A UNIÃO POLIAFETIVA E O PRINCÍPIO DA FELICIDADE

Luiz Fellipe Campos da Silva*

RESUMO: O trabalho em estudo tem o fito de propiciar ao público em geral, notadamente aos aplicadores e estudiosos do direito um apanhado do conceito de União Estável e o seu reconhecimento constitucional como entidade familiar, tendo como uma de suas espécies a União Poliafetiva. Objetiva ainda, aclarar a não caracterização da bigamia nesse tipo de relação, bem como, ressaltar a importância e a consequência do seu reconhecimento na esfera patrimonial dos conviventes, de modo a conferir isonomia e lhes garantir que o seu plano individual de felicidade seja respeitado e concretizado.

PALAVRAS-CHAVES: Entidade Familiar. União Poliafetiva. Princípios da Isonomia e da Felicidade.

1 INTRODUÇÃO

O indivíduo, desde a sua origem, é estimulado naturalmente a conviver cercado por normas, ainda que mínimas, contudo, em que pese sua necessidade de organização comunitária ou social, o ser humano é imbuído em seu âmago de instintos básicos, os quais o igualam aos demais seres vivos, se alimentar e se reproduzir.

Dentro desse parâmetro, a evolução foi inevitável e, *pari passu,* o ser humano passou a buscar o equilíbrio entre a suas necessidades mais primitivas e a necessidade de adequação social, sendo esta, em alguns momentos da história, mais importantes que aquelas.

Outrossim, em um olhar voltado para os modos de organização social que existiram, constata-se que por diversas ocasiões o indivíduo inserido em um determinado nicho social se via compelido a seguir determinadas regras de convivências, reprimindo os seus desejos e necessidades a fim de ser aceito no meio em que se encontrava.

* Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes em 2011; Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Tiradentes; Advogado; Mestrando em Ciências da Educação pela Unasur; Assessor do Tribunal de Justiça de Sergipe na 27ª Vara Cível de Família de Aracaju.

Destaca-se em especial a sociedade brasileira, a qual por muitos anos sofreu a influência hegemônica da Igreja Católica, que por possuir historicamente dogmas sólidos relacionados ao casamento, influenciou na formação do nosso ordenamento jurídico, inserindo os seus valores, os quais se consubstanciaram na heteronomia dos preceitos católicos sobreposto com o dos indivíduos.

Embora a sociedade brasileira já tenha evoluído na garantia das liberdades individuais dos seus, há ainda muita discussão quando o tema é formas de se relacionar, reduzindo as discussões a conceitos técnicos e permissões ou vedações legislativas, afastando do indivíduo o direito de traçar e viver o seu plano individual de felicidade, seja no casamento ou na União Estável em suas diversas espécies.

O trabalho em tela visa propiciar aos aplicadores do direito e, em especial, aqueles que pretendem fazer um estudo mais apurado sobre a União Poliafetiva, uma visão geral acerca da aplicabilidade dos Princípios basilares Felicidade e Isonomia, oriundos do pilar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vez que, é através de estudos principiológicos que se obtêm linhas mestras para o entendimento perfeito da legislação e da finalidade do instituto jurídico.

Utilizar-se-á, no trabalho em epígrafe, como base metodológica pesquisas bibliográfica e documental, a partir de estudo dedutivo.

Ao efetuar uma leitura sobre o artigo que ora apresento o leitor terá, não uma perfeita definição do que venha a ser cada Princípio, mas, a contextualização da importância da aplicabilidade dos Princípios no momento da caracterização e inserção da União Poliafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, corroborando assim, a importância da garantia dos direitos fundamentais e liberdades individuais.

2 UNIÃO ESTÁVEL

Esculpido no artigo 226 da Carta Magna o instituto da União Estável recebeu o status de entidade familiar, recebendo regulamentação legal no artigo 1.723 do Código Civil brasileiro, com a seguinte redação: "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".

Na análise acurada de Rodrigo Cunha Pereira[1], "Definir união estável

começa e termina por entender o que é família. A partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico de reprodução para ser o espaço de afeto e amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela".

Em assim sendo, explica ainda o doutrinador que para se configurar a união estável: "os ingredientes são: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole e relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável".

