento não tolerava o concubinato, em razão disso, revogou a possibilidade de prova testemunhal, coabitação e fama de casados para prova de casamento. De acordo com o Concílio a coabitação indicava concubinato ou matrimônio clandestino, mas não matrimônio solene e legal.

O concubinato era visto como uma situação contrária á moral, e de atos imorais não decorrem vantagens protegidas pelo direito, em favor de quem os pratica.

As relações econômicas entre concubinos precisavam ser cabalmente estabelecidas e provadas, para que assim fosse possível a concessão de direitos de um ao outro. Essas relações econômicas são de patrimônios diferentes, onde isoladamente se esforçam para aumentar ou render cada um deles.

Revista 146, novembro de 1943:

O casamento que possuía apenas caráter religioso não era reconhecido pelas leis civis, portanto, sem a formalização através do casamento civil era considerado concubinato. O decreto n. 521 de 26 de junho de 1890 vedava que fossem celebrados casamentos religiosos sem o devido casamento civil.

Era vedada a concubina o direito de pleitear de seu amante remuneração pelos serviços prestados no âmbito doméstico.

Paulo Colombo, desembargador a época do acórdão, conceituou concubinato. Neste viés, Revista dos Tribunais, vol. 146 (1943, s/ pág.): “o concubinato, sendo uma união ilegal, não constitui fontes de direitos. As relações econômicas devem ser concludentemente estabelecidas e provadas, para que delas possam advir direitos de um de seus sucessores contra o outro”.

Conclui-se que não pode a concubina pleitear direitos que só seriam conferidos á mulher legítima, isto é, àquela ligada ao homem pelos laços do casamento civil.

Revista 215, setembro de 1953:

O concubinato era visto como situação reprovável, principalmente quando mantido por pessoas impedidas, portanto, não cabia à concubina, que contribuiu para formação do patrimônio de seu companheiro, a meação dos bens, pois isso seria dar ao concubinato roupagem de união legítima. Isso de maneira nenhuma seria possível em razão da reprovação do legislador. Embora não houvesse o direito à meação, a concubina tinha o direito de pleitear a quantia que despendeu para aquisição de determinado bem, pois, da mesma forma que o legislador repudia o concubinato o faz também em relação ao locupletamento.

Nestas sociedades tidas como irregulares, os sócios possuem a ação ordinária para pleitearem direitos um do outro, valendo-se de qualquer meio de prova e independentemente de dissolução ou liquidação.

Revista 230, dezembro de 1954:

A lei de acidentes de trabalho vigente á época, equipara para efeitos de recebimento da indenização decorrente de acidente, a concubina ou companheira à mulher legítima, desde que seu nome esteja previsto na carteira do acidentado.

A jurisprudência ainda não estava completamente consolidada no sentido de amparar a concubina da vítima de acidentes. Neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 230 (1954, pág. 115):

Em face do disposto no artigo 22 do decreto 2.681, de 1912, dos princípios estabelecidos pelo Código Civil, em matéria de alimentos, do dispositivo da nova lei de acidentes do trabalho, que equipara, em determinados casos, a concubina à esposa legítima, e das tendências do direito moderno, deve ser paga metade da indenização à concubina do acidentado e o restante aos filhos deste. (Revista Forense, 81/630, 89/545).

Corroborando ainda com as alegações anteriores, Revista dos Tribunais, vol. 230 (1954, pág. 115):

Provada a qualidade de concubina, tem esta, não obstante a falta de declaração na carteira profissional do acidentado direito à indenização que corresponderia à esposa legítima, a que é equiparada (Acórdão do Supremo Tribunal, em Revista Forense, 95/318, 133/131).

Como se observa, a indenização era cabível apenas em determinados casos, não havia uma concretização do direito à indenização. Tais julgados são da década de 40, posteriormente com a evolução do direito moderno, entra em vigor a lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, que revoga o artigo 358 do código civil, possibilitando até mesmo que os filhos incestuosos e adulterinos sejam reconhecidos, depois da dissolução da sociedade conjugal.

A Constituição Federal de 1946, em seu artigo 163, § 2º confere efeitos civis ao casamento religioso, desde que a requerimento do casal fosse feito o Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Revista 279, janeiro de 1959:

Possibilita que a concubina legitime como autora em ação de acidente de veículo, uma vez que os concubinos viviam como se casados fossem (*more uxório*). Além disso, o fato dos concubinos possuírem filhos reforça a prova da sociedade de fato entre eles e a comunhão de interesses.

Revista 300, outubro de 1960:

Vivendo os concubinos por longo período de tempo como se fossem casados, em comunhão de vida e interesses, com honestidade e respeito recíproco a terceiros, assim como a notoriedade ao menos discreta, segundo a doutrina e jurisprudência, possibilitava a sociedade de fato. Esta sociedade de fato gera o direito a partilha equitativa dos bens adquiridos por esforço comum dos concubinos durante a vida *more uxório*.

Ressalta-se que para que fosse reconhecida a sociedade de fato levavam-se em conta puramente os elementos de fato, estes é que fazem presumir a sociedade entre os concubinos e não o concubinato por si só, pois este não é fonte de direito, já que é visto como união ilegal. Neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 300 (1960, pág. 191):

Não é absolutamente o concubinato que faz presumir a sociedade, nem a comunhão. São os elementos de fato, puramente de fato, que autorizam a presunção. Assim, aliás, já se manifestou a jurisprudência, através do compreensivo julgado da Egrégia Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo (Revista dos Tribunais, vol. 191/245), de que foi relator e Desembargador Marcelino Gonzaga.

No mais, os tribunais, não atribuem ao concubinato, em si, efeitos jurídicos positivos. Todavia, era considerado como um desencadear de fatos que podem gerar benefícios à concubina, em razão de sua colaboração na formação do patrimônio, desde que esta tenha vivido uma vida honesta, estável e respeitosa ao lado de seu amásio.

A repartição do patrimônio entre os concubinos nem sempre deve ser feita pela metade, ou seja, cada um fica com 50% do patrimônio constituído. A regra que mais se ajusta ao caso é que cada concubino deve receber exatamente proporcional ao que contribuiu.

Revista 306, abril de 1961:

Vivendo o homem e a mulher em concubinato, mas não fazendo a prova da sociedade de fato, não há que se falar em direitos, pois o concubinato por si só não é fonte de direitos.

Prestando a concubina serviços no âmbito doméstico sem a demonstração da união de interesses e da sociedade de fato, assim como a inexistência de comprovação de colaboração para construção do patrimônio do concubino, esta não tem direito a quota parte do patrimônio deixado pelo falecido, mas apenas direito à indenização aos últimos cinco anos relacionados à prestação dos serviços domésticos. Tal indenização não é devida pelos companheiros que vivem em união legítima, pois os serviços prestados no âmbito doméstico ou a colaboração fora deste faz presumir esforço comum para construção do patrimônio familiar.

Em outro viés, a comprovação da união *more uxório*, de forma respeitosa, duradoura e honesta, fundada em uma sociedade de fato, faz com que a concubina tenha o direito de pleitear o valor que contribuiu para o patrimônio de seu amásio. Importante ressaltar que esse direito não decorre do concubinato, pois este é imoral, insurge-se somente em razão da sociedade de fato que decorre da

consequencialidade do concubinato vivido de forma honesta e duradoura, além do esforço comum dos concubinos para construção do patrimônio.

Revista 311, setembro de 1961:

Provada à existência da vida em comum, a fidelidade recíproca dos concubinos, o clima de honestidade e a contribuição da mulher para formação do patrimônio, tem esta o direito à meação. Isso não quer dizer que estão sendo atribuídos efeitos jurídicos ao concubinato, que permanece ilegal.

Neste diapasão, Revista dos Tribunais, vol. 311 (1961, pág. 575):

Destarte, não se trata de emprestar efeitos jurídicos ao concubinato, em si repudiado pelo Direito e pela Moral. Mas sim de recolher os elementos de fato de uma vida em comum de um homem e de uma mulher, em que esta honestamente coopera para a formação de um patrimônio comum, que em parte lhe pertence e permanece em poder do homem a quem se liga.

A medida visa evitar o enriquecimento ilícito, além de garantir à mulher a compensação pelo esforço despendido durante todos os anos da união.

Revista 316, fevereiro de 1962:

A exposição de duas definições sobre concubinato se faz necessária para que se demonstre o tratamento desta relação. Neste diapasão, Revista dos Tribunais, vol. 316, (1962, pág. 177): “Clóvis define o concubinato como sendo uma união sexual de certa duração, mais ou menos prolongada”. Ainda neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 316, (1962, pág. 177): “Pontes de Miranda define o concubinato como uma união prolongada daqueles que não se acham vinculados pelo matrimônio válido ou putativo”. A definição de concubinato, portanto, sempre foi alvo de divergência, mas essas duas exposições representam mais ou menos a forma como essa relação era vista na década de 60.

Embora seja alvo de grande divergência doutrinária, para que fique demonstrada a existência do concubinato não é necessário que os amásios residam juntos. Neste viés, Revista dos Tribunais, vol. 316, (1962, pág. 178):

A jurisprudência do nosso Egrégio Tribunal de Justiça vem sendo orientada no sentido de que pode o concubinato ocorrer sem que os amantes vivam sob o mesmo teto, ou em convivência more uxório, sendo, no entanto, mister que haja estabilidade de relações, notoriedade da união e aparente fidelidade da mulher.

Portanto, sendo a relação dos concubinos revestida de notoriedade e fidelidade afasta a necessidade de residirem sob o mesmo teto.

A simples existência do concubinato não faz presumir a paternidade, apenas possibilita ao investigante a ação de paternidade. Para tanto é necessário que fique evidenciado que ao tempo da concepção, a concubina mantinha relações sexuais exclusivamente com seu amásio. Neste diapasão, Código Civil (1916, s/ pág.):

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”.

Embora não haja previsão expressa quanto à presunção de paternidade do filho gerado durante o concubinato, observa-se que o artigo 363, CC prevê a possibilidade de o investigante demandar a ação contra o suposto pai, desde que no momento da concepção a mãe esteja concubinada com este.

Revista 341, março de 1964:

A inexistência de impedimento legal faz surgir para os concubinos que se unem apenas pelo laço religioso, o direito de pleitear indenização pela morte de um deles, decorrente de acidente ferroviário.

Muito embora o casamento religioso não gerasse aos concubinos o direito de pleitear alimentos pela via da ação de indenização, toda pessoa lesada tem direito a reparação.

Neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 341 (1964, pág. 491):

Toda pessoa lesada pelo dano tem direito à indenização desde que seu interesse possa ser protegido pela lei. A proteção de um interesse legítimo é suficiente para autorizar o sentido de reparação. O interesse da concubina da vítima não é ilícito, se não são adúlterinas ou incestuosas as relações entre eles. É uma questão de circunstâncias, que não dependem apenas do concubinato, classificar como ilícito determinado interesse.

Levando os concubinos uma vida *more uxório*, com recíproca colaboração e fidelidade entre eles, não há de se presumir interesse ilícito, já que a relação apenas não é revestida da formalidade do casamento civil. Portanto, em caso de morte de um dos concubinos em decorrência de acidentes causados por terceiros, faz nascer ao concubino sobrevivente o direito à indenização.

Revista 360, outubro de 1965:

O concubinato notório, estável e duradouro, é visto nas comunidades mais carentes como casamento. É incontestável que em tais situações essas relações somente não possuem a formalidade do casamento civil, ora por falta de conhecimento dos amásios, ora pela simples vontade de contrair apenas o laço religioso.

Portanto, a doutrina e jurisprudência começam a caminhar no sentido de assegurar aos concubinos alguns direitos, a título de exemplo menciona-se a possibilidade do concubino sobrevivente pleitear a indenização em decorrência de morte causada por terceiro. Justifica-se tal circunstância, pois não seria justo afastar de quem sempre levou uma vida honesta ao lado de seu companheiro, o direito à reparação pelos danos sofridos, meramente pela falta de formalidade do casamento civil.

Revista 385, novembro de 1967:

A simples união entre os concubinos não lhes garante direitos de um ao outro, todavia, conforme preconiza a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, comprovada a existência da sociedade de fato entre eles, é possível a dissolução judicial, mediante meação do patrimônio adquirido por esforço comum durante o concubinato. Ressalta-se que nenhum dos concubinos tem direito ao patrimônio pessoal do outro, ou seja, aquele que cada um possuía antes da relação.

Mesmo na relação concubinária pode ser que um dos concubinos adquira um bem ou construa um patrimônio sem a cooperação do outro. Quanto a esse bem, o concubino que não desprendeu esforços para sua aquisição não terá direito algum sobre ele, pois a Súmula 380 expressou de forma bem clara que só é objeto de meação os bens adquiridos por esforço comum.

A configuração do concubinato possibilita que o filho “ilegítimo” pleiteie alimentos de seu pai sem que a filiação seja reconhecida. Neste sentido. Revista dos Tribunais, vol. 385 (1967, pág. 253):

A doutrina e a jurisprudência, têm admitido que o filho ilegítimo pode acionar o pai para obter a prestação de alimentos, não sendo necessário que a filiação esteja reconhecida em ação de alimentos; basta a existência de fortes presunções de filiação alegadas e verificadas na própria ação de alimentos.

Portanto, em se tratando de concubinato honesto, a concepção de um filho pode dar início a uma ação de alimentos, pois a relação entre os concubinos gera a presunção de filiação, que pode ser comprovada na própria ação de alimentos.

Revista 392, junho de 1968:

O concubinato que gera uma sociedade de fato, onde ambos os concubinos vivem como se casados fossem, faz surgir o direito inquestionável à partilha do patrimônio adquirido por esforço comum. Corroborando com esta disposição, Revista dos Tribunais, vol. 392 (1968, pág. 169): “É de jurisprudência, maciça e uniforme, reconhecer-se a existência de real sociedade de fato, entre concubinos, donde, entre ambos, impor-se-á equitativa partilha dos bens adquiridos pela comum cooperação”.

Portanto, levando os concubinos uma vida *more uxória* e cooperando conjuntamente para aquisição do patrimônio comum, o direito a partilha dos bens torna-se evidente.

Por outro lado, a concubina que meramente se responsabiliza pelos afazeres domésticos não tem direito aos bens deixados pelo amásio. Há, entretanto, corrente minoritária que defenda a tese de que a concubina merece indenização pelos serviços domésticos que foram prestados, pois o amásio de certa forma preservou seu patrimônio, já que não tinha que desprender valores com uma empregada doméstica.

Revista 406, agosto de 1969:

A lei nº 4.832 de 1958, vigente à época e posteriormente alterada pela lei 8.679, regulamentava o instituto da pensão. Esta possibilitou a instituição da concubina como beneficiária de pensão a ser paga pelo Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, em caso de falecimento do testador. Neste viés, Revista dos Tribunais, vol. 406 (1969, pág. 151): “É válida a instituição da concubina como beneficiária de pensão a ser paga pelo IPESP, por morte do testador”.

