

## A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

### THE RELATIVIZATION OF THE MONOGAMY PRINCIPLE

#### **Carla Bertoncini**

Doutora em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE), Bauru-SP. Professora adjunta do curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado) e do curso de Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unifi, Ourinhos-SP. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4116-2431>. E-mail: [bertoncinicarla@uol.com.br](mailto:bertoncinicarla@uol.com.br).

#### **Elisângela Padilha**

Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Projuris/Unifio. Graduada em Direito pela Unifio, Ourinhos-SP. Professora de Direito na Unifio, Ourinhos-SP. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0075-449X>. E-mail: [padilha.lm@gmail.com](mailto:padilha.lm@gmail.com).

---

**Resumo:** O desrespeito ao princípio da monogamia constitui um elemento que torna a família ilegítima? A partir dessa problemática, o estudo teve por objetivo demonstrar que o descumprimento ao princípio da monogamia não constitui, por si só, elemento apto a deslegitimar a família, quando presentes as condições de afeto, estabilidade e responsabilidade indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, especialmente dos filhos. Conclui-se que os novos arranjos familiares impõem uma interpretação adequada e coerente do princípio da monogamia, capaz de abarcar exceções que as particularidades do caso concreto possam produzir, sob pena de se cometer injustiças, especialmente, com as mulheres. Trata-se de pesquisa qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Casamento. Família. Fidelidade. Poligamia. Uniões estáveis simultâneas.

**Abstract:** Is disrespect for the principle of monogamy an element that makes the Family illegitimate? Based on this problem, the study aimed to demonstrated that non-compliance with the principle of monogamy does not constitute an element capable of delegitimizing the family, when present the conditions of affection, stability and responsibility essential to the development of the personality of its members, especially children. It is concluded that the new Family arrangements impose an adequate and coherent interpretation of the principle of monogamy, capable of encompassing expectations that the particularities of the specific case may produce, under penalty of Injustice, especially, with women. This is qualitative research, using/with the use the hypothetical-deductive method.

**Keywords:** Wedding. Family. Fidelity. Polygamy. Simultaneous stable joints.

**Sumário:** Introdução – **1** O mito da monogamia – **2** A monogamia no ordenamento jurídico brasileiro – Considerações finais – Referências

## Introdução

Estudar a monogamia é algo complexo e desafiador, pois é preciso um olhar contextualizado e crítico para compreender o tema, porquanto falar de monogamia abrange afeto, dever, liberdade, culpa, desejo, escolhas, vingança, filhos, castigo, patrimônio, respeito, intimidade, valores religiosos, fidelidade, solidão, exclusão, lealdade e, certamente, família. Para compreender o tema, é preciso, sobretudo, despir-se da hipocrisia e de conceitos de ordem exclusivamente moral.

No Brasil, a conjugalidade apresenta peculiaridades, e os valores patriarcais e o conservadorismo social, que têm suas raízes fincadas no período colonial, ainda persistem.

Na sociedade colonial, a documentação inquisitorial sobre as bigamias revela aspectos valiosos acerca das relações concubinárias, amores ilícitos, filhos ilegítimos, ordem familiar, poder e obediência, respeito e sujeição. Enquanto o casamento era valorizado e legitimado, por sua vez, o concubinato era estigmatizado, constituía uma prova do desregramento moral e, portanto, reprovado.

Percebe-se assim que, mesmo diante da publicidade das relações concubinárias naquele período, o casamento não deixou de ser valorizado. Ao contrário, o casamento era o ideal a ser seguido com o objetivo de garantir o respeito e a segurança dos demais segmentos sociais.

Ocorre que recentes pesquisas sobre o desenvolvimento na biologia da evolução não deixam dúvidas de que o desejo por inúmeros parceiros sexuais é *natural*. Diferentemente, não há dúvidas de que a monogamia não é *natural*, ou seja, não tem base biológica, mas sim cultural.

Ora, mas então, como pode o Estado impor certos comportamentos que não são naturais do ser humano, porquanto se assim fossem, não seriam necessárias as sanções, sobretudo do direito penal? Pode aquele que apresenta comportamento diverso ficar excluído da proteção estatal?

Em razão da lacuna teórica, a presente pesquisa parte do seguinte problema: o desrespeito ao princípio da monogamia constitui um elemento que torna a família ilegítima?

Uma resposta afirmativa significa excluir da proteção estatal e expurgar para a marginalidade alguns arranjos familiares simultaneamente integrados por uma mesma pessoa (cônjuge ou companheiro), por exemplo. No caso das famílias simultâneas, simplesmente deixar de conferir efeitos jurídicos a um ou, pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba consentindo o enriquecimento ilícito exatamente do companheiro infiel que ficará com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro.