Acrescenta ainda que: "os elementos intrínsecos e extrínsecos de cada caso concreto, são os que nos ajudarão a responder se ali está caracterizada, ou não, a união estável".

Por outro prisma, o professor Álvaro Vilaça Azevedo[2] assim a conceitua:

> Realmente, como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo em linguagem autêntica, que só falta aos companheiros 'o papel passado'. Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam mas vivem juntos, participam da vida um do outro, sem termo marcado para se separarem.

Por outro giro, de forma didática, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[3] dividem os requisitos da união estável em: publicidade, continuidade e estabilidade como elementos caracterizadores essenciais e o tempo, a prole e a coabitação como elementos caracterizadores acidentais.

Em verdade, o reconhecimento, pela nova ordem constitucional, da união estável possibilitou que diversas pessoas que viviam às margens da sociedade, por não contraírem matrimônio nos parâmetros jurídico-religiosos preestabelecidos, pudessem se libertar do estigma de afastamento social.

Com efeito, esclarece Daniela Kristina Vieira[4] que:

> Quanto ao dispositivo constitucional, qualquer que seja a interpretação que se queira dar, traduziu tão-somente a boa intenção do legislador que quis imprimir dignidade às famílias constituídas à margem da lei. O atual texto constitucional trouxe uma grande evolução no direito de família, descaracterizando a união estável como sociedade de fato, para dar-lhe o status de entidade familiar.

Convém destacar que, após a inserção da União Estável na Constituição de 1988 como entidade familiar, o legislador ordinário ao tratar do assunto no Código Civil de 2002 trouxe à tona o termo concubinato, dessa vez para as relações não eventuais, entre homem e mulher, com impedimentos para o casamento.

2.1 O CONCUBINATO

Antes da inserção do conceito de união estável pela Lei Maior, quando se falava de relação amorosa formalizada fora do matrimônio, atribuía-se o nome de concubinato, nomenclatura que até os dias de hoje se confunde com a união estável.

No tocante ao Concubinato, Maria Helena Diniz[5] opta por classificar o instituto em dois, o Concubinato Puro, havido entre homem e mulher desimpedidos para o casamento e, o Concubinato Impuro, que se configura quando um ou ambos concubinos incorrem em algum impedimento previsto na Lei Civil[6].

Neste último, afirma a autora que "há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1.727)[7], visto não poder ser convertido em casamento".

Em suma, todos homens e mulheres que se relacionassem com o desígnio de família, porém, sem celebrar o casamento nos ditames legais, recebiam o "status" de concubino(a).

Ademais, ainda sobre a distinção entre concubinato e união estável esclarece o professor Irineu Antonio Pedrotti[8] que:

> A distinção basicamente reside no seguinte: concubina é a amante, mantida clandestinamente

> pelo homem casado, o qual continua frequentando a família formalmente constituída. Companheira, é a parceira com quem o homem casado entabula uma relação estável, depois de consolidadamente separado de fato da esposa. A definição é a mesma com os pólos sexuais invertidos.

Por certo, essa nomenclatura causava constrangimento às pessoas, notadamente às mulheres, pois, dentro de um contexto social, eram corriqueiramente associadas às expressões pejorativas, refletindo o retrato de uma sociedade altamente carregada de preconceitos, como cita a farta doutrina, pessoas devassas e "da vida".

Posicionando-se com firmeza, o professor Flávio Tartuce[9] sustenta que: "Em suma, em hipótese alguma o aplicador do direito poderá confundir as duas denominações, sob pena de conclusões totalmente equivocadas. Na verdade, aqueles que utilizam os termos concubinato e união estável como expressões sinônimas estão desatualizados desde a Constituição Federal de 1988".

Comunga desse mesmo pensar Maria Berenice Dias[10] afirmando que a: "expressão concubinato carrega consigo um estigma e um preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral".

Este tratamento discriminatório é enraizado historicamente, pois, tem-se a notícia de que desde a Idade Média a igreja combatia fortemente esse tipo de relação concubinatária.