A jurisprudência possibilita que em caso de relação concubinária duradoura, honesta e notória, pode o concubino testador, arrolar como beneficiária sua concubina.

Revista 428, junho de 1971:

O artigo 1474 do Código Civil de 1916 vedava a possibilidade de instituição da concubina como beneficiária de seguro de vida do cônjuge adúltero. Mas essa vedação só ocorre se houver sociedade conjugal. Portanto, sendo o instituidor solteiro ou viúvo, pode estatuir a concubina como beneficiária do seguro de vida, pois quanto a esta hipótese não há vedação expressa do Código e sendo assim, não gera nulidade.

Revista 442, agosto de 1972:

A relação concubinária honesta e notória dá à concubina o direito de atuar como inventariante. Neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 442 (1972, pág. 224):

A concubina para quem o de cujus deixou metade de seu patrimônio, deve ser tida como herdeira e não simples legatária, em que pesem certas expressões do testamento. Nessa qualidade, e partilhando com o companheiro falecido a posse corporal e a administração dos bens do espólio, faz jus ao cargo de inventariante, semelhando-se a sua situação à de cônjuge sobrevivente. Reforça tal preferência a circunstância de ser, além de meeira instituída pelo de cujus, representante legal de oito filhos menores havidos com o mesmo.

Uma vez provada que a concubina era herdeira testamentária e não somente legatária do falecido, surgia a possibilidade de se tornar inventariante, uma vez que esta estava de posse dos bens do falecido no momento de sua morte. Destaca-se que o simples fato de existirem herdeiros necessários não é suficiente para impedir tal preferência.

Revista 452, junho de 1973:

Silvio Rodrigues – Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – emitiu um parecer abordando algumas questões sobre o concubinato que merecem atenção:

1) Existem muitas hipóteses em que as pessoas impedidas de se casarem, acabam contraindo uma relação concubinária e, para tentar dar mais formalidade a tal relação, buscam no exterior o divórcio do antigo matrimônio e a formalização desta relação concubinária através da celebração do casamento. Como

é sabido, o casamento civil no Brasil, segundo preceito constitucional é indissolúvel, portanto o ato de ir para o exterior para realizar o divórcio e um novo matrimônio caracteriza fraude a lei brasileira e justamente por isso não gera efeito algum. Não sendo válido no Brasil o casamento realizado no exterior, pode a concubina se separar de seu amásio sem nenhum impedimento, pois este não gera os deveres impostos aos cônjuges pela celebração do matrimônio;

2) Prevalece o entendimento de que em caso da pessoa desquitada vir à estabelecer uma relação concubinária, e nesta gerar um filho, este é natural, e não adúltero. Há, entretanto, entendimento diverso, no sentido de que a pessoa desquitada não teria desfeito o vínculo conjugal, sendo então o filho adúltero. Porém este tem sido o entendimento minoritário;

3) Visando prestigiar a família legítima, o Código Civil, poucas vezes se refere ao concubinato, de modo que quando faz, é de maneira ofensiva. Com exceção das leis de caráter previdenciário, o concubinato só tem ganhado alguns efeitos patrimoniais em razão da jurisprudência. Neste diapasão, Revista dos Tribunais, vol. 452 (1973, pág. 43):

De fato, a partir principalmente dos primeiros anos da década quarenta, começaram a multiplicar-se decisões, de todos os Tribunais do País, entendendo que o rompimento de uma ligação duradoura, estável e revestida de todos os elementos que caracterizam a vida conjugal, teria que gerar consequências de ordem patrimonial.

Conclui-se, portanto, que embora ainda seja visto como imoral, o concubinato honesto e duradouro tende a ganhar efeitos patrimoniais.

Em comunidades mais carentes a união de pessoas pelo simples casamento religioso era muito comum, mas por tal união não gerar efeitos civis, a situação dos sujeitos unidos apenas pelo laço religioso configurava tão somente o concubinato. Se dessa união religiosa, houvesse a dissolução, parecia incongruente, não atribuir à concubina o direito a meação dos bens adquiridos por esforço comum. A mesma lógica se aplica as pessoas desquitadas que acabam muitas vezes tendo outro relacionamento, no qual viviam de forma digna, respeitosa, como se marido e mulher fossem, deixando apenas de contrair o matrimônio porque a lei os impedia. Essas relações entre os concubinos passaram a ser cada vez mais amparadas.

Neste viés, Revista dos Tribunais, vol. 452 (1973, pág. 43 e 44):

Em dois sentidos se pronunciaram reiteradamente as Cortes Brasileiras, no amparo da concubina. Uma no sentido de atribuir-lhe remuneração pelos serviços prestados ao companheiro no lar ou fora dele. Outra no sentido de entender que o concubinato não raro implicava o estabelecimento de uma sociedade de fato entre os concubinos, que conjugavam seus esforços para a formação de um patrimônio comum. Ora, se o patrimônio derivava do esforço de ambos, nada mais justo do que se atribuir a cada qual dos sócios, por ocasião da dissolução do concubinato e da sociedade de fato, sua meação no acervo por ambos granjeado. A evolução dessa jurisprudência, durante vinte anos, foi analisada pelo signatário deste parecer em artigo intitulado <Algumas Soluções Jurisprudenciais sobre o Problema do Concubinato>, in <Anais da Faculdade de Direito Mackenzie>, vol. I, 1959, pág. 50.

A jurisprudência posterior passa a se manifestar no mesmo sentido. Ainda, na mesma perspectiva, Revista dos Tribunais, vol. 452 (1973, pág. 44):

Não raro entenderam os Tribunais e ainda hoje o entendem, que os serviços prestados pela concubina a seu companheiro, cuidando do lar e dos filhos, ou fora do lar ajudando-o nas tarefas agrícolas ou no balcão do estabelecimento comum, não podiam deixar de ser remuneradas, sob pena de enriquecimento injusto daquele. De modo que, determinaram, em dezenas e dezenas de casos, fosse a concubina paga por aqueles trabalhos, fixando-se desde logo o montante da indenização a ser paga. Acentue-se que em muitos desses julgados a Corte insiste em que tal retribuição não é o preço do corpo da concubina, a retribuição pelo prazer dele retirado, o que seria de inescandível imoralidade. Mas sim a justa retribuição pelos serviços prestados durante a vigência da ligação. Assim ainda recentemente decidiu a Segunda Câmara Civil do Tribunal de São Paulo (cf. igualmente, no mesmo sentido, entre outros RT 358/171 e 228/249): <A concubina, em vida em comum com o companheiro, se a mais não fizer jus, separando-se o casal, terá direito a ressarcir-se pelos serviços domésticos prestados (RT 426/74).

A reiteração de casos semelhantes foi inevitável nas cortes Estaduais. Em consequência, o Supremo Tribunal Federal, após inúmeros pronunciamentos no mesmo sentido, editou a Súmula 380, que traz expressamente em seu texto: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Com a edição da Súmula 380, algumas questões passaram a ser levantadas, pois, ao analisar o texto, dá-se a falsa impressão de que é necessária a comprovação incontestável da sociedade de fato entre os concubinos e também do esforço comum para a aquisição do patrimônio. Todavia, ambas as questões, ora discutidas, parecem sanadas quando os concubinos se encontram em relação honesta e duradoura, além de que, a simples divisão de tarefas entre eles, presume a colaboração para construção do patrimônio comum. Para reforçar o entendimento,

far-se-á a exposição de três julgados unânimes que deram amparo à relação concubinária:

Revista dos Tribunais, vol. 452 (1973, pág. 44 e 45):

Concubina – Desfazimento do concubinato – Direito à metade do patrimônio. É suficiente a permanência da companheira do lar, nas lides domésticas, para se lhe reconhecer direito em parte do patrimônio formado pelo companheiro. (TJSP, Segunda Câmara Civil, apelação n. 173.062, de Americana, relator Desembargador Paulo Otaviano, julgado em 24.9.1968, unânime).

Revista dos Tribunais, vol. 452 (1973, pág. 45):

É hoje princípio acolhido na jurisprudência, uqe a simples permanência da concubina no lar em lides domésticas, lhe assegura o direito à meação do patrimônio formado pelo companheiro. (acórdão da Quarta Câmara Civil do TJSP in RT 421/143).

Revista dos Tribunais, vol. 452 (1973, pág. 45):

Para a existência da sociedade de fato entre a concubina e o seu companheiro, basta a diuturna presença da companheira, o seu estímulo, a sua compreensão e solicitude, a garantir a tranquilidade do lar, a paz e a harmonia da família e solidariedade afetiva. (acórdão da Terceira Câmara Cível do TJSP, de 6.7.1972, in RT 443/146).

Visando consolidar essas jurisprudências, a primeira edição do anteprojeto do Código Civil, publicada em 1972 estabeleceu no artigo 1989 o seguinte: “Após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido u mulher, presumem-se ser de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles”.

Entretanto, o dispositivo supramencionado, assim como o título “Das relações patrimoniais entre os concubinos” foi abolido pelas edições posteriores do anteprojeto.

A presunção trazida por tais jurisprudências é *juris tantum*, mas, como é comum em presunções desta natureza, possibilita a inversão do ônus da prova.

Revista 459, janeiro de 1974:

Faculta-se ao concubino sobrevivente a possibilidade de se intentar contra a Fazenda do Estado a Ação de Reconhecimento da Sociedade de Fato.

Justifica-se a admissibilidade da referida ação, pois o concubinato, por si só, não faz presumir a sociedade de fato.

Neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 459 (1974, pág. 94):

De ser reconhecida, para os necessários efeitos, a sociedade de fato existente entre homem e mulher em vida more uxório. É certo que o concubinato, por si só, não gera a presunção da existência de sociedade entre os concubinos. Contudo, o longo tempo de união, a comunhão de vida e de interesses, a colaboração mútua e os esforços comuns dos companheiros constituem fatores que induzem, decisivamente, a referida presunção.

Conforme relatado, o simples fato de existir o concubinato, não gera a presunção da sociedade de fato. Contudo, a demonstração dos fatores acima mencionados, permite a presunção da sociedade de fato entre os concubinos e a recíproca colaboração para aquisição do patrimônio comum, o que sem dúvidas, justifica a meação.

Revista 471, janeiro de 1975:

A Lei da Previdência Social possibilita, desde que preenchidos certos requisitos, a equiparação da concubina aos filhos do amásio. A referida lei deve ser interpretada levando em conta a obrigação que o Estado possui de prestar assistência aos dependentes de seus funcionários. Se no âmbito privado, o Estado impôs esta obrigação, seria injurídico que ele mesmo também assim não procedesse, trata-se, portanto, de princípio geral que norteia a Previdência Social.

Neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 471 (1975, pág. 204):

...este princípio que hoje se contém na Lei Orgânica da Previdência Social, na qual a companheira mantida há mais de cinco anos fica equiparada aos filhos, em qualquer condição, do segurado, é hoje, princípio geral de direito, que não pode ser afastado pelo próprio Estado, a respeito de seus funcionários, quando se trata de previdência social.

Portanto, para que haja a equiparação da concubina aos filhos do companheiro, é necessário que a relação concubinária seja mantida há mais de cinco anos e que ela esteja indicada como beneficiária no instituto mencionado.

Revista 472, fevereiro de 1975:

Antônio Chaves – Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – abordou em seu parecer, aspectos importantes para caracterização do concubinato, valendo-se das lições de José

Naufel para conceituar esta relação. Neste diapasão, Revista dos Tribunais, vol. 472 (1975, pág. 34):

Segundo José Naufel, "Novo Dicionário Jurídico Brasileiro", Konfino, Rio, 3ª ed., 1963, vol. II/35, concubinato é a união notória de duas pessoas de sexos diferentes que, embora não estando ligadas entre si por casamento válido ou putativo, vivem como se fossem marido e mulher e sob o mesmo teto, na grande maioria dos casos.

Além do conceito extraído das lições de José Naufel, o Professor Antônio Chaves faz menção à Errazuriz, que citado por Edgard de Moura Bittencourt, aduz, Revista dos Tribunais, vol. 472 (1975, pág. 34):

A expressão concubinato, na linguagem comum é sinônima de união livre, à margem da lei e da moral, mas que, no campo jurídico, seu conteúdo é mais amplo, compreendendo não apenas os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso; os que celebrarem validamente no estrangeiro um matrimônio não reconhecido pelas leis pátrias, e ainda os que vivem sob um casamento posteriormente declarado nulo e que não reunia as condições para ser putativo.

A palavra concubinato toma um sentido mais amplo sob o viés da lei e da moral, abrangendo as mais diversificadas relações, já que o casamento válido é um só, e, portanto, todas as demais relações, que não forem formalizadas pelo casamento civil, eram tidas como concubinato. Todavia, a expressão deve ser resguardada para as uniões honestas, duradouras, onde há fidelidade recíproca, intenção de gerar filhos e educa-los, pois esta só se difere das relações matrimoniais em razão da falta de formalidade do casamento civil.

Conclui-se que a expressão não deve ser utilizada de forma demasiada, intitulado qualquer relação como concubinato, pois o que se visa aqui é atribuir efeitos patrimoniais e pessoais a indivíduos que levam uma relação digna e honesta.

Para que o concubinato tenha um sentido mais estrito, o professor Antônio Chaves estipula alguns parâmetros que devem ser respeitados. Entre eles, o prazo mínimo de três a cinco anos, uma união não incestuosa, recíproca fidelidade entre os concubinos, colaboração de ambos para a construção do patrimônio comum, pois uma vez que estes aspectos estivessem demonstrados poderia caracterizar a sociedade de fato e daí surgiria os direitos patrimoniais.

Revista 480, outubro de 1975:

O Brasil continua sendo um dos países que trata de maneira hostil o divórcio, não o admitindo. Neste viés, Revista dos Tribunais, vol. 480 (1975, pág. 207): “Sendo, como somos, dos muito poucos países que continuam não admitindo o divórcio, a referidas pessoas não resta outra saída senão estabelecerem uniões, que, inúmeras vezes, se tornam estáveis e dignificadas pelo nascimento de filhos”.

Em razão da impossibilidade do divórcio muitas pessoas desfaziam suas uniões pelo desquite (ato jurídico pelo qual se dissolve a sociedade conjugal, com separação de corpos e bens dos cônjuges, sem quebra do vínculo matrimonial) e naturalmente algumas destas pessoas se envolviam em novas relações, que, por muitas vezes eram mais dignas que o próprio casamento civil.

Quando estas pessoas desquitadas encontravam em outras o amor que não encontraram no primeiro casamento, passavam a levar uma vida *more uxório*, respeitosa, de notória relação de afetividade frente à sociedade, ou seja, era uma relação digna, que apenas não podia ser formalizada porque a lei civil vedava o divórcio de um matrimônio anterior.

A relação das pessoas impedidas de contraírem novo matrimônio era vista como concubinato, do qual só decorriam direitos patrimoniais se restasse evidenciada a sociedade de fato.