Sendo assim, este estudo tem por objetivo demonstrar que o descumprimento ao princípio da monogamia não constitui, por si só, elemento apto a deslegitimar a família. Logo, ainda que a família seja constituída à margem do casamento, é uma formação social digna de proteção constitucional, quando presentes as condições de afeto, estabilidade e responsabilidade indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, especialmente dos filhos.

Destaca-se a necessidade de se refletir sobre a vida em comunhão, que vai muito além de laços formais, e contribuir para ressaltar os novos contornos acerca da conjugalidade e das novas modalidades de família. É preciso avançar no debate e, definitivamente, abandonar a ideia de que o ordenamento jurídico protege o vínculo matrimonial. A partir do que se chama de “repersonalização” ou “despatrimonialização” no âmbito da família, o princípio da monogamia não pode ser utilizado como critério da exclusão da proteção estatal no que tange às famílias que se formam simultaneamente.

Contudo, a complexidade do tema revela a importância da interdisciplinaridade, ou seja, é preciso propor reflexões, construir e possibilitar melhor entendimento sobre a monogamia a partir das relevantes contribuições de outras ciências, como a biologia, a psicanálise, a antropologia etc. A proposta da presente pesquisa, portanto, é caminhar nesse sentido, pois tentar compreender o tema enxergando apenas os aspectos e mecanismos da ciência jurídica, certamente, é correr o risco de se cometer injustiças. O direito precisa repensar suas práticas a partir de um diálogo com outras áreas do conhecimento, sob pena de ser muito inflexível e não conseguir resolver/encontrar respostas para seus próprios problemas.

Trata-se de pesquisa qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo.

## **1 O mito da monogamia**

A palavra *monogamia* vem do latim *monogamus*, que significa um só casamento, traduz a ideia de uma relação conjugal composta por apenas duas pessoas, seja homem/mulher, homem/homem ou mulher/mulher.

Para alguns, a base da proibição da monogamia seria de ordem sexual. Em 1917, Freud expõe que a origem da monogamia está associada à virgindade da mulher e à ideia de posse e propriedade. Para ele, poucas particularidades da vida sexual dos povos primitivos são tão estranhas a nossos próprios sentimentos quanto a valorização da virgindade, o estado de intocabilidade da mulher. A exigência de que a moça leve para o casamento com determinado homem qualquer lembrança de relações sexuais com outro nada mais é, realmente, que

a continuação lógica do direito de posse exclusiva da mulher, que constitui a essência da monogamia, a extensão desse monopólio para incluir o passado.<sup>1</sup>

Estudos realizados por biólogos usando tecnologias de DNA, as mesmas utilizadas em processos de reconhecimento de paternidade, demonstram que a monogamia não é praticada de forma absoluta nem mesmo no reino animal, entre algumas espécies consideradas, no passado, como exemplos de fidelidade.

Nessa abordagem biológica, independentemente do que os seres humanos possam ser, antes de qualquer definição, é preciso que estes partam da ideia de que são seres vivos absolutamente biológicos. Consequentemente, existe determinada singularidade de tendências básicas de comportamento que é compartilhada, ou seja, existem padrões comuns entre eles, como anatomia, digestão, respiração, fisiologia, fome, sono etc.

Assim, nesse repertório de características, observa-se que a monogamia, ao contrário do que muitos acreditam, não é *natural*, mas sim *cultural*. Trata-se de uma construção social que não prevalece em todas as culturas. Por exemplo, a tradição ocidental deixa muito clara a intolerância com relação ao adultério, que sempre foi disciplinado pelo Cristianismo. O Sexto Mandamento estabelece que “Não cometerás adultério”. Por sua vez, o Décimo Mandamento dispõe que “Não cobiçarás a mulher do próximo”. O Antigo Testamento era ainda mais rígido com relação aos transgressores, pois determinava que a mulher adúltera e seu amante deveriam ser apedrejados, em Levítico (20:10) e Deuteronômio (22:22). Apenas para mencionar outros exemplos, na Índia, a bigamia é uma prática social aceitável. Por sua vez, na África, região de forte concentração da religião muçulmana, também a poligamia é culturalmente aceita.

A antropologia, por sua vez, demonstra que, entre todos os arranjos conjugais humanos, certamente a monogamia é o mais difícil. Isso porque, embora o ser humano *possa* ser monógamo, há fortes indicativos de que o ser humano não é *naturalmente* monógamo. Portanto, a imposição da monogamia, que sugere exclusividade de acasalamento em um modelo de reprodução que envolve um macho e uma fêmea, significa contrariar os pareceres da própria biologia.