Nesse contexto, como ensina a professora Melissa Furlan[11], foi na Idade Contemporânea que os Tribunais passaram reconhecer esse tipo de União:

> *A partir de então, a jurisprudência francesa passou a tomar decisões que equiparavam o concubinato a uma sociedade de fato. A grande inovação da Idade Contemporânea reside no fato da proteção à concubina apoiar-se no reconhecimento de uma relação comercial entre o homem e a mulher ao lado de um relacionamento afetivo. Nessa época consagrou-se uma nova concepção jurídica para o instituto do concubinato, que passou a ser visto como uma sociedade resultante unicamente da vida em*

comum, não se exigindo prova contratual para tanto.

Conclui-se, portanto, que o que antes se intitulava como Concubinato Puro, agora passa a ser União Estável e, o que antes era Concubinato Impuro passa a ser simplesmente Concubinato.

Fincados nas premissas de que o concubinato não se confunde com união estável e, por conseguinte, não constitui entidade familiar, quanto aos seus efeitos patrimoniais, sem embargos, conclui considerável maioria doutrinária que, em se demonstrando substância fática da relação, possível sua dissolução através do Poder Judiciário, nos termos da Súmula 380[12] do STJ

> Súmula 380 do STJ: 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.

Nesse caso dada a exclusiva natureza obrigacional da relação, a competência para julgamento de eventual dissolução da sociedade de fato deve ser apreciada pela Vara Cível Comum e não mais pela Vara de Família.

Como cediço, malgrado inegável avanço garantido aos optantes pela união fora do casamento, o legislador constituinte originário inseriu no sistema uma norma que já não refletia a realidade social, deixando à margem da Lei das leis outras formas de uniões familiares, as uniões homoafetivas e as uniões poligâmicas.

Por outro prisma, o direito tem por obrigação acompanhar as evoluções sociais, bem como, a contrário sensu, a sociedade deve se comportar dentro dos parâmetros adotados nas Leis. Outrossim, deveria ser papel do ordenamento jurídico estar em consonância com os costumes do povo.

Nesse ponto, o Poder Judiciário tem papel fundamental, funcionando como uma espécie de guardião das promessas constitucionais não cumpridas pelos demais poderes.

Como bem salienta Oscar Valente Cardoso[13]: "Apesar de tentar aparentar o contrário, o Congresso Nacional não cumpre o seu papel institucional (intencionalmente ou não) e transfere ao Judiciário a competência para decidir assuntos polêmicos".

É por meio dos precedentes jurisprudenciais que o Judiciário vem garantindo a aplicação de princípios primordiais ao Estado Democrático de Direito, como o da autonomia da vontade, do livre planejamento familiar e o da felicidade.

Em destaque, convém consignar o brilhante voto[14] do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Min. Carlos Ayres de Britto, que no julgamento conjunto da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, reconheceu a União Homoafetiva como entidade familiar, a qual transcreve-se um trecho:

> VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que

> façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados. (…) Trecho do Voto do Ministro Ayres Britto, p. 27, 28, 04/05/2011).

Após tal reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, a união homoafetiva passou a integrar o rol de entidades familiares, dado o caráter *erga omnes* da decisão prolatada, ou seja, por se tratar de decisão proferida pelo Plenário da Corte máxima transveste-se o julgado de natureza vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Em assim sendo, todos os dispositivos legais e constitucionais inerentes à união estável devem ser interpretados de maneira extensiva a fim de possibilitar o seu enquadramento harmônico às uniões homoafetivas, em conformidade com o referido entendimento cristalizado pelo STF.

Quanto aos dispositivos de natureza processual, no que concerne à competência de juízo para julgar as demandas que envolvem a união estável homoafetiva, em recente julgado (STJ, Resp 964.489-RS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 12.03.2013), o STJ "bateu o martelo" atribuindo tal competência às Varas de Família, tomando como parâmetro a sobredita equiparação reconhecida pelo Supremo.

3 UNIÃO POLIAFETIVA

Parafraseando a destacada passagem de Oscar Valente Cardoso, a sociedade evolui de forma constante e, contudo, lamentavelmente, o Poder Legislativo não acompanha a contento os anseios da sociedade, cabendo ao Poder Judiciário pacificar os conflitos oriundos das próprias lacunas legislativas, e, em algumas vezes, fugindo das suas próprias funções típicas.