Há grande divergência quanto à possibilidade da concubina adotar o sobrenome de seu companheiro, mas a tendência é que a lei possibilite tal medida.

Neste diapasão, Revista dos Tribunais, vol. 480 (1975, pág. 209):

A recentíssima Lei nº 6.216 de 30.6.1975 que altera a Lei nº 6.015, de 31.12.1973, que dispõe sobre registros públicos, prescreve expressamente: A mulher solteira, dequitada ou viúva, que viva com homem solteiro, dequitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou ambos.

Portanto, havendo a impossibilidade de converter a relação concubinária em matrimônio, parte da doutrina e a lei acima mencionada passa a admitir que a concubina contraia o sobrenome do companheiro, desde que esse concorde com o ato. Por outro lado, defende uma corrente doutrinária que não é

possível dar a concubina o sobrenome do companheiro, pois isso a colocaria em situação de superioridade em relação à mulher legítima.

Revista 504, outubro de 1977:

O concubinato, quando reconhecido pelo meio social e demonstrado o inequívoco interesse em constituir família, faz nascer à concubina o direito de introduzir em seu nome, o sobrenome de seu companheiro desquitado de casamento anterior. Nesta lógica, Revista dos Tribunais, vol. 504 (1977, pág. 115):

Nada impede que, renunciando a esposa legítima ao direito de usar os apelidos do marido, a lei ordinária possa conferir à concubina o mesmo direito, pela consideração de que ela fundou nova família, digna da mesma proteção dos Poderes Públicos.

O casamento civil é indissolúvel, no entanto, o desquite faz desaparecer o vínculo material ou os efeitos de direito, restando apenas o vínculo matrimonial. Naturalmente, a mulher legítima passa a repudiar o sobrenome que adotou de seu marido, portanto, se esta não quer mais tê-lo atribuído a si, não há motivos para impedir que a concubina que fundou de maneira digna nova família, passe a usar o patronímico do companheiro.

Revista 515, setembro de 1978:

A concubina que, por determinado lapso temporal desempenha esforços em favor de seu companheiro, adquire o direito de prestigiar salários a título de indenização pelos serviços prestados.

Neste sentido, Revista dos Tribunais, vol. 515 (1978, pág. 522):

Se a concubina prestou efetivos serviços, durante dilatados anos, ao companheiro que veio a falecer, faz jus ao recebimento dos salários correspondentes. Hoje em dia não se pode admitir que o trabalho da mulher, seja no lar ou em qualquer profissão fora dele, não deva ser remunerado. O STF, desde há muito, sustenta que, se a ordem jurídica ignora o concubinato, isto não impede que se concedam à concubina salários pela prestação de serviços.

Do texto acima referido, extraem-se dois elementos importantíssimos: Primeiro que essa remuneração devida à concubina, visa impedir o enriquecimento sem causa do companheiro que teve em seu lar ou fora deste, a colaboração da concubina, seja para aquisição do patrimônio comum, ou na realização de atividades no âmbito doméstico, a fim de evitar que o companheiro tivesse gastos com uma

empregada doméstica. O segundo e mais importante elemento que se extrai, é a possibilidade da concubina receber salários a título de indenização pelos serviços prestados no âmbito doméstico ou fora deste, com o ânimo de contribuir para construção do patrimônio comum.

Em razão da morte do companheiro, a concubina tem o direito de perceber a título de indenização pelos serviços prestados, salários dos últimos cinco anos, pois os demais restam prescritos. Com relação ao valor do mencionado salário, deve este ser correspondente a um salário mínimo vigente na época em que se prestou o serviço, atendida as variações que se tenham verificadas.

Portanto, mesmo que o concubinato seja ignorado pela ordem jurídica, não pode a concubina ficar desamparada, uma vez que realizou imensos esforços em favor de seu companheiro, razão pela qual, faz jus a percepção dos salários.

Revista 516, outubro de 1878:

De fato, o concubinato pode desencadear uma série de fatores, que hora ou outra, traga consequência jurídicas, como é o caso da sociedade de fato entre os concubinos, da qual surge o direito à meação.

Entretanto, a cessação da relação concubinária, não faz surgir à concubina o direito de pleitear pensão alimentícia. Neste viés, Revista dos Tribunais, vol. 516 (1978, pág. 58):

Ainda, pois, se reconheçam consequências jurídicas à união livre entre o homem e a mulher, como aquelas previstas na legislação previdenciária, como o direito dos filhos a alimentos e à sucessão, como legitimação da prole pelo "subsequens matrimonium" e também o reconhecimento dos filhos, satisfeitas as condições definidas em lei, força é convir, no entanto, que entre os concubinos não existe direito recíproco à prestação alimentar.

O fato dos concubinos levarem uma vida *more uxório* não gera um dever de convivência permanente entre eles, eis que podem romper a união a qualquer momento em razão da inexistência de vínculo legal. É justamente o princípio da solidariedade familiar que norteia a obrigação alimentar, tal solidariedade, encontra-se apenas no casamento civil, por isso os concubinos não possuem o direito à pensão alimentícia.

Revista 569, março de 1983:

A doutrina e jurisprudência continuam caminhando no sentido de amparar os concubinos que levam uma vida *more uxória*. Comprovada a sociedade

de fato e a união de interesses entre eles, surge o direito incontestável à meação do patrimônio construído por esforço comum.

Entretanto, no que tange ao patrimônio construído antes do início da relação concubinária a regra é diferente. Destaca-se que esta é uma situação delicada, que deve ser analisada caso a caso para ser resolvida de maneira mais justa para ambos os concubinos.

Nos casos em que um dos concubinos adquire um imóvel antes da relação concubinária, não parece justo que esse seja objeto de meação.

Por outro lado, pode ser que a hipótese seja diferente e talvez possibilite o surgimento de direitos patrimoniais para os concubinos. Imagine a situação onde um sujeito compra um imóvel no valor de Cr\$ 800.000,00 (oitocentos mil cruzeiros), cujo pagamento será feito a prazo e durante o pagamento do mesmo, passe a viver em concubinato, onde sua concubina a fim de constituir uma sociedade de fato, acaba por ajudá-lo com a quantia de Cr\$ 60.000,00 (sessenta mil cruzeiros), concretizando assim a quitação do imóvel. Claramente nesta hipótese também não se pode falar em meação, ou seja, divisão igualitária dos bens para os concubinos. Porém, parece justo que seja concedida à concubina pelo menos a quota parte que ela colaborou na quitação do imóvel.

Como mencionado, deve ser analisado o caso concreto para saber se é possível eventual meação, ou o direito à quota parte, o que certamente evita o enriquecimento ilícito e garante aos concubinos o que é seu por direito.

5.1.1 Análise conclusiva da evolução do tratamento dos Tribunais dispensado ao concubinato

Vale ressaltar que inicialmente no Brasil o concubinato era aceito pela Igreja Católica, mas por influência do Cristianismo, e mais tarde do Concílio de Trento houve a vedação destas relações, inclusive com aplicação de severas sanções para quem as mantivessem. A partir do Concílio de Trento o concubinato passou a ser visto como imoral, sendo incapaz de gerar qualquer direito para os concubinos. Portanto, os sujeitos que mantinham este tipo de relação tinham seus direitos patrimoniais lesados.

Inicialmente, a concubina não tinha direito à meação ou qualquer participação na distribuição do patrimônio de seu amásio, recebia no máximo uma

indenização pelos serviços prestados no âmbito doméstico. Todavia, isso não solucionava o problema, pois nos casos em que ela contribuía para aquisição do patrimônio comum e eventualmente ocorresse à ruptura da relação, não podia receber nenhum valor sobre o patrimônio adquirido em razão do caráter imoral do concubinato.

Com o passar dos anos os Tribunais começaram a perceber que essa medida violava outro pilar do direito brasileiro, qual seja, a vedação do enriquecimento sem causa. Portanto, passou a permitir em determinados casos a meação somente para evitar o enriquecimento sem causa do concubino que sempre era beneficiado com o fim da relação, já que todo patrimônio adquirido por ambos os concubinos, passava a integra somente o dele.

Entretanto, o concubinato por si só, não era capaz de gerar direito algum. Só era possível se falar em direitos patrimoniais se ficasse evidenciado a sociedade de fato entre os concubinos. Somente depois de inúmeras ações que versavam sobre esse tema chegando aos Tribunais e da incontestável insistência pelo reconhecimento de direitos patrimoniais dos envolvidos nessa relação é que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 380, tornando possível a dissolução judicial dos concubinos e a partilha dos bens, desde que evidenciado a sociedade de fato entre eles. Mas é preciso notar que os direitos patrimoniais surgiam apenas em razão da comprovação da sociedade de fato e não do concubinato em si.

A justificava de se analisar as questões patrimoniais da relação concubinária de maneira mais profunda, é que em relação ao tema principal do trabalho (União Estável Poliafetiva) está acontecendo a mesma coisa que ocorreu no passado, ou seja, não há tutela do Estado e, portanto, os direitos patrimoniais não estão sendo resguardados pelo Estado, já que a relação é vista como imoral, não sendo reconhecida como forma de entidade familiar em razão da cultura monogâmica. O que tem sido aplicado é a possibilidade de se estabelecer uma sociedade de fato entre os indivíduos que mantêm a união poliafetiva, mas como se verá mais adiante é justamente isso que se quer evitar, pois o que precisa ser reconhecido são os direitos pertinentes a família, bem como os aspectos patrimoniais que são dispensados a união estável prevista no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, e não somente o reconhecimento de uma sociedade de fato que é regida pelo direito das obrigações.

6 UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

As Constituições anteriores a de 1988 não consideravam a simples união entre o homem e a mulher como entidade familiar. Os indivíduos que se encontravam unidos sem as formalidades do casamento tinham sua relação denominada como concubinato. Havia afetividade, mútuo consenso e vontade de constituir uma família, porém o Direito não tutelava essa relação.

Até mesmo com a vigência do Código Civil de 1916, época em que já era numeroso esse tipo de relação o legislador foi omissivo e não a tutelou.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a União Estável passou a receber proteção do Estado, pois a CF tutelou o instituto no seu artigo 226, §3º. Neste viés, Constituição Federal (1988, s/pág.):

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

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

Uma vez que a Constituição possibilitou a União Estável como entidade familiar, preenchidos os requisitos necessários, haverá proteção do Estado.

O doutrinador Álvaro Villaça de Azevedo ao publicar um artigo conceitua união estável. Neste diapasão, AZEVEDO, Álvaro Villaça (2000, s/ pág.):

A convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

Para o doutrinador, se a convivência fosse duradoura, pública, e contínua, mas não houvesse o vínculo do matrimônio, as pessoas ali presentes constituiriam União Estável. Destaca-se que a convivência não pode ser adulterina e incestuosa, pois não caracterizaria a União Estável.

Evidente que a relação não matrimonial entre homem e mulher existe desde os primórdios, porém antes da proteção do Estado era considerada como concubinato. Com a entrada em vigor da Constituição de 1988 essa relação entre homem e mulher sem a formalidade do matrimônio foi reconhecida como forma legítima de constituição de família e passou a ser chamada de União Estável.

Como a Constituição de 1988 foi a primeira a legislar e tutelar o tema abordado, não conseguiu sozinha regulamentá-lo, assim foi alterada e complementada por novas leis. Em 1994 a lei 8.971 determinou algumas regras para a União Estável, entre elas, a questão dos alimentos e direitos sucessórios, assim como trouxe a exigibilidade de no mínimo cinco anos ou que tenham filhos entre si para que a relação fosse considerada União Estável. Dois anos depois, surge a lei 9.278/96, que exclui esse requisito de cinco anos, por outro lado faz também algumas exigências para caracterização da União, como: durabilidade; publicidade do relacionamento e objetivo de constituir família.

O Código Civil de 2002 praticamente descreveu a mesma coisa que a lei de 1996, somente acrescentou um requisito no artigo 1727 que é o não impedimento matrimonial, ressalvado o que dispõe o §1º que se refere as pessoas separadas de fato ou judicialmente.

O legislador não conceituou claramente o que é União Estável, apenas forneceu elementos comprovadores para que o juiz analise diante do caso concreto se há ou não a existência da União.

Constatada a União Estável alguns efeitos patrimoniais podem surgir, entre eles à regra do regime de bens. As partes, ao constituírem União Estável podem escolher o regime de bens, mas se assim não o fizerem será observado a regra do casamento, ou seja, o regime parcial de bens. Note que neste caso, não há pacto antinupcial como no caso dos noivos, pois os companheiros podem decidir a qualquer momento e sem necessidade de escritura pública. Os indivíduos que vivem em União Estável podem escolher qualquer dos regimes que se aplicam ao casamento, mas como mencionado anteriormente, se estes se silenciarem, a União se regerá pelo regime parcial de bens, conforme dispõe o artigo 1725, do Código Civil de 2002.

Nesta lógica, Código Civil (2002): "Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

Ainda no que tange a questão do patrimônio é necessário observar o que leciona o doutrinador Arnold Wald. Neste viés WALD, Arnold (1993, p. 109):

Houve na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma evolução dialética. Inicialmente, os tribunais negavam qualquer direito à concubina. Em seguida, considerou-se que o concubinato, por si só, justificava o direito

da companheira à meação com base na teoria do enriquecimento sem causa.

Posteriormente, Wald teve seu entendimento consolidado pela súmula 380, STJ, que dispõe o seguinte: “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”.

Além de efeitos patrimoniais estabelecidos pelo código e da menção feita pelo Doutrinador sobre a possibilidade de partilha, é preciso analisar a questão da obrigação alimentar, que segue praticamente todos os padrões do casamento, com uma única diferença, pois no instituto do casamento, o indivíduo que deu causa a sua ruptura perde o direito ao recebimento de alimentos. Essa regra não se aplica a União Estável, pois a lei silenciou, assim para este instituto valem-se os envolvidos do princípio da necessidade e possibilidade.

Assim como o casamento, a União Estável pode ser dissolvida, mas por esta última não ser formal e solene não precisa de nenhum ato que formalize o fim da união. Pode ser desconstituída de forma simples, ou seja, com a vontade de ambas as partes e também na forma litigiosa, mas para que esta última ocorra é necessária a comprovação da união que pode ser feita por qualquer meio de prova admitido em direito.

Vale ressaltar que a União Estável entre homem e mulher é uma forma de entidade familiar, que tem nítida proteção estatal, conforme dispõe o artigo 226, caput da Constituição Federal e seu parágrafo terceiro que ainda prevê que a sua conversão em casamento deve ser facilitada pela lei, portanto, deve ser respeitada e aceita pela coletividade.

Conforme mencionado anteriormente, o artigo 1723 do Código Civil estabelece alguns elementos essenciais para a caracterização da União Estável, entre eles, a convivência pública, contínua e duradoura, além da necessidade de ser estabelecida com o intuito de constituir família. Neste viés, Código Civil (2002, s/ pág.): “Art. 1.723. 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.”