Também Freud, ao se dedicar ao estudo dos tabus, fornece alguns esclarecimentos, nas palavras de David P. Barash e Judith Evelipton:

Sigmund Freud certa vez afirmou que a universalidade do tabu do incesto sugeria que a proibição do incesto não devia ser instintiva, porque, paradoxalmente, se fosse, não precisaríamos da restrição.

<sup>1</sup> FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade – Contribuições à psicologia do amor III. In: FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas*. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v. XI. p. 179.

Nós só precisamos ser proibidos, prossegue o argumento, de fazer o que poderíamos tentar; não existem tabus contra morder as orelhas do outro, por exemplo. As proibições persistentes e explícitas contra o adultério na tradição ocidental (e em outras) confirmam da mesma forma os argumentos biológicos apresentados neste livro; isto é, e que a monogamia estrita não é automática. Ela precisa ser imposta e reforçada. Caso contrário, acontece o adultério.<sup>2</sup>

Na percepção de Engels, a família monogâmica “baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível, e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai”.<sup>3</sup> Portanto, na perspectiva de Engels, a razão fundante do princípio da monogamia era essencialmente econômica, ou seja, mais importante até mesmo do que a honra e a dignidade do casamento era assegurar a transmissão do patrimônio aos descendentes do chefe da família. Se a monogamia não fosse imposta às mulheres, seria impossível estabelecer a paternidade e, conseqüentemente, legitimar os herdeiros.

Nesse sentido, o casamento monogâmico é um casamento de conveniência, pois tal arranjo decorre da necessidade de conservar e transmitir a propriedade privada. O substrato da monogamia não foi, de forma alguma, um fruto do amor sexual individual, como ingenuamente se poderia supor. Trata-se de um modelo familiar fundado não sobre condições naturais, mas sociais, particularmente no triunfo da propriedade individual sobre a comunidade espontânea primitiva.<sup>4</sup> Logo, a monogamia – que sempre foi considerada de forma mais rigorosa somente para a mulher – não foi estabelecida em benefício do amor.

Sendo assim, acreditar na monogamia como uma verdade inquestionável é absurdamente ingênuo e não cabe ao Estado impor certos comportamentos que não são naturais do ser humano. Sobre o tema, o psicoterapeuta Adam Phillips expõe:

O que mantém as pessoas juntas? Por que elas devem continuar juntas? Quase todas as controvérsias correntes hoje em dia em torno

---

<sup>2</sup> BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. *O mito da monogamia*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 272.

<sup>3</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_engels\\_origem\\_propriedade\\_privada\\_estado.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf). Acesso em: 18 jan. 2017.

<sup>4</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 49-50.

dos valores da família são, na verdade, discussões sobre a monogamia. [...] Pode ser confortador, mas na verdade é exigir muito – e beira a crueldade – pretender de uma única outra pessoa que somente ela possa nos dar o que desejamos. E todo mundo sabe que, na maioria das vezes, por muito que possamos amar e desejar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Mas pelo menos em matéria de sexo, partilhar com terceiros é algo que contraria nossas mais enraizadas tendências. A monogamia é de tal modo aceita como uma verdade inquestionável no que se refere à estrutura familiar que nos sentimos pouco à vontade para criticá-la.<sup>5</sup>

No Brasil, a monogamia remonta ao período colonial,<sup>6</sup> ou seja, um período caracterizado pelos valores patriarcais e pelo casamento monogâmico e indissolúvel, época em que o sexo no matrimônio tinha a função precípua de procriação. Por sua vez, protestantes e católicos, com o auxílio dos poderes civis, difundiam antigos preceitos sobre a moral familiar, em um ambiente em que os sonhos, projetos, desejos e sentimentos individuais tinham pouco ou nenhum espaço. Porém, o moralismo e a hipocrisia reinavam. Sobre o tema, Ronaldo Vainfas discorre:

O concubinato era visto, pois, como simples variante da fornicação: ofensa ao sexto mandamento, sendo solteiros os amancebados; ofensa ao nono mandamento e à fidelidade conjugal, em se tratando de adultério. [...] Na perspectiva eclesiástica o concubinato aludia, portanto, a uma relação intermediária entre a simples fornicação e o adultério, antes definida pela durabilidade e publicidade do que pela coabitação – só expressamente referida pelo Concílio no caso de homens casados que mantivessem amantes na própria casa.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> PHILLIPS, Adam. *Monogamia*. Tradução Carlos Sussekind. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

<sup>6</sup> “Queixas dos religiosos, escassez de casamentos, alto índice de bastardos, tudo parece indicar que as relações sexuais ocorriam, predominantemente, na esfera