Atualmente, acaloradas discussões no Direito de Família giram em torno das uniões múltiplas, nas quais indivíduos resolvem conviver amorosamente em pluralidade, ou seja, nas uniões poliafetivas,

termo que se mostra mais adequado, rompe-se de vez os paradigmas preestabelecidos pelo princípio da monogamia.

Não se pode deixar de perfilhar que esse tipo de relacionamento é reconhecido oficialmente em algumas sociedades mundo afora e, a contrário sensu, em que pese proibido total ou parcialmente, aceito costumeiramente em outras sociedades, dentre elas a brasileira.

Importante consignar que a união poliafetiva em nada se compara às chamadas Uniões Livres, como bem aclara Cristiano Chaves[15]:

> É importante observar que essas uniões livres são desprovidas de efeitos de ordem familiar, não produzindo qualquer consequência no âmbito do Direito das Famílias. Para exemplificar, namorados não possuem vínculo de parentesco por afinidade com os parentes do outro, não podem exigir deveres matrimoniais etc.
> Não se pode olvidar, entretanto, que de uma união livre seja ela afetiva ou não, é possível decorrer a formação de uma sociedade de fato, quando as partes envolvidas adquirem, por esforço comum, patrimônio, impondo, assim, o dever de partilha dos bens adquiridos, a título oneroso.

A esse respeito, Rodrigo da Cunha Pereira[16] defende que:

> Aliás, enquanto houver desejo sobre a face da terra haverá quem queira e quem goste de estabelecer relações furtivas e paralelas. São relações que, muitas vezes, além de furtivas, constituem-se apenas em um contato amoroso sem que daí decorram direitos e deveres e consequências patrimoniais. Aliás, muitos desses relacionamentos, mesmo monogâmicos, duradouros e estáveis, não chegam a se constituir em uma família. São, muitas vezes, apenas um namoro.

Outrossim, tornou-se comum se deparar com casais que optam por aceitar o ingresso de um terceiro indivíduo na relação antes monogâmica, por simples necessidade de satisfação da lascívia, sem que esse terceiro

possua qualquer ligação afetiva com o casal, não se configurando, portanto, a poliafetividade.

Visto isso, conclui-se que não basta a pluralidade de indivíduos em uma relação amorosa para configuração da poliafetividade. Tal como na união estável monogâmica, é indispensável o intuito claro, público e inquestionável de se construir um núcleo familiar.

É crucial estabelecer esse divisor entre uniões livres, tais quais namoros, e relações eventuais e a união poliafetiva, sob pena de causar interpretações equivocadas e preconceituosas.

Sobre isso, é sempre necessário se despir de alguns conceitos pré-concebidos e, inobstante não concordar nem aderir a tal tipo de união, garantir que a personalidade do outro seja preservada e respeitada, cabendo a cada um traçar o seu plano individual de felicidade, independente da forma escolhida.

Não cabe juízo de valor, notadamente, por parte dos operadores de direito, uma vez que sabem, ou deveriam saber, que a Constituição Cidadã[17] em seu artigo 5º protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem e, por óbvio, são cláusulas imutáveis.

Ademais, a opção por monogamia ou poligamia não cria dois mundos diametralmente opostos, porquanto, os indivíduos são, por essência, singulares, e, ainda que se imponha juridicamente uma única forma de união, o amor e desejo humanos sempre irão contrariar a norma posta.

O amor jamais será abalizado, regrado ou imposto, bem verdade que, só aqueles que sentem pulsar dentro de seus peitos o compassado ritmo do amor, escolherão com sabedoria a melhor forma de distribuir o seu afeto.

3.1 PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

Num conceito simplório, constitui monógamo aquele indivíduo que possui apenas uma esposa, invertendo-se os papéis nas variadas ordens, logo, pressupõe que duas pessoas se escolhem reciprocamente para no outro depositar o seu ideal plano de felicidade.