Por serem elementos que possibilitam a criação de uma entidade familiar, cada um deles merece ser estudado de maneira um pouco mais

aprofundada, portanto, os próximos tópicos serão destinados ao estudo dos elementos caracterizadores da União Estável.

6.1 Elementos Caracterizadores da União Estável

É necessária uma análise minuciosa do artigo 1723 do Código Civil para se estabelecer os requisitos essenciais para a caracterização da União Estável como forma de entidade familiar.

6.1.1 Publicidade

O primeiro elemento a ser estudado é a publicidade da relação, pois sem esta não é possível se falar em União Estável como entidade familiar. Portanto, “simples encontros às escondidas” estão longe de evidenciá-la.

Por outro lado, não parece razoável se exigir que essa publicidade seja estendida necessariamente a toda a coletividade, basta que os sujeitos envolvidos na relação não se manifestem de forma a escondê-la.

O requisito da publicidade visa assegurar que não sejam reconhecidos como entidade familiar os relacionamentos ocultos, com simples finalidade de satisfação sexual ou ainda, eventuais relações adulterinas.

6.1.2 Continuidade

Para que o relacionamento dos envolvidos caracterize a continuidade é necessário que ambos tenham a vontade de permanência, pois se a intenção deles é meramente sexual ou de vivenciar um relacionamento passageiro impede o reconhecimento da entidade familiar.

6.1.3 Estabilidade e durabilidade

A convivência duradoura e estável entre os indivíduos envolvidos na relação é elemento imprescindível para a caracterização do Instituto da União Estável, notoriamente, esta estabilidade de que trata o artigo 1723 do Código Civil é um elemento diferenciador da União Estável e dos demais relacionamentos, como é

o caso do namoro. Todavia, parece improvável não pensar no namoro como fato desencadeador da União Estável, pois os indivíduos naturalmente se envolvem através do namoro e eventualmente este pode vir a se tornar uma União Estável.

A atual Carta Magna, ao reconhecer a União Estável como forma de entidade familiar não estabeleceu um prazo mínimo para a sua configuração. Sendo assim e para não ficar a mercê de dúvidas, a lei 8.971/94 estabeleceu alguns requisitos que os envolvidos na relação deviam cumprir para que esta fosse reconhecida como entidade familiar, dentre eles, a exigência de no mínimo cinco anos de “união” para caracterizar a União Estável. Essa exigência com relação ao prazo mínimo, no entanto, perdurou tão somente por dois anos, pois em 1996, com o advento da Lei 9.278 tal requisito foi deixado de lado. A mencionada lei, ao retirar esse requisito acabou por elencar alguns outros, como é o caso da publicidade, continuidade e intenção de constituir família, os quais, posteriormente foram reforçados pelo Código Civil.

O que deve ser observado, portanto, é que a relação dos envolvidos deve ser revestida de uma durabilidade suficiente para diferenciar a União Estável dos demais relacionamentos, mas sem a exigência de prazos mínimos, pois a Constituição Federal assim não exigiu.

6.1.4 Objetivo de constituição de família

Dos elementos exigidos pelo Código Civil, o mais importante é o objetivo de constituir família, pois é esta que deve ser observada antes de tudo para o reconhecimento ou não de uma União Estável.

Para melhor explicar esse requisito é necessário destacar que nem todos os relacionamentos são instituídos com esta finalidade, pois não é raro de observar pessoas se envolvendo de forma meramente passageira, em inúmeras vezes apenas para satisfazer o desejo sexual ou até mesmo relacionamentos que possuem certa durabilidade, mas sem a finalidade expressa de constituir família.

Portanto, é necessário que entre os envolvidos na relação haja o objetivo incontestado de constituir família, pois se um deles não tem esta pretensão, o instituto da União Estável é de plano afastado. Neste diapasão, PEREIRA, Carolina Costa e ANDRADE, Pedro Antônio Ribeiro de (s/ ano, s/ pág.): “Essa finalidade de

constituição de um núcleo familiar é que deverá ser investigada em primeiro lugar pelo intérprete, ao analisar uma relação apontada como a de união estável.”

Resta claro que se a relação dos envolvidos não estiver revestida da finalidade de constituir família, não será possível a configuração da União Estável e, portanto, não haverá o reconhecimento da relação como entidade familiar, já que estas são restritas as hipóteses previstas em Lei.

Conclui-se por fim, que se os envolvidos tiverem sua relação caracterizada pela convivência pública, contínua, duradoura e principalmente com a finalidade de constituir família, evidencia-se a União Estável tutelada pela Constituição Federal no artigo 226, § 3º e no Código Civil, artigo 1723, devendo ser reconhecido como forma de entidade familiar.

Conforme será estudado adiante, o fato da Constituição Federal e do Código Civil estabelecerem unicamente que será reconhecido como entidade familiar a União Estável entre o “Homem” e a “Mulher”, gerou inúmeras discussões, pois suprimiu a possibilidade da união de pessoas do mesmo gênero.

6.2 União Homoafetiva

Desde a origem da sociedade havia relações entre homens e mulheres, trata-se de instinto da espécie humana (não só da espécie humana), mas além destas relações mais tradicionais norteadas pelo desejo sexual ao sexo oposto, havia também as relações homossexuais, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo.

Neste viés, CHATER, Luciana (2015, pág. 29):

O homossexualismo existe desde os primórdios da sociedade, em diversas civilizações. Na sociedade grega e romana era bem comum, assim como na Ásia, em tribos africanas e nas Américas, ainda mais em comunidades norte-americanas. A homossexualidade é inegavelmente uma realidade histórica. Um longo caminho foi percorrido para o reconhecimento jurídico da homoafetividade como modalidade familiar. O primeiro país a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo foi a Dinamarca em 1989, acontecimento que estimulou outros países a fazer o mesmo. O casamento civil entre homossexuais mesmo só foi instituído em 2001 na Holanda. Hoje o reconhecimento jurídico da homoafetividade já é realidade em diversos países.

Como se vê, o convívio em coletividade acaba aproximando as pessoas, estas por sua vez, passam a escolher parceiros para se relacionar em

razão da maior afinidade, todavia isso não ocorre somente entre pessoas do sexo oposto, pois muitas vezes o indivíduo acaba por se sentir atraído por alguém do mesmo sexo. Notadamente, nos primórdios da sociedade essas relações entre pessoas do mesmo sexo não eram tuteladas pelo direito, situação esta que não era diferente no direito brasileiro.

De acordo os conteúdos anteriormente abordados no presente artigo, nem mesmo a união estável entre o homem e a mulher era reconhecida inicialmente com entidade familiar. Somente com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 é que foi reconhecida como forma de entidade familiar a União Estável entre homem e mulher, desde que fossem observados os elementos previstos no artigo 1723 do Código Civil, mas como se percebe, a Constituição Federal foi bem objetiva e restringiu essa possibilidade exclusivamente á união entre o homem e a mulher. Neste sentido, CHATER, Luciana (2015, pág. 29 e 30):

A Constituição Federal de 1988 previu como uma das entidades familiares, de forma restrita e literal, as uniões estáveis apenas entre homem e mulher, desprezando qualquer possibilidade além dessa. Previsão que significava ou parecia significar que o Estado não só se recusava a tutelar a união entre pessoas do mesmo sexo como também desconsiderava casais homossexuais como entidade familiar. Situação que para os homossexuais era absurda, já que era inconcebível diferenciar as pessoas por suas escolhas sexuais e pessoais, algo que feria o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Isso parece um pouco controverso, pois o Brasil possui a maior Carta de Direitos Humanos, assegurando no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal que é um Estado Democrático de Direito e possui como fundamento a dignidade da pessoa humana, além de prever no artigo 5º do mesmo códex o princípio da igualdade.

Notavelmente os homossexuais tiveram alguns de seus direitos fundamentais violados, não só no tocante aos direitos patrimoniais, mas também na esfera dos extrapatrimoniais, entre eles, o de constituir família, pois o Estado não os tutelaram, possibilitando a princípio somente a União Estável entre o homem e a mulher.

Após longos anos de discussões e da incontestável luta por igualdade e possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, os homossexuais tiveram enfim um grande avanço em seus direitos, pois em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma

decisão que amplia os preceitos do artigo 1723 do Código Civil, portanto onde havia somente a possibilidade de reconhecimento de união estável entre homem e mulher como forma de entidade familiar, agora é possível e o reconhecimento deste instituto também para pessoas do mesmo sexo. A decisão proferida pelo STF que versava sobre a ADI nº 4.277 e ADPF nº 132 possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, neste contexto, CHATER, Luciana (2015, pág. 30):

Depois de tantas discussões, finalmente a partir de 5 de Maio de 2011, o artigo 1.723 do CC, que prevê sobre a união estável entre homem e mulher, passou a ser aplicado também às uniões entre pessoas do mesmo sexo, em virtude da decisão do STF, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sobre a ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. A primeira ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e a segunda pelo governador Sérgio Cabral, do Rio de Janeiro, tendo como relator o ministro Carlos Ayres de Brito.

Decidiu-se a questão por unanimidade, a fim de reconhecimento da união, sob fundamento do artigo 1º, III da CF, que trata da dignidade da pessoa humana, do artigo 3º, IV, no qual a República deve promover o bem de todos e vedar qualquer tipo de discriminação, do artigo 5º caput, que fala do princípio da igualdade, assim como o seu inciso VI que dispõe sobre a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, e o inciso X, relacionado ao princípio da isonomia.

Percebe-se que esse reconhecimento foi um grande avanço na sociedade, forma de mitigar a desigualdade que ocorria entre as relações homossexuais e heterossexuais.

A decisão proferida pelo STF estabeleceu a obrigatoriedade de reconhecimento como forma de entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, desde que observados os requisitos exigidos para União Estável entre homem e mulher. Neste contexto, Supremo Tribunal Federal (2011, s/ pág):

Obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O Brasil, conforme mencionado anteriormente, é um País democrático e estabelece no artigo 5º que todos são iguais perante a lei, portanto não pode haver discriminação nessas relações.

Ao tratar do capítulo das entidades familiares, o Supremo Tribunal Federal, estabelece que não possa ser feitas diferenciações entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas. Neste viés, Supremo Tribunal Federal (2011):

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

A decisão proferida pelo STF deve ser observada por todos, pois sua eficácia é *erga omnes*, não devendo ser admitido qualquer forma de discriminação. Em um Estado democrático, onde há liberdade de consciência e de crença cada indivíduo deve ser livre para escolher o tipo de relação que deseja, obedecendo sempre os princípios constitucionais, mas não pode ter seu direito mitigado pelo que terceiros mais reservados entendem correto ou não.

7 UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA

A estrutura familiar passou por inúmeras mudanças desde os primórdios da sociedade. De lá pra cá, o conceito de família e sua amplitude sofreram algumas alterações, isso porque, com a evolução da sociedade e dos costumes de determinada região, novas formas de relacionamento vão surgindo naturalmente. Recentemente passou a se falar em uma nova espécie de união estável, a Poliafetiva.

Esta se caracteriza pela união de três ou mais pessoas, independente do sexo de cada uma delas.

7.1 Conceito

Tendo em vista que o tema abordado é de recente aparição, não é possível ainda definir um conceito concreto e universal, mas de forma singela pode se definir que é uma união decorrente de muitos, vários afetos. Neste sentido:

BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes e TIZZO, Luis Gustavo Liberato (sem ano, página 15):

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

Por se tratar de um tema muito recente, há definições diversas, mas esta resume de forma bem simples o que é a união estável poliafetiva e no que ela consiste.

7.2 A Origem da Expressão União Estável Poliafetiva no Direito Brasileiro Sob o Prisma da Escritura Pública que a Reconheceu

A existência de um relacionamento entre mais de duas pessoas não é nenhuma novidade, pois muitos países, diferentemente do Brasil, não são adeptos da cultura monogâmica, possibilitando o casamento com mais de uma pessoa e consagrando esta relação como entidade familiar.

No entanto, no Brasil o termo união estável poliafetiva ganhou destaque no ano de 2012, após ter sido lavrada uma escritura pública no cartório da cidade de Tupã/SP, em que fora formalizada a relação entre um homem e duas mulheres que já conviviam juntos na mesma casa há mais de três anos.

A escritura pública foi lavrada pela Tabeliã Cláudia Nascimento Domingues, que antes de realizar o ato, verificou se havia algum impedimento legal para o reconhecimento da união entre os três indivíduos, mas não encontrou nenhuma proibição expressa na lei. Neste viés:

Cláudia Nascimento Domingues (2012, s/ pag.):

Quando eles entraram em contato comigo, eu fui averiguar se existia algum impedimento legal e verifiquei que não havia. Eu não poderia me recusar a lavrar a declaração. O tabelião tem a função pública de dar garantia jurídica ao conhecimento de fato.

Antes de alcançarem tal feito, o homem e as duas mulheres que buscavam a declaração de união estável poliafetiva, tiveram seus objetivos frustrados por alguns tabeliões, que se recusaram a lavrar a escritura pública. Todavia, os três apaixonados continuaram em busca do reconhecimento de seus direitos, até que encontraram a tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues, que afirmou ter se sentido a vontade ao lavrar a escritura, pois havia o desejo comum entre eles, além de serem sujeitos completamente capazes. A tabeliã afirma ainda que eles se consideravam uma família e por isso objetivavam que o Estado tutelasse seus direitos. Neste diapasão, Cláudia Nascimento Domingues (2012, s/ pag.):

Internamente não havia dúvida de que as três pessoas consideravam viver como entidade familiar e desejavam garantir alguns direitos. Minha dúvida é com as questões externas à relação. Não há legislação que trate sobre o assunto. A aceitação envolve a maturação do direito. Nesse caso, foi preciso atribuir o direito a partir de um fato concreto. Será que haverá algum questionamento?

Como era de se imaginar, essa notícia se alastrou rapidamente, surpreendendo a sociedade, que não estava preparada para a declaração de uma união estável poliafetiva. A tabeliã parecia prever a repercussão que a escritura iria tomar, pois indagou-se sobre a possibilidade de ser levantado algum questionamento, que inevitavelmente surgiu no âmbito jurídico.

A doutrinadora e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Família – IBDFAM, Maria Berenice Dias relata que a escritura não contém nenhuma ilegalidade, pois a sociedade atual é composta por inúmeros tipos de relacionamentos que em vezes deve ser reconhecidos para que os sujeitos envolvidos tenham seus direitos protegidos. Neste sentido, DIAS, Maria Berenice (2012, s/ pág): “Temos que respeitar a natureza privada dos relacionamentos e aprender a viver nessa sociedade plural reconhecendo os diferentes desejos”.