Acerca do tema, Rodrigo da Cunha Pereira[18] ao estabelecer a diferença entre "concubinato adulterino e não adulterino" acredita que: "A importância dessa distinção está em manter a coerência em nosso ordenamento jurídico com o princípio da monogamia. Se assim não o

fizéssemos, estaríamos destituindo um princípio jurídico ordenador da sociedade.

Afirma ainda que: "Todo o Direito de Família está organizado em torno desse princípio, que funciona também como um ponto-chave das conexões morais".

Todavia, tal entendimento não é unânime, para Maria Berenice Dias[19]: "a monogamia não é um princípio, é apenas um norte organizador da sociedade".

A monogamia, como ideal judaico-cristão está profundamente radicada no nosso ordenamento jurídico, tanto é que até no direito penal[20], a *ultima rattio* do controle social jurídico, tipifica como crime o ato de se contrair novo casamento, estando, ainda, casado.

Nesse toar, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro facilita a conversão da união estável para o casamento, em havendo casamento preexistente essa união estável perderá a qualidade de entidade familiar.

A poligamia, ainda assim, sempre figurou na história como costume social de muitos povos, a exemplo dos textos bíblicos que retratam sociedades que existiram há mais de dois mil anos, nas quais, a poligamia era praticada.

Nesse toar, tal qual o Rei Salomão e suas 700 esposas, em escalas drasticamente menores, é comum, nos dias de hoje, vislumbrar casos em que o homem ou a mulher conseguem administrar concomitantemente a vida em duas ou mais famílias, sendo em algumas vezes o responsável pelo prover econômico de ambas.

3.2 CONFLITO DA POLIAFETIVIDADE ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

A união poliafetiva está longe de ser tema pacífico na sociedade brasileira, havendo sempre defensores e opositores veementemente efusivos.

Por essa razão, o Poder Judiciário encara diariamente situações em que a poliafetividade ganha destaque em ações de divórcio, inventário e até ações previdenciárias.

Existem duas formas mais destacáveis de uniões poliafetivas. A primeira delas é a concomitância entre uniões estáveis, popularmente

conhecidas como uniões estáveis paralelas ou plúrimas, como classifica Flávio Tartuce[21].

A segunda é a concomitância entre uma união estável e um casamento, sendo esta última a causadora das maiores discussões, por envolver valores religiosos tradicionalmente aceitos.

3.2.1 UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS

As uniões estáveis paralelas, ou simplesmente poliafetivas, não encontram grandes óbices legais no ordenamento jurídico brasileiro, consistindo no relacionamento amoroso entre mais de dois indivíduos, respeitando-se todos os requisitos caracterizadores da união estável, notadamente, como já ventilado, os requisitos caracterizadores essenciais, a publicidade, a continuidade e a estabilidade.

Todavia, é sabido que a qualquer momento os optantes da união estável podem convertê-la em casamento, o que, em tese, obstaculizaria o reconhecimento concomitante de um segundo relacionamento como união estável, bem como, não podendo convertê-lo em casamento.

No caso em apreço, a união que não fora reconhecida perderia a qualidade de entidade familiar, revestindo-se de natureza obrigacional, como prega maior parte da doutrina e tribunais brasileiros.

Recentemente um caso que ganhou notoriedade na mídia foi a lavratura de escritura pública de união estável entre um homem e duas mulheres, o fato ocorreu na cidade paulista de Tupã.

Na oportunidade a oficiala responsável pela escrituração do ato registral. Claudia do Nascimento Domingues[22] afirmou que pelo fato de os três viverem juntos e não serem casados, a oficialização da união servirá para garantir direitos.

Numa análise técnica, é forçoso reconhecer que não há legislação que proíba essa modalidade de união poliafetiva, e tal reconhecimento vem se solidificando aos poucos na jurisprudência, o que constitui em um passo importante na longa caminhada para a sua positivação.

Quanto a uma eventual dissolução, a competência do juízo seria da Vara de Família, podendo o Magistrado adotar a tese equânime, oriunda do Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul[23], a da Triação de Bens:

> *APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO.*

PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus *em período concomitante a outra união estável também vivida pelo* de cujus. *Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o* de cujus. *Meação que se transmuda em 'triação', pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/08/2005).*

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja "digna" de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo (Apelação Cível Nº 70010787398, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/04/2005).

3.2.2 UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO

No que diz respeito à segunda forma de união poliafetiva, a formada por uma união estável concomitante ao casamento, existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial majoritária que proíbe o seu reconhecimento.

Flávio Tartuce[24] em sua obra destaca o caso apreciado pelo STF, quando do julgamento do Recurso Especial 397.762-8/BA em que um homem vivia em união estável por 37 anos, da qual advieram nove filhos, sem, contudo, deixar de se separar de fato da esposa.

Na ocasião o Ministro Carlos Ayres de Britto, que defendeu o reconhecimento da união, restou vencido pelos demais ministros que seguiram o voto do Relator Marco Aurélio de Melo, conforme abaixo se transcreve trecho do voto vencido e vencedor, respectivamente:

> Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto. Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de 'cônjuge ou companheiro' no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral. 'Companheiro' como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ('união estável'). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de 'filhos concubinários'. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que 'Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação' (§6º do art. 227, negritos à parte). Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém

uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração 'é terra que ninguém nunca pisou'. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censora ou por qualquer modo embaraçante (...). No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o *de cujus*, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, Ministro Marco Aurélio. **(voto vencido - destaquei)**

É certo que o atual Código Civil, versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar o núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa. O que se percebe é que houve envolvimento forte (...) projetado no tempo – 37 anos – dele surgindo prole numerosa – 9 filhos – mas que não

> surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro ter mantido casamento, com quem contraíra núpcias e tivera 11 filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do CC **(voto vencedor - destaquei).**

Com efeito, Flávio Tartuce se posiciona sobre o julgado afirmando que: "Certamente a esposa sabia do relacionamento paralelo, aceitando-o por anos a fio. Sendo assim, deve, do mesmo modo, aceitar a partilha dos direitos com a concubina, que deve ser tratada, no caso em análise, como companheira".

Segundo ele: "Pode até ser invocada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Família, notadamente da máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*)".

De igual forma, parece razoável que, em sendo reconhecida a união paralela ao casamento deve-se adotar a tese da Triação de Bens, em ulterior partilha advinda de separação ou inventário.

Por fim, numa relação paralela de uma união estável com um casamento, analisa-se, sobretudo, a ciência e manifestação de vontade das partes, direta ou indiretamente, para aceitar a situação posta.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações de amor e afeto sempre foram objetos de estudo e alvo dos instrumentos de controle social, notadamente o jurídico e o religioso, contudo, apesar do esforço controlador do direito e da religião, há uma metamorfose desenfreada das formas de relações.

No Direito de Família, em especial, sempre que algo sai do padrão já estabelecido, são travados grandes embates, mormente por estar tal ramo do direito intrinsecamente ligado aos valores morais e religiosos de uma época.

Tal qual o divórcio era mal visto quando chamado de desquite, a união estável quando chamada de concubinato, a união homoafetiva considerada imoral ou, simplesmente, o filho chamado de ilegítimo por ter sido concebido numa relação fora de um casamento, a união poliafetiva ainda é vista sob o olhar preconceituoso de uma sociedade dita monogâmica.

Diante de tantos avanços sociais, qualquer tentativa de impingir no ordenamento jurídico valores destoantes dos praticados deve ser rechaçada, ou, de outra forma, simplesmente, coadunados à atual realidade.

A inércia do Legislativo tem propiciado uma busca desenfreada ao Poder Judiciário, que, como retro mencionado, tornou-se o guardião das promessas constitucionais não cumpridas.

Por essa razão, cabe ao Judiciário garantir o respeito à intimidade, à vida privada e à felicidade a todos aqueles que optarem por viver afetivamente de maneira diversa do previsto na lei.

O plano individual de felicidade de cada um deve começar um palmo depois de concluído os planos dos seus pares. Ao direito cabe acompanhar a sociedade, da mesma maneira que a sociedade vem acompanhando o direito.