Conforme leciona DIAS, Maria Berenice (2012, s/ pág): “não há problemas em se assegurar direitos e obrigações a uma relação contínua e duradoura, só por que ela envolve a união de três pessoas”. Além dos argumentos já expostos pela doutrinadora, há um ainda mais relevante, no sentido de superar a ideia de que não seria possível o reconhecimento de uniões estáveis poliafetivas em razão do primado da monogamia. Neste contexto:

DIAS, Maria Berenice (2012, s/ pág.):

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

Percebe-se que a monogamia é uma questão cultural, pois a Constituição Federal não lhe consagrou como princípio. O atual Código Civil, no artigo 1521, VI veda apenas o casamento entre pessoas casadas, o que não é o caso das pessoas que tiveram a união reconhecida através da escritura pública lavrada pela tabeliã Cláudia Nascimento Domingues.

Tayon Berlanga, presidente da Ordem dos Advogados de Marília, aduz que a escritura lavrada pela tabeliã, embora não compreenda todos os direitos de família, retrata uma sociedade patrimonial. Neste viés, PEREIRA, Carolina Costa e ANDRADE Pedro Antônio Ribeiro de (s/ ano, s/ pág.):

O presidente da Ordem dos Advogados de Marília, Tayon Berlanga ressalta que o documento funciona como uma sociedade patrimonial, não compreendendo todos os direitos familiares. Para o jurista, o mais importante do registro da escritura de União Poliafetiva é a visibilidade de outras entidades familiares.

Para que seja possível o reconhecimento desses tipos de uniões como forma de entidade familiar é necessário uma decisão judicial ou a disposição legal em si, portanto, mesmo que a união ora relatada seja pública, duradoura e com o intuito de constituir família, a princípio só pode ser reconhecida como sociedade de fato.

Embora Maria Berenice Dias e Tayon Berlanga defendam a validade da escritura pública, Regina Beatriz Tavares lhe define como manifestamente ilegal e não passível de qualquer eficácia jurídica. Neste sentido, CHATER, Luciana (2015, pág. 44):

Para Regina Beatriz Tavares, a escritura não tem eficácia jurídica e nem produz efeito, tendo em vista que o art. 226, § 3º atribui à união estável a natureza monogâmica, formada por um homem e uma mulher. A escritura não teria nem mesmo valor obrigacional entre os envolvidos, sendo também impossível a utilização da escritura perante terceiros, entes públicos ou privados, tendo em vista que estes não são obrigados a estender eventual benefício de entidade familiar à união poligâmica. Para conseguirem a partilha, teriam que comprovar a sociedade de fato perante o judiciário.

Válida ou não, a escritura pública lavrada na cidade de Tupã, representa uma realidade atual. A forma de relacionamento entre as pessoas vem se alterando nos últimos anos, os padrões estabelecidos pela sociedade estão sendo superados e a luta por igualdade e reconhecimento tende a ser maior a cada dia. Neste contexto, CHATER, Luciana (2015, pág. 45):

Sendo ou não válido, o documento representa antes de tudo uma realidade que deseja ser reconhecida não só para o conhecimento do fato pela sociedade, mas principalmente para a segurança jurídica dos envolvidos. Por mais que a cultura brasileira não aceite esse tipo de união, por não possuir características monogâmicas, e por mais que não se reconheça efeitos jurídicos ao contrato, ela continuará funcionando no plano dos fatos. Resta apenas saber se no futuro a união poliafetiva será aceita assim como foram as uniões estáveis e as homoafetivas, o que ocorrerá somente quando se provar que a dignidade da pessoa humana neste caso é preponderante ao primado da monogamia.

O documento lavrado pela tabeliã demonstra a manifesta intenção de tornar pública a relação, que para os envolvidos é familiar. Além disso, versa sobre seus direitos e obrigações, relações patrimoniais e inclusive sobre a possibilidade de dissolução da união. Corroborando com estas alegações, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2012, s/pag.):

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.

Para definir a questão patrimonial, o trio utilizou-se de uma analogia a união estável, na qual optaram pelo regime parcial de bens, assemelhando-se ao regime parcial previsto nos artigos 1658 a 1666 do Código Civil e elegeram um dos conviventes para administrar os bens que forem adquiridos por esforço comum. Estabeleceram direitos e deveres inerentes a eles, a título de exemplo, a assistência material e emocional, o dever de lealdade e conservação da harmonia na união.

Neste diapasão, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2012, s/pag.):

A partir da união estável, a escritura estabelece um regime patrimonial de comunhão parcial, análogo ao regime da comunhão parcial de bens estabelecido nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil Brasileiro. Nesse caso, eles decidiram que um dos conviventes exercerá a administração dos bens. Dentre os direitos e deveres dos conviventes está a assistência material e emocional eventualmente para o bem estar individual e comum; o dever da lealdade e manutenção da harmonia na convivência entre os três.

Por fim, ressalta-se que além de estabelecer regras para a relação patrimonial e íntima do envolvidos, a escritura trouxe esperança para as pessoas que optam por manter esse tipo de relação, pois a partir do momento em que a tabeliã a lavrou sob o argumento de não existir um impedimento legal, o Estado terá de responder a questão e definir de uma vez por todas a possibilidade ou não de se reconhecer a união estável poliafetiva como forma de entidade familiar, assim como fez com a união estável homoafetiva que inicialmente não era tutelada, mas que atualmente a Constituição não faz distinção com relação a união estável heterossexual.

Como tudo no Brasil, o reconhecimento tende a ser vagaroso, mas Cláudia Nascimento Domingues, através da lavratura deste documento pode ter possibilitado um grande avanço do direito de família brasileiro.

7.3 Breves Considerações

A atual Constituição Federal prevê no caput do seu artigo 5º o princípio da igualdade.

Neste viés, Constituição Federal (1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

Além de ser um dos mais relevantes princípios que norteiam o direito brasileiro, é essencial para o reconhecimento de alguns direitos individuais. Mas para sua real consagração tem sido necessário a intervenção estatal em determinados casos. Neste sentido, BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes; TIZZO, Luis Gustavo Liberato (sem ano, página 15):

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

De um lado, há a busca pela consagração de direitos individuais, mas do outro, tem-se a coletividade, que não pode ser prejudicada em razão de determinados anseios individuais, de tal sorte, que a intervenção Estatal deve ser hábil para assegurar os dois direitos que em vezes são conflitantes.

O fato é que essas uniões poliafetivas colocam em cheque dois grandes preceitos do direito brasileiro: o princípio da igualdade e a monogamia. Com forte tendência a favorecer a mencionada união e a fim de reconhecê-la como entidade familiar, tem-se o afeto (afetividade) e a igualdade, mas em sentido contrário e talvez como fator principal da grande polêmica a cerca da união estável poliafetiva, encontra-se os padrões monogâmicos adotados no Brasil.

Nesta orientação, BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes; TIZZO, Luis Gustavo Liberato (sem ano, página 15 e 16):

O cerne da questão que circunda as denominadas Uniões Poliafetivas repousa justamente no fato de constituírem uma realidade no cenário atual, gerando assim uma contradição entre reconhecê-las enquanto instituição familiar e aceitá-las como parte integrante dos novos modelos de família - como a exemplo da família monoparental e família homoafetiva -, com fundamento maior em preceitos como o afeto e a igualdade ou, negá-las reconhecimento com embasamento no fato de que o Estado não está obrigado a tutelar toda e qualquer conduta humana, tendo em vista principalmente a ofensa aos padrões monogâmicos da sociedade ocidental além do que o ordenamento interno, as normas positivadas não oferecem subsídios para reconhecimento das uniões.

Essas pessoas que optam por viver uma união poliafetiva encontram-se desamparadas pelo Direito, pois o Estado não tutela a relação. Entretanto, não pode o Estado, como ente que regula as relações sociais, fingir não estar diante de uma nova realidade, ou seja, uma nova tendência familiar. O número de uniões desse tipo tem crescido ainda mais após a lavratura da escritura pública no município de Tupã/SP, todavia, o Estado ainda não se manifestou expressamente a cerca da situação fática, tornando-se impossível determinar de forma clara e segura garantias patrimoniais ou pessoais aos sujeitos de uma união estável poliafetiva. Por óbvio, o reconhecimento legal, seria a forma mais segura de garantir esses direitos.

Em razão da grande morosidade do poder legislativo, mais uma vez será necessário o ativismo judicial. Recentemente esse ativismo trouxe um resultado positivo e histórico para o direito brasileiro, pois tornou possível o reconhecimento da união estável homoafetiva, que não era reconhecida inicialmente pelo § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, mas que hoje permite uma interpretação extensiva da norma, consagrando assim os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que há um longo e árduo caminho a se percorrer, assim como a luta dos homossexuais para o reconhecimento da união estável homoafetiva, mas o que não se pode permitir é a inércia do Estado frente a esta realidade atual, pois está em jogo aqui o direito individual de cada cidadão. Neste viés, BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes; TIZZO, Luis Gustavo Liberato (sem ano, página 16):

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

Conforme evidenciado, as pessoas que vivenciam estas relações estão tendo seus direitos fundamentais violados, pois a própria Constituição assegura que todo cidadão tem o direito de constituir família, mas não está fornecendo mecanismo para tal, muito pelo contrário, está apenas tornando mais difícil a realização deste direito. Talvez essa violação esteja ocorrendo simplesmente pela cultura monogâmica mantida no país, mas esse costume, que não é um princípio constitucional não pode se sobrepor em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

7.4 A Cultura Monogâmica e o Crime de Bigamia Estabelecido no Artigo 235 do Código Penal

Inicialmente é imprescindível esclarecer que a monogamia nunca foi uma regra absoluta.

Nesta perspectiva, CHATER , Luciana (2015, pág. 45 e 46):

A monogamia nunca foi absoluta na história, seu surgimento não ocorreu apenas pelo fator afetivo, amoroso, mas principalmente por interesses econômicos e pelo desejo de submissão da mulher ao homem. A própria origem humana é marcada pela liberdade de relacionamentos, fase em que os comportamentos refletiam o que tem de mais natural no ser humano. Até mesmo os gregos e asiáticos deixaram vestígios da poligamia e poliandria em seus estados sociais, remanescendo ainda essas características em alguns países. Tais relacionamentos não feriam os costumes da época, muito menos eram vistos à margem da sociedade, eram, afinal, a cultura que se vivia e que mudou com o tempo.

Essa característica passou a ser adotada nos relacionamentos por questões patrimoniais e pela manifesta intenção de submeter à mulher ao homem. Entretanto, no início dos tempos a poligamia era aceita sem nenhuma discriminação pela sociedade já que isto fazia parte de sua cultura e não feriam os costumes da época. A poligamia se divide em poliginia e poliandria. A poliginia se caracteriza pelo casamento de um homem com várias mulheres, ao passo que a poliandria é justamente o contrário, sendo a mulher casada com vários homens.

De acordo com entendimento da escritora, o ser humano não é naturalmente monógamo, sendo plenamente capaz de amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

Neste viés, CHATER, Luciana (2015, pág. 46):

O pensamento de que uma pessoa pode amar mais do que um indivíduo ao mesmo tempo não é nada absurdo. A verdade é que presenciar ou até mesmo viver uma situação dessas na sociedade de hoje é mais comum do que se pensa. Caso contrário, todos escolheriam facilmente a monogamia, algo que não ocorre em grande parte das sociedades, senão em todas, porque por mais que se proíba a poligamia em determinado lugar ela continua ocorrendo na forma de concubinato.

Destaca ainda que não é difícil presenciar tais situações na sociedade atual e que se fosse possível o ser humano amaria uma só pessoa, respeitando a monogamia. Embora se proíba a bigamia e inclusive se estabeleça sanções para esta prática, muitas pessoas não respeitam o instituto do casamento, contraindo relações fora deste.

A monogamia não é consagrada expressamente na Constituição Federal, portanto não pode ser considerado um princípio constitucional, apresentando-se apenas como característica do direito civil brasileiro. CHATER, Luciana (2015, pág. 46 e 47), aduz que “a fidelidade, por outro lado, é um dever legalmente previsto nas disposições sobre o casamento e a união estável”. Vigem no Brasil o princípio da intervenção mínima no direito de família, razão pela qual, o Estado não tem o condão de impor mecanismos coercitivos à obrigatoriedade de fidelidade recíproca na relação. Desta forma, mesmo vivendo sob a égide de um sistema monogâmico, determinadas pessoas não são plenamente fiéis a seus parceiros. Essa infidelidade caracterizava o adultério, mas depois das alterações da Lei nº 11.106 de 2005 o adultério deixou de ser crime.

Atualmente, a simples infidelidade conjugal não caracteriza nenhum crime, mas por ser adotado no Brasil um sistema monogâmico, o Código Penal estabeleceu no artigo 235 que se o indivíduo for casado e contrair novo matrimônio, caracteriza o crime de bigamia, sendo passível a aplicação de uma pena de dois a seis anos. Neste sentido, Código Penal (1940, s/ pág.):

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Mesmo havendo a proibição de contrair novo matrimônio enquanto casado, em razão do princípio informador mencionado anteriormente (intervenção mínima no direito de família), o Estado não tem o poder de obrigar a fidelidade, sendo impossível impedir que um dos cônjuges se relacione fora do casamento.

Não é muito difícil de imaginar que em vezes a fidelidade não é respeitada também na união estável. Todavia, mesmo existindo a concomitância de uniões estáveis, não pode ocorrer a aplicação do artigo 235 do Código Penal, pois a bigamia se restringe apenas ao casamento civil.

O argumento suscitado por quem entende não ser possível o reconhecimento da união estável poliafetiva como forma de entidade familiar é justamente a vedação do duplo casamento civil, razão pela qual não seria possível também a dupla união estável ou a poliafetiva. Entretanto, esse argumento é fruto de uma interpretação lógica, no sentido de que se é proibido a bigamia, a união estável poliafetiva também seria. Porém, esta interpretação não pode ser feita, pois conforme mencionado no parágrafo anterior o Código Penal restringiu a bigamia somente ao casamento civil, não podendo ser feita uma interpretação extensiva da norma penal. Também neste sentido, CHATER, Luciana (2015, pág. 48):

O que se argumenta é que, se a bigamia é crime, não só seria impossível reconhecer o duplo matrimônio, mas também não seria possível reconhecer uma dupla união estável, assim como a união estável de composição polígama ou poliafetiva. Utilizou-se neste caso um argumento resultado de uma interpretação lógica, cujo raciocínio seria que se há proibição legal à bigamia, a poligamia e a união estável polígama ou poliafetiva também estaria vedada. Ocorre que a bigamia é restrita apenas ao casamento civil e não à união estável, até mesmo pelo fato dos dois institutos serem diferentes em vários aspectos.