___

THE MULT-AFFECTIVE UNION AND THE PRINCIPLE OF HAPPINESS

ABSTRACT: The work study has the aim of providing the general public, especially those investors and legal scholars an overview of the concept of Stable Union and its constitutional recognition as a family unit, having as one of its species to Poliafetiva Union. It aims also to clarify the characterization of bigamy not that kind of relationship, as well as highlight the importance and the consequence of their recognition in the equity sphere of living together, in order to confer equality and ensure them that their individual plan of happiness is respected and realized.

KEYWORDS: Family entity. Poliafetiva Union. Principles of Isonomy and Happiness.

Notas

[1] DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
[2] AZEVEDO, Álvaro Vilaça apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol.5 Direito De Família. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[3] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol.5 Direito De Família. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[4] VIEIRA, Daniela Kristina UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL: A proteção constitucional à família.Disponível em: <http://www.anhanguera.edu.br/home/index.php?option=com_docman&task=doc_download&Itemid=&gid=477>. Acesso em: 2 dez. 2014.
[5] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. Ed.29. São Paulo: Saraiva, 2014.
[6] BRASIL; *Código Civil Brasileiro*. Organizador Luiz Roberto Curia 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[7] BRASIL; *Código Civil Brasileiro*. Organizador Luiz Roberto Curia 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[8] PEDROTTI, Irineu Antônio. *Concubinato* – união estável. Leud. São Paulo. 1994. p.42-43
[9] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil.* Vol.5 Direito De Família. 9. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[10] DIAS, Maria Berenice. Apud FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol6. Direito das Famílias. 5. Ed. JusPodivm. Salvador, 2013.
[11] FURLAN, Melissa. *Evolução da União Estável no Direito Brasileiro*. Disponível em: < https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/702/275> Acesso em 2 dez 2014.
[12] STF. Súmula 380. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 2 dez 2014.
[13] CARDOSO, Oscar Valente. *Visão Jurídica*. Edição 63. Pg. 77, 2011.
[14] STJ. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4277.pdf
[15] FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol6. Direito das Famílias. 5. Ed. JusPodivm. Salvador, 2013
[16] DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
[17] BRASIL; *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF, Senado Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.html >
[18] DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
[19] DIREITO DAS FAMÍLIAS. Entrevista: Maria Berenice Dias, disponível em < http://www.conjur.com.br/2007-dez-16/monogamia_nao_principio_marco_regulador> acesso em 10 dez. 2014.
[20] BRASIL; *Código Penal Brasileiro*. Organizador Luiz Roberto Curia 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[21] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol.5 Direito de Família., op. cit. pag. 301.
[22] Disponível em :< http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=92128> acesso em 17 dez. 2014.
[23] Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/> acesso em 10.12.2014.
[24] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil.* Vol.5 Direito De Família., op. cit. pag. 305.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Vol.5. Direito de Família.* 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. BRASIL;

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, Senado Federal 1988. Organizador Luiz Roberto Curia 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
BRASIL; *Código Civil Brasileiro*. Organizador Luiz Roberto Curia 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
CARDOSO, Oscar Valente. *Visão Jurídica*. 63. ed. p. 77, 2011.
DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direiro de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Entrevista*: Maria Berenice Dias, disponível em < http://www.conjur.com.br/2007-dez-16/monogamia_nao_principio_marco_regulador> acesso em 10 dez. 2014.
FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol 6. Direito das Famílias. 5. ed. JusPodivm. Salvador, 2013.
GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo *apud* TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 5. Direito de Família. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
FURLAN, Melissa. *Evolução da União Estável no Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/702/275> Acesso em 2 dez 2014.
PEDROTTI, Irineu Antônio. *Concubinato* – União estável. Leud. São Paulo. 1994. p. 42-43
TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol. 5. Direito de Família. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. VIEIRA, Daniela Kristina. UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL: A proteção constitucional à família. Disponível em: <http://www.anhanguera.edu.br/home/index.php?option=com_docman&task=doc_download&Itemid=&gid=477>. Acesso em: 2 dez. 2014.
STF. *Súmula 380*. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 2 dez 2014.
STJ. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4277.pdf
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Jurisprudências*. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/> acesso em

10.12.2014.
Universidade de Brasília. *Notícias.* Disponível em :< http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=92128> acesso em 17 dez. 2014.