Por ser um fator meramente cultural, pode ser que com esse recente avanço da sociedade a monogamia possa ser desconsiderada e, conseqüentemente ocorrer a descriminalização da bigamia. O fato é que os costumes mudam com o tempo, assim como a necessidade e o interesse das pessoas, neste contexto, alguns hábitos devem ser deixados de lado, o que uma hora ou outra ocorrerá com a cultura da monogamia, pois os arranjos familiares monogâmicos e tradicionais não são mais suficientes para atender o anseio da sociedade brasileira. O ideal é que esse anseio fosse atendido imediatamente, pois estão sendo suprimidos direitos de determinadas pessoas simplesmente por razões culturais, como é o caso da monogamia, que se comparado com outros princípios, como a igualdade, afetividade

e dignidade da pessoa humana, não parece ter relevância nenhuma, pois estes são princípios constitucionais, ao contrário da cultura monogâmica.

7.5 Cultura Monogâmica, Elemento a Ser Suprimido em Razão da Relevância do Princípio da Afetividade e da Dignidade da Pessoa Humana

O Brasil, embora não estabeleça a monogamia como um princípio constitucional, adota um sistema monogâmico. O surgimento deste sistema, entretanto, não encontra fundamento no afeto ou no amor, mas em fatores egoísticos, tal como a pretensão do homem em manter a mulher como figura submissa e interesses eminentemente econômicos.

Mesmo sendo pautada em aspectos egoísticos, a monogamia já há muito tempo é valorizada (o que não significa ser respeitada por todos) pela sociedade brasileira, o que não deveria ocorrer, tendo em vista que a afetividade e dignidade da pessoa humana são fatores mais relevantes. Todavia, essa cultura monogâmica, consoante às menções feitas anteriormente é o fator que mais implica no reconhecimento da união estável poliafetiva, pois há no ordenamento jurídico brasileiro a vedação do duplo matrimônio e por uma interpretação lógica equivocada, seria vedada também a duplicidade de uniões estáveis ou a união estável poliafetiva. O que se visa demonstrar, portanto é que deve ocorrer uma mitigação da monogamia, prevalecendo os princípios da afetividade e dignidade da pessoa humana.

7.5.1 Princípio da afetividade

Na origem mais remota da sociedade a união das pessoas era caracterizada por laços afetivos, pois não havia tanta riqueza e patrimônios a serem tutelados. Entretanto, na medida em que o ser humano passou a valorizar cada vez mais o patrimônio as figuras familiares também começaram a sofrer alterações. Os interesses afetivos foram deixados de lado, havendo a prevalência de interesses patrimoniais, o que gerou imenso número de famílias formadas coercitivamente por aspectos materiais. Neste viés, CHATER, Luciana (2015, pág. 49):

Uma das mais importantes conquistas que vieram com a família contemporânea foi o princípio da afetividade, por representar a

reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. O advento desse princípio proporcionou um desejo social na formação de laços afetuosos em preferência a laços meramente patrimoniais. A família, dessa forma, deixou a característica coercitiva na composição familiar, no qual o afeto era fator secundário frente a outros interesses, como os materiais, para ser uma entidade plural fundamentada na solidariedade e na afetividade.

Por longos anos as famílias foram então formadas com maior importância no patrimônio. A ideia era cada vez mais aumentá-lo, e para isso muitos pais obrigavam suas filhas a se casarem com os filhos de outro barão, com mero interesse patrimonial, pouco importando o sentimento dos próprios sujeitos que se encontravam contraindo o matrimônio.

Os anos se passaram e os parâmetros de formação da família foram sendo alterados, havendo a mitigação do interesse exclusivamente patrimonial, abrindo espaço para aspectos amorosos ou afetivos.

A família contemporânea, demonstrando uma grande evolução na sociedade, rechaçou de uma vez por todas a ideia de famílias formadas pelo vínculo patrimonial, consagrando o princípio da afetividade, através do qual a família se forma com base na reciprocidade de sentimentos e responsabilidades.

Havendo a consagração da afetividade como princípio, esta não pode se confundir com a ideia de afeto no sentido literal da palavra. Neste sentido, CHATER, Luciana (2015, pág. 49 e 50):

A afetividade, como princípio jurídico, por outro lado, não pode ser confundida com o afeto em si, no seu sentido literal. Embora se mencione o princípio da afetividade ligada ao afeto, pode este, como fato psicológico, existir ou não em uma relação mesmo havendo a afetividade como princípio. O melhor exemplo é observado na relação entre pai e filho, no qual deve existir o dever afetivo do pai sobre o filho independente da existência de real afeto, de desamor ou de desafeição entre eles.

A união estável pode ser mencionada como o maior exemplo da aplicação do princípio da afetividade, pois mesmo que a Constituição não estabeleça expressamente o afeto a reconheceu como forma de entidade familiar no § 3º do artigo 226. Esta união caracteriza-se através do afeto, sem a necessidade de formalização através do casamento civil. De acordo com CHATER, Luciana (2015, pág. 50), “houve a constitucionalização de um modelo familiar eudemonista e igualitário, caracterizado pelo afeto e pela realização pessoal”. A consagração deste

princípio é, portanto, fator relevantíssimo para o reconhecimento das famílias modernas, como é o caso da união estável poliafetiva.

O Direito de Família moderno adota esse princípio como seu maior alicerce, portanto, deve flexibilizar ainda mais o conceito de família, reconhecendo como forma de entidade familiar além do casamento civil e das famílias estabelecidas pelo artigo 226 da Constituição Federal, outros núcleos familiares em que a afetividade se encontre presente, desde que sejam respeitados os demais preceitos legais, como a boa fé.

A união estável poliafetiva engloba ao menos três indivíduos, mas isso não significa que não há afeto entre todos eles, pois o ser humano é capaz de amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Neste viés, BARASH, David P. e LIPTON, Judith Eve (2007, pág. 11):

O fato é que as pessoas amam, sim, mais de um indivíduo ao mesmo tempo. Mais de 85% das sociedades humanas são políginas [o homem tem mais de uma parceira], por exemplo, e muitos homens claramente são capazes de estabelecer relações amorosas com mais de uma mulher. Similarmente, entre as sociedades poliândricas [a mulher tem mais de um parceiro], elas frequentemente reportam boas e amorosas relações com cada homem. Até mesmo nas sociedades em que a bigamia é ilegal é muito comum os adultos manterem múltiplas e razoavelmente bem-sucedidas relações.

Em determinadas regiões como a África, Ásia e Arábia Saudita na maioria das vezes as relações poligâmicas são baseadas em critérios étnicos ou religiosos. No entanto, quando os critérios utilizados são a religião ou etnia, não há a livre manifestação de vontade das partes envolvidas, mas sim uma coerção, que em vezes se origina da própria família. Nestes casos, ocorre a submissão de um dos envolvidos perante os demais, sem afetividade e legítimo consenso entre eles.

Entretanto, as uniões envolvendo mais de duas pessoas pode se originar pelo livre consenso e afetividade, daí o termo união estável poliafetiva. Neste tipo de união não há a submissão de nenhum dos entes, ambos se relacionam e se amam, com o dever de cuidado recíproco. Demonstrando-se esta união mais digna que as que se baseiam na religião ou etnia. Neste sentido, CHATER, Luciana (2015, pág. 51):

A verdade é que a união poliafetiva se mostra ainda como a mais digna das relações não monogâmicas, tendo em vista que, diferente da poligamia

religiosa ou étnica, se configura necessariamente por laços de afeto, de amor e cuidados recíprocos.

Esta união é digna, assim como a dos sujeitos que formalizam sua união pelo casamento civil e, portanto, o princípio da afetividade em aplicação conjunta com o da dignidade da pessoa humana, deve se sobrepor frente à cultura monogâmica. Neste sentido já se posicionou o ministro Luiz Fux na ação declaratória de inconstitucionalidade nº 4277 dizendo que a família é formada acima de tudo pelo amor.

7.5.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto expressamente na Constituição Federal. Neste sentido, Constituição Federal (1988, s/ pág.):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Trata-se de um macro princípio, do qual decorrem inúmeros outros. Além disso, é o principal fundador do Estado Democrático de Direito, tendo como finalidade principal a proteção integral da pessoa, tutelando sua essência e personalidade. O princípio da dignidade da pessoa humana é de suma importância para a caracterização da família, pois esta se desenvolve de forma a proporcionar a dignidade das pessoas que a constituem.

Por ser um princípio que pode ser interpretado de forma muito ampla, a doutrina passa a tentar explicá-lo de forma clara, a fim de não banalizar sua aplicação, nem distorcer o fim para o qual foi criado. Neste diapasão, FILHO, Rodolfo Pamplona e GAGLIANO, Pablo Stolze (2014, pág. 76):

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis a sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização dessa finalidade.

De acordo com o entendimento dos doutrinadores a pessoa tem sua dignidade respeitada quando lhe é dado à possibilidade e expectativa, patrimoniais e afetivas, indispensáveis a sua realização pessoal e a busca à felicidade. A união estável poliafetiva é repleta das características elencadas pelos doutrinadores, em especial a afetividade e busca pela felicidade, portanto, deveriam ser reconhecidas como forma de entidade familiar, para que tivessem a sua dignidade respeitada, assim como houve o reconhecimento da união estável em 1988, com o advento da atual Constituição Federal e posteriormente o reconhecimento das uniões homoafetivas e as famílias monoparentais.

No entanto, esse tipo de união ainda não foi tutelada pelo Estado em razão dos padrões monogâmicos adotados pela sociedade brasileira. Esse fator evidencia o maior desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois as pessoas que buscam a felicidade e realização em uma relação baseada no afeto de três ou mais indivíduos não são amparadas pelo Estado, que se fundamenta de forma equivocada em um ideal de família monogâmica, que já não é mais suficiente para atender os anseios da sociedade moderna.

O Estado não deve impor um padrão monogâmico, pois estaria ditando as relações íntimas das pessoas e por consequência, ferindo o princípio da intervenção mínima no direito de família. A família atual se forma através da afetividade e laços amorosos, ao contrário do que acontecia na sociedade antiga, que se baseava em interesses eminentemente patrimoniais. Por esse motivo, já não é mais possível definir família apenas pela previsão Constitucional no artigo 226.

A união estável poliafetiva se caracteriza pela afetividade, há nesse núcleo familiar uma reciprocidade de afeto, amor e respeito entre os envolvidos que buscam a felicidade e a completa realização através do que eles realmente entendem ser uma família.

Destaca-se novamente, que ao contrário de outras culturas poligâmicas, nessa nova tendência de família que é a união estável poliafetiva, não há a submissão de nenhum dos envolvidos, muito menos a discriminação de um deles. Nesta, todos se conhecem, consentem e se amam, possuindo o desejo de constituir família que é característica fundamental da união estável.

O direito à família é fundamental e sua formação, desde que não fira direito de terceiro, deve ser idealizada por cada indivíduo da maneira que este mais se encontre realizado, pois com o avanço da sociedade as simples definições de família existentes na Constituição não são mais suficientes para abranger os grupos que se definem como família e vivem como uma mesmo sem o amparo estatal.

O princípio da dignidade da pessoa humana só será respeitado se houver a ampliação do conceito de família. Neste sentido, CHATER, Luciana (2015, pág. 55):

A dignidade da pessoa humana só será respeitada se os indivíduos tiverem a liberdade na busca da felicidade, do amor e do afeto. Para isso é fundamental que se admita a possibilidade de reconhecer tipos familiares que, apesar de não previstos na Constituição Federal, como o casamento, a união estável e núcleo monoparental, demonstrem a presença da afetividade, do respeito e assistência mútuos, e da intenção de constituir família.

Do contrário, mantendo-se essa cultura monogâmica, um número imensurável de pessoas encontrar-se-ão desamparadas pelo Estado, sendo impedidas de realizarem o sonho de constituir uma família. O que se objetiva não é a obrigação de uma sociedade poliafetiva, mas a mitigação do ideal de família monogâmica para que as pessoas que vivem em uma união estável poliafetiva possam ser reconhecidas como família.

7.6 União Poliafetiva, Um Novo Conceito de Entidade Familiar

De acordo com o estudo realizado sobre o tema, chega-se a conclusão inevitável de que o conceito de família sofreu inúmeras mudanças desde a origem da sociedade até os dias atuais, pois seu conceito é alterado conforme os costumes da época e a constante evolução da sociedade. Com essas mudanças no direito de família, surge a necessidade do Estado de se modular e frequentemente redefinir o que é considerado família.

Para melhor esclarecer essa evolução algumas situações merecem ser suscitadas. O casamento civil, por exemplo, antigamente era a única forma de constituir família, hoje não se encontra como único arranjo familiar, pois muitas pessoas mantêm uma união duradoura e com o intuito de constituir família, mas ignoram o formalismo do matrimônio. Mesmo sem a formalidade do casamento essas uniões podem ser reconhecidas como entidade familiar, o que nem sempre foi assim. As uniões estáveis heterossexuais e homossexuais até que fossem definitivamente reconhecidas e tuteladas pelo Estado, passaram por um árduo caminho, repleto de preconceitos e discriminações, pautados meramente em valores religiosos e morais. O mesmo tem acontecido com as uniões poliafetivas, que por conter uma característica não monogâmica é vista por muitos como uma relação imoral.

A ideia de imoralidade que recai sobre as uniões poliafetivas deriva nitidamente do cristianismo, que defende como moral apenas as relações de caráter monogâmico. Entretanto, essa ideia deve ser abolida do ordenamento jurídico, pois o Brasil, apesar de ter a maior população católica do mundo é um Estado Laico. Neste sentido, FERNANDO, Nei (2013, s/ pág.):

Embora tenha a maior população católica do mundo, o Brasil é um Estado laico. País laico é o país quem tem uma posição neutra no campo religioso. Também conhecido como Estado secular, o Estado laico tem como princípio a imparcialidade em assuntos religiosos, não apoiando ou discriminando nenhuma religião.

Portanto, se intitulando como País Laico, o Brasil não pode suprimir direitos por razões de caráter religioso, seja qual for a religião. Tanto é, que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso VIII estabelece que ninguém poderá ser privado de direitos por motivo de crença religiosa.

Por mais que se defenda que o Brasil é um Estado Laico, há um conservadorismo Cristão que tem forte influência negativa na conquista de determinados direitos, a exemplo, a própria união estável homoafetiva, que atualmente é tutelada pelo Estado, sobretudo muita luta foi necessária para essa conquista, pois o preconceito era eminentemente visível em razão de ideais religiosos.

O Brasil lastreia-se por convicções morais para regular a sociedade, a cultura monogâmica, por exemplo, é uma situação que evidencia esse fato.

Entretanto, isso não deveria ocorrer, pois a monogamia não é um princípio constitucional, mas mera conduta regulara pela moral.

Embora não exista uma previsão expressa que permita a união estável poliafetiva, não é possível vedá-la, pois a lei também não a proibiu como fez expressamente com a impossibilidade de duplo casamento civil. Mais uma vez é necessário destacar o comentário da doutrinadora Maria Berenice Dias feito em relação à escritura pública lavrada no cartório de Tupã. Para a doutrinadora não há problema em estabelecer direitos e obrigações a uma relação duradoura, revestida de publicidade e com o evidente intuito de constituir família, simplesmente por ser mantida por mais de dois indivíduos. DIAS, Maria Berenice (2012, s/ pág.), ainda completa seu argumento dizendo que “essas pessoas trabalham, contribuem e, por isso, devem ter seus direitos garantidos. A justiça não pode cancelar a injustiça”.

Os arranjos poligâmicos que comprovadamente se justificam pela cultura étnica ou religiosa já estão sendo reconhecido pelos Tribunais, mas é necessário ir mais além, pois existem pessoas que pretendem se manter em uma relação com mais de dois membros por questões de afetividade, no entanto, estas não são amparadas pelos Tribunais. Essa medida não demonstra uma justificativa lógica, pois as relações mantidas por laços afetivos muitas vezes se mostram mais dignas do que as constituídas por critérios étnicos e religiosos.

Há na união estável poliafetiva o intuito de constituir família, que só não ocorre pela impossibilidade de reconhecimento como entidade familiar. Essa união é baseada na lealdade, onde existem o manifesto consenso e ciência de todos os envolvidos na relação. Assim como no casamento e nas uniões estáveis heterossexuais e homossexuais existe o afeto, a mútua assistência, o dever de cuidado recíproco, além dos demais elementos presentes nessas relações.

A união estável é uma realidade atual que precisa ser tutelada pelo Estado, pois este não pode se eximir de tutela-la em razão de aspectos morais. O reconhecimento desta união como forma de entidade familiar, possibilitaria o amparo pelo ordenamento jurídico da mesma maneira que se tutela a união estável. Além disso, este reconhecimento asseguraria os direitos fundamentais de cada cidadão, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Neste viés, CHATER, Luciana (2015, pág. 62):

Reconhecer a união poliafetiva, é reconhecer que as pessoas possuem o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana e, principalmente, à opção de escolherem o caminho de sua felicidade. Faz-se necessário encarar a realidade da poliafetividade sem preconceito, pois além de tudo se trata de uma escolha de vida, que não só é pessoal como indisponível. As atitudes discriminatórias em nada irão solucionar os problemas advindos dessa realidade social, somente prejudicarão os indivíduos que de boa-fé quiseram reconhecer a união a fim de não deixar seus parceiros desamparados. A verdade é que todos devem ter direito à segurança jurídica, independente de suas opções amorosas.

A felicidade é uma questão subjetiva de cada indivíduo. Se este realiza-se em uma união à três, onde há publicidade, durabilidade e intuito de constituir família, além é claro dos deveres básicos da união estável já reconhecida pelo Estado, não há motivo para este não reconhecê-la como forma de entidade familiar.

7.7 Da Possibilidade de Aplicação Das Regras da União Estável a União Poliafetiva Por Meio de Uma Interpretação Analógica

Por se tratar de um assunto extremamente recente e por conta da relutância do Estado em reconhecer as uniões poliafetivas como forma de entidade familiar, não há qualquer regulamentação legal a seu respeito. Portanto, é necessário realizar uma interpretação analógica aos artigos 1723 e seguintes do Código Civil, bem como da lei 9278/96 que regulamenta as uniões estáveis, a fim de solucionar determinadas situações e possibilitar a aplicação de algumas regras para quando estas uniões forem reconhecidas como forma de entidade familiar, o que sem sombra de dúvidas ocorrerá mais cedo ou mais tarde em razão da evolução da sociedade.

7.7.1 Questões patrimoniais

A escritura pública lavrada no município de Tupã/SP, pela tabeliã Cláudia Nascimento Domingues que reconheceu a união estável entre três indivíduos, teve sua validade discutida no âmbito jurídico.

Para muitos aplicadores do direito, o documento lavrado pela tabeliã não está eivado de qualquer eficácia, não tendo valor obrigacional nem mesmo entre os indivíduos participantes da relação ali reconhecida.

Por outro lado, há quem defenda que o documento possui tão somente eficácia *inter partes*, regulamentando exclusivamente as questões patrimoniais, sem que lhe sejam atribuídos os demais direitos de família. Neste contexto, o entendimento é de a união poliafetiva poderia no máximo configurar uma sociedade de fato.

O advento da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal foi considerado um grande avanço para as questões patrimoniais nas relações concubinárias, pois possibilitou a partilha dos bens entre os concubinos uma vez que ficasse comprovada a sociedade de fato. Neste sentido, Supremo Tribunal Federal (S/ ano, s/ pág.): “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”. No entanto, o que se pretende evitar é que seja atribuída a união poliafetiva apenas caráter de sociedade de fato, pois somente seria possível, no que tange a partilha de bens, a aplicação da súmula 380 do STF.

Todo o estudo realizado anteriormente através das Revistas dos Tribunais, no capítulo da evolução do tratamento dos Tribunais dispensado ao concubinato, foi minuciosamente executado de forma a lastrear as questões patrimoniais das uniões poliafetivas. Inicialmente cabe ressaltar que a princípio não era reconhecido nenhum direito patrimonial à concubina, pois as relações concubinárias eram vistas de maneira completamente imoral e contrária ao direito, entretanto, com o decorrer dos anos os Tribunais passaram a se posicionar de forma a amparar a concubina, e ao mesmo tempo, visando evitar um enriquecimento sem causa do cônjuge adúltero, inclinou-se no sentido de reconhecer a sociedade de fato entre os concubinos, tornando possível a partilha de bens adquiridos por esforço comum na constância da relação. Todavia, essa medida era tomada principalmente com o intuito de evitar o enriquecimento sem causa, que se encontra vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por ser uma medida que visa impedir uma prática vedada no Código Civil, não é possível que a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal regre sozinha a união poliafetiva, por esse motivo é que se sugere uma interpretação analógica as regras da união estável tutelada pelo Estado no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, a fim de solucionar as questões patrimoniais dos indivíduos que nela se encontrem.

A Lei 9278 que passou a vigorar em 10 de maio de 1996 tem o condão de regulamentar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, estabelecendo em seu artigo 5º as disposições sobre os bens móveis e imóveis adquiridos na constância da união.

Neste sentido, Lei 9278 (1996, s/ pág.):

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Corroborando com o disposto no artigo 5º da lei 9278/96, estabelece o Código Civil no artigo 1725 que se aplicam as uniões estáveis no que couber, as regras do regime de comunhão parcial de bens, salvo estipulação em contrário. Sendo assim, os conviventes também podem optar pelos regimes de comunhão universal de bens, participação final de aquestos ou pelo regime de separação de bens.

Observando o disposto no artigo 1725 do Código Civil e levando em consideração que em regra aplica-se à união estável o regime de comunhão parcial dos bens, sugere-se inicialmente e com os devidos ajustes a aplicação desta regra também às uniões estáveis poliafetivas. Portanto, os bens que forem adquiridos na constância desta união pelo esforço comum, pertencerão a todos os conviventes. Neste contexto é necessário mais uma vez levar em consideração os estudos realizados sobre o concubinato, pois um eventual partilha de bens deverá ser realizada com igual valor para todos os envolvidos, independente se dois deles trabalhavam e o outro apenas cuidava dos afazeres domésticos e dos filhos, pois esta também é uma forma de contribuição para construção do patrimônio comum já que eles não teriam que desprender valores com empregados domésticos ou com babás. Em hipótese alguma deverá ocorrer o pagamento de uma indenização pelos serviços prestados como ocorria inicialmente com o concubinato, pois isso seria atribuir valores diferentes para os esforços realizados por cada convivente, o que não se justifica, pois independente da tarefa que lhe foi designada, está também contribuindo para a aquisição do patrimônio comum.

Outro ponto que merece atenção em relação aos direitos patrimoniais é a questão que versa sobre as sucessões. Para melhor analisar este ponto é necessário observar o que dispõe o artigo 1790 do Código Civil.

Neste sentido, Código Civil (2002, s/ Pág.):

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Natural que se estabeleça o direito a sucessão em relação ao companheiro sobrevivente na união estável, pois este contribuiu para aquisição do patrimônio comum, fazendo jus à percepção de sua quota parte. Conforme suscitado anteriormente alguns ajustes devem ser realizados para que possa ocorrer a aplicação das regras da união estável à união poliafetiva, mas não é difícil se imaginar que havendo a morte de um dos conviventes da união estável poliafetiva, aos demais deve ser atribuído o direito a sucessão observado o disposto no artigo acima elencado.

O artigo 7º da Lei 9278/96 versa sobre a possibilidade de dissolução da união estável, que pode se dar por rescisão (*ato inter vivos*) ou por morte de um dos conviventes. Neste viés, Lei 7278 (1996, s/ pág.):

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Com relação ao disposto no caput do artigo 7º, não parece existir nenhuma problemática em estender sua aplicação à união estável poliafetiva, pois havendo a dissolução por vontade dos conviventes, a assistência material deverá ser prestada pelos ex-companheiros ao que dela necessitar, a título de alimentos,

atendendo assim os princípios da necessidade e possibilidade. No tocante ao parágrafo único do artigo 7º, o mais razoável é que os sobreviventes tenham o direito real de habitação, desde que a união continue selada entre eles, sem a constituição de nova união ou casamento.

A partilha dos bens e os direitos sucessórios são apenas algumas das inúmeras questões patrimoniais que circundam a união estável poliafetiva, mas ressalta-se que em todos os aspectos que forem possíveis, deve se observar as regras aplicáveis à união estável e por analogia se estender a estas uniões que são realidades nos dias atuais, atendendo assim o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, amparando-as em seus anseios pela busca da felicidade. Com relação às demais questões patrimoniais é de suma importância um futuro amadurecimento, que somente será possível após o reconhecimento da união poliafetiva como forma de entidade familiar, o que não deve demorar a acontecer, em razão da necessidade do Estado tutelar o grande número de indivíduos que se encontram mantendo esta espécie de relação como se realmente fossem uma família, que assim não se consagra ainda somente pela vedação do Estado em razão da cultura monogâmica.

7.7.2 A filiação e o respectivo registro

O registro da criança é um ato muito importante, pois a certidão de nascimento é o seu primeiro documento, indispensável para que ela seja reconhecida como cidadã.

Corroborando com as alegações acima dispostas, LAMAS, Ney (2012, s/ pág.):

Ele é o primeiro passo para a cidadania. Com o registro, a criança obtém a certidão de nascimento, seu primeiro documento, que lhe confere direito a diversos benefícios, como atendimento nas áreas públicas de saúde e educação. É através do registro de nascimento que a criança passa a ser contabilizada nas estatísticas do governo, como parte integrante da nação, membro do país e cidadão que precisa de cuidados, assistência, amparo e segurança.

A certidão de nascimento é, portanto, o documento apto a gerar os primeiros direitos da criança, entre eles, a saúde e educação, um dos principais direitos fundamentais de uma criança.

Com relação ao registro dos filhos havidos da união estável prevista no artigo 226, § 3º da Constituição Federal e 1723 do Código Civil não há qualquer complicação, pois a lei não exige que os pais sejam casados para registrar os filhos, neste caso qualquer um dos pais poderá comparecer ao cartório munido da escritura pública que reconheceu a união estável e registrar a criança.

No entanto, a discussão que se trava é em relação à possibilidade ou não de registrar uma criança com mais de três pais. No caso da união poliafetiva é natural se imaginar que haveria somente um pai e uma mãe biológicos, aliás, isso é fato, mas o que se pretende demonstrar é a possibilidade de se registrar a criança com o nome dos pais biológicos e socioafetivos. Em outras palavras, registrar a criança com o nome de todos os envolvidos na união poliafetiva.

Para melhor ilustrar a possibilidade deste direito, será analisada a decisão prolatada pelo Douto Magistrado Rafael Cunha, juiz de direito da 4ª Vara Cível de Santa Maria/RS, que no ano de 2014, autorizou o registro de uma criança com duas mães e um pai, além dos seis avós. A situação é a seguinte: duas mulheres que mantinham uma união estável por quatro anos, a formalizaram através do casamento. Dois meses após a sua celebração decidiram que queriam ter uma criança e que uma delas seria a mãe biológica da criança, para que isso fosse possível convidaram um amigo para gerar um filho. O amigo aceitou a proposta, mas como condição, exigiu que seu nome constasse na certidão de nascimento.

A decisão proferida Por Cunha foi cumprida no 1º Cartório de Registro Civil da cidade de Santa Maria/MS. Cunha considerou sua decisão simbólica, inovadora e afirmou ainda que ela privilegiou a proteção do feto. Corroborando com a disposição anterior, CUNHA, Rafael (2014, s/ pág.): “É importante salientar que essa menina terá, desde o seu nascimento, o registro de uma família multiparental diferente do que é comum”. A decisão do juiz foi influenciada por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, que desde maio de 2013 admite técnicas de fecundação “in vitro” por casais homoafetivos, tal fato tem aumentado o registro de crianças com dois pais ou duas mães. A doutrinadora Maria Berenice Dias, em atenção à decisão prolatada, afirma que para a criança, quanto mais vínculos afetivos houver, melhor.

Decisão semelhante já havia sido proferida em 2012, pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando procedente a apelação cível 0006422-26.2011.8.26.0286, interposta em ação

declaratória de maternidade, que declarou a possibilidade de concomitância entre maternidade biológica e socioafetiva. Neste caso a mãe biológica da criança faleceu logo após o parto. O pai se casou com outra mulher quando a criança ainda tinha dois anos, esta sempre chamou sua madrasta de mãe, ao qual tinha um afeto muito forte, o que notoriamente era recíproco. Por essa razão optaram por acrescentar em seu registro o nome dela. Não houve oposição da família da mãe biológica que sempre esteve presente na vida da criança. Visando uma melhor compreensão do caso relatado, demonstrar-se-á a ementa do acórdão.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (2012, s/ pág.):

“EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido.”

Mesmo sem a afirmação da doutrina e jurisprudência, algumas decisões têm sido prolatadas no sentido de possibilitar o registro de dois pais ou duas mães. As decisões neste sentido só tendem a aumentar.

Neste viés, PIOLI, Roberta Raphaelli (2013, s/ pág.):

Levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a afetividade, a solidariedade e a ideia de família contemporânea plural, é provável que surjam novas decisões nesse sentido, consagrando a tendência do direito de família de se adaptar a uma nova realidade social, buscando assegurar direitos constitucionalmente protegidos.

Para reforçar a ideia sobre a possibilidade de dupla paternidade nas uniões poliafetivas destaca-se que o Conselho Federal de Medicina editou recentemente a Resolução 2.121/15 que especifica as novas regras sobre as técnicas de reprodução assistida. A mencionada resolução resultou no provimento 21/25, da Corregedoria de Justiça de Pernambuco, regulamentando o registro de filhos havidos de reprodução assistida e admitindo, expressamente a multiparentalidade no âmbito do Estado de Pernambuco.

Ao possibilitar essa forma de registro nas uniões poliafetivas não só são atendidos os interesses dos sujeitos que a mantém, mas também da criança, fruto deste relacionamento. A Constituição Federal de 1988 materializou através do artigo 227 o princípio do melhor interesse da criança, assegurando-lhe a satisfação de suas necessidades básicas, bem como a adoção de medidas que torne possível lhe proporcionar uma vida digna, atendendo, portanto, ao princípio da dignidade da pessoa humana disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Ao analisar o item 7 do artigo 54 da Lei de Registros Públicos tem-se a falsa impressão de que no registro da criança deverá constar apenas o nome de um pai e uma mãe. Entretanto, sua redação foi dada pela Lei nº 6140, de 1974, não mais suficientes para compreender os arranjos familiares atuais, por esse motivo é necessário uma interpretação constitucional da norma, para adequá-la aos dias atuais. Realizada esta interpretação, não parece absurda a ideia de registrar uma criança com dois pais ou duas mães, pois possibilitar essa medida seria atender o princípio da melhor proteção à criança.

Em uma análise objetiva, parece benéfico à criança, a convivência com pais que vivem em uma união poliafetiva, pois haveria uma maior proteção, já que ao invés de ter apenas duas pessoas prestando cuidados, haveria três ou mais. Além da proteção, há ainda o amor, afeto, carinho e atenção que serão redobrados em razão do maior número de pais. Por outro lado, podem ser suscitados argumentos contrários à possibilidade deste registro, sob o fundamento de que ao mesmo tempo em que privilegia, pode também ferir o princípio do melhor interesse da criança, pois uma eventual dissolução da união poliafetiva poderia gerar um litígio em relação à guarda da criança, causando possíveis transtornos a esta. Mas separações ocorrem mesmo em caso de famílias “tradicionais”, ou seja, composta pelo arranjo familiar mais tradicional entre pai, mãe e filhos. Portanto, não se pode vedar esse tipo de registro com uma multiplicidade de pais fundamentando em um possível prejuízo, que tem grande chance de não acontecer, enquanto os benefícios são mais prováveis e concretos, pois é certo que o amor, proteção, carinho e afeto serão mais amplos desde o nascimento da criança.

Portanto, se é possível essa forma de registro nas famílias multiparentais em razão da afetividade que se cria entre madrastas ou padrastos e enteados, deve ser estendida sua aplicação também em relação ao registro dos filhos advindos de uma união poliafetiva, possibilitando, portanto, que a criança

tenha em seu registro o nome de todos os pais e avós. Afinal, todos os envolvidos na união poliafetiva irão criar a criança como se de fato fosse seu filho, pouco importando se é biológico ou não, provendo-lhe amor, carinho e afeto, prestando a assistência à criança que a Constituição Federal tanto preza.

Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no dia 21/09/2016, reconhecendo que os pais biológicos devem cumprir com suas obrigações em relação ao filho mesmo que estes sejam criados por pais afetivos. A decisão prolatada pela Colenda corte possibilita a dupla paternidade, solucionando o problema do registro de filhos gerados nas uniões poliafetivas, que agora poderão ter o nome de todos os pais e avós. Foi relator do ilustre julgamento o Ministro Luiz Fux, que afirmou a possibilidade de reconhecimento de outros tipos de paternidade que não aquela tradicional derivada do casamento.

A respeitosa decisão envaidece os princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade e da paternidade responsável, comprovando mais uma vez a necessidade do direito se moldar aos anseios da sociedade e aos acontecimentos reais na atualidade, devendo o Estado se pautar na teoria tridimensional do direito (fato, valor e norma) de Miguel Reale, em que o direito surge de uma realidade fática, em seguida se atribui um valor a esta realidade e por último se estabelece uma norma para regulamentá-la, pois não pode se permitir que o direito impeça os grandes avanços da sociedade, que está em constante mudança.

7.7.3 A possibilidade de adoção

A adoção é ato jurídico que faz surgir um vínculo entre o adotado e adotante, que no caso das uniões poliafetivas, seriam os três ou quanto fossem os envolvidos.

O ato de adoção sempre deverá ser precedido por meio de processo judicial, tramitando pela vara do Juizado da Infância e Juventude de forma gratuita, constituindo-se efetivamente o vínculo da adoção por sentença judicial conforme preconiza o artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da criança e do adolescente – ECA, não faz nenhuma ressalva com relação ao Estado Civil dos adotantes, pouco importando também se é homem ou mulher conforme estabelece em seu artigo 42. O texto expresso no artigo 42 leva a conclusão que pessoas solteiras podem adotar, assim como casados ou

conviventes de uma união estável. A exigência feita pelo Estatuto destina-se a pessoa do adotante em si, pois é necessário que tenha mais de 18 anos de idade, seja no mínimo 16 anos mais velho que o adotado e capaz de oferecer um ambiente familiar adequado.

Com relação à adoção conjunta, estabelece o artigo 42, § 2º que é indispensável que os adotantes sejam casados ou vivam em união estável. Havendo o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, seria plenamente possível a adoção pelos conviventes em razão da inexistência de vedação expressa na lei.

O artigo 43, do Estatuto da criança e do adolescente estabelece que será deferida a adoção quando esta apresentar reais vantagens ao adotando. Neste sentido, Estatuto da Criança e do Adolescente (1990, s/ pág.): “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Os sujeitos que mantêm uma união poliafetiva encontram neste dispositivo um fundamento relevantíssimo para possibilitar a adoção, já que um de seus requisitos é que a adoção atribua vantagens ao adotando.

O fato de a criança ser adotada por três ou mais pais, parece ser um fator muito benéfico, pois como mencionado anteriormente no item 7.7.2 (A filiação e o respectivo registro) seria atribuído à criança mais afeto, amor, carinho e atenção. A proteção destinada a ela seria ainda maior, pois ao invés de ter apenas dois pais lhe atribuindo cuidados, haveria três ou mais. Neste sentido, resta evidente o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança, além é claro, de possibilitar a realização das pessoas que se encontram vivendo a união poliafetiva. Após a sentença deferindo a adoção tudo que foi tratado no item anterior se aplica aqui, pois uma vez adotado a lei não faz qualquer distinção entre os filhos adotivos e biológicos.

Com relação aos demais procedimentos e requisitos da adoção devem ser observados os artigos 39 a 52 da Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Possibilitar a adoção na união poliafetiva é enaltecer os princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade, igualdade e tornar possível à busca pela felicidade que cada indivíduo tem direito.

8 CONCLUSÃO

A atual Constituição Federal estabelece no *caput* do artigo 226, que a família é a principal base da sociedade e tem proteção especial do Estado. É preciso destacar que embora existam costumes seguidos rigidamente pela sociedade, na medida em que os interesses individuais se modificam, altera-se também a sociedade e a forma como o Estado lida com esta. O Estado tem o condão de regulamentar as relações sociais, mas não pode impedir sua evolução, portanto é ele quem precisa se modular de forma a acompanhar a evolução da sociedade. Com relação ao Direito de Família se diz a mesma coisa, sendo assim, são necessárias adaptações para que possam ser atendidos os anseios da sociedade moderna.

Desde a origem da sociedade, até os dias atuais, o conceito de família sofreu diversas modificações, a fim de abranger o maior número de relações possível. Antes da entrada em vigor da atual Constituição, a única forma de constituir família era através do casamento civil. Mas a Constituição, atendendo os anseios da sociedade da época reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como forma de entidade familiar. Percebe-se um avanço e uma alteração nos costumes da sociedade. Entretanto, essa ampliação no conceito de família trazida pela atual Carta Magna não foi suficiente para abranger todos os tipos de relações existentes, pois não tutelou a união de pessoas do mesmo sexo. Depois de muita persistência e anos de espera por parte dos “casais” homossexuais sem a obtenção de qualquer amparo é que o Estado reconheceu a união homoafetiva no ano de 2011, consagrando assim o princípio da igualdade.

Além do casamento civil e das uniões estáveis heterossexuais ou homoafetivas, o Estado reconhece como entidade familiar as famílias monoparentais conforme descreve o artigo 226, § 4º da Constituição Federal. Entretanto, esses arranjos familiares amparados pelo Estado não são mais suficientes para abranger todos os tipos de família, pois a sociedade avançou mais uma vez, trazendo à tona as uniões poliafetivas, que embora seja uma realidade dos dias atuais não tem sido reconhecida em razão do Brasil adotar um sistema monogâmico, que, aliás, às vezes fica somente na teoria, pois muitas pessoas casadas mantêm fora do matrimônio outra relação de forma oculta, enganando, portanto, seu cônjuge.

Diferentemente de outros países, no Brasil a monogamia é ainda hoje, o arranjo familiar mais tradicional, todavia, é inegável que outras formas existem

como é o caso da própria união poliafetiva. O objetivo do trabalho é reconhecer uma nova entidade familiar através da mitigação da cultura monogâmica. Observa-se que a pretensão não é aniquilar de uma vez por todas os arranjos monogâmicos existentes na sociedade, mas possibilitar que cada indivíduo tenha a liberdade de escolher seu arranjo familiar e, portanto, permitir na mesma sociedade arranjos monogâmicos e não monogâmicos, atendendo os anseios de toda coletividade. Afinal, o que faz a família é, sobretudo o amor.

Corroborando com a afirmação acima disposta, Ministro FUX, Luiz (2011, s/ pág.):

O que faz uma família é, sobretudo, o amor - não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrável que os une e que os identifica uns perante os outros e casa um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso a respectiva proteção constitucional.

As pessoas que mantêm uma união poliafetiva, encontram-se unidas pelo vínculo da afetividade, princípio este que norteia a relações familiares no direito brasileiro. Diferentemente da infidelidade matrimonial ou das uniões paralelas, na união poliafetiva há o consenso e vontade de todos os indivíduos em mantê-la. Difere-se das relações paralelas, pois aqui há uma única união com a pluralidade apenas de indivíduos que se amam e tem intenção de constituir família, mesmo que esta seja diferente dos demais arranjos familiares.

Reconhecer a união poliafetiva como forma de entidade familiar é, ao mesmo tempo, garantir que determinado grupo alcance a felicidade, bem como consagrar os princípios da afetividade, dignidade da pessoa humana e igualdade. A atual Constituição Federal é garantista, portanto não pode o Estado fechar os olhos diante da realidade atual e permitir que o direito de determinadas pessoas seja suprimido em razão de um viés cultural, como é o caso da monogamia, que conforme evidenciado no trabalho possui valor muito menos significativo do que os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

A necessidade do Estado se manifestar em relação à mencionada união não ocorre somente por esta ser diferente em sua composição, mas também

por ser repleta de aspectos patrimoniais e pessoais que somente pode ser solucionados se houver uma regulamentação legal.

Infelizmente há no direito brasileiro uma morosidade no poder legislativo e para que seja possível o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, será necessário a princípio um ativismo judicial, da mesma forma que ocorreu no reconhecimento da união estável homoafetiva, engrandecendo assim o princípio constitucional da igualdade expresso no artigo 5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: CEJUP, 1986, 306 p.

_____. **União Estável**, artigo publicado na revista advogado nº 58, AASP, São Paulo, Março/2000.

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia**. Trad.: Rytta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.11.

BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes e TIZZO, Luis Gustavo Liberato. **Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b8b6674d4052e35e> Acesso em 07/10/2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Sociedade Cultural, Rio de Janeiro, 1976.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.ius.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em 14/10/2016.

_____. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Congresso Nacional, 2002.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em 12/10/2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. **Promulga a lei sobre o casamento civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm Acesso em 12/10/2016.

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Brasília, Congresso Nacional, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm Acesso em 10/10/2016.

_____. **Revista dos Tribunais**. Volumes/Ano: 114/38; 116/38; 125/40; 133/41; 146/43; 157/45; 161/46; 204/52; 208/53; 215/53; 230/54; 263/57; 279/59; 299/60; 300/60; 306/61; 307/61; 311/61; 316/62; 341/64; 352/65; 360/65; 385/67; 392/68; 397/68; 406/69; 428/71; 442/72; 452/73; 459/74; 470/74; 471/75; 472/75; 480/75; 490/76; 500/77; 504/77; 515/78; 516/78; 519/79; 553/81; 569/83.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)**. Julgamento conjunto. **ADI nº 4.277-DF**. Relator Ministro Ayres Britto. DJe 14/10/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em 13/10/2016.

CHATER, LUCIANA. **União Poliafetiva: A possibilidade ou não de reconhecimento jurídico como entidade familiar dentro do contexto atual em que se insere a família brasileira**. Disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1675/Monografia_Luciana%20Chater.pdf?sequence=1 Acesso em 07/10/2016.

Consultor Jurídico disponível em <http://www.conjur.com.br/>, acesso em 23/04/16.

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

FERNANDO, Nei. **Brasil, maior País católico do mundo, é um Estado Laico** disponível em <http://www.hojemais.com.br/andradina/noticia/articulistas/brasil-maior-pais-catolico-do-mundo-e-um-estado-laico>. Acesso em 10/10/2016.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

GOULART, Patrícia Krempel. **A origem e evolução do casamento na história do direito de família**. Disponível em <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/11/A-ORIGEM-E-EVOLUCAO-DO-CASAMENTO-NA-HISTORIA-DO-DIREITO-DE-FAMILIA.pdf>. Acesso em 19/04/2016.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Escritura reconhece união afetiva a três**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite> Acesso em 07/10/2016.

ILHA, Flávio e GRANDELLE, Renato. **Justiça autoriza registro de nascimento com duas mães, um pai e seis avós**. O GLOBO. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/justica-autoriza-registro-de-nascimento-com-duas-maes-um-pai-seis-avos-13925839t> Acesso em 13/10/2016.

JUSBRASIL, <http://www.jusbrasil.com.br/home> acesso em 23/04/16.

LAMAS, Ney. **Como Registrar Seu Filho**. Serviço Notarial. Disponível em <http://www.tabelionatolamas.com.br/index.php/noticias/5-noticias/68-como-registrar-seu-filhot> Acesso em 12/10/2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A (des)união estável. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade**, vol. 8 – **União estável: aspectos polêmicos e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Carolina Costa e ANDRADE Pedro Antônio Ribeiro de. **A POSSIBILIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA**. Disponível em http://nipromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/7c7f32778335352d48ddd97024d00a83.pdf Acesso em 02/10/2016.

PIOLI, Roberta Raphaelli. **MULTIPARENTALIDADE - É possível ter dois pais ou duas mães no registro civil** <http://www.conjur.com.br/2013-jan-18/roberta-pioli-possivel-dois-pais-ou-duas-maes-registro-civil> acesso em 12/10/2016.

PIZZOLANTE, Francisco Eduardo Orciole Pires e ALBUQUERQUE. **União Estável no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999. p.150.

SANTOS, Gabriella. **Origem da sociedade**. EBAH, disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAfJcMAI/origem-sociedade>. Acesso em 19/04/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **TJ-SP - Apelação : APL 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286**. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp> Acesso em 13/10/2016.

WALD, Arnold. A união estável – evolução jurisprudencial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Direitos de família e do menor: inovações e tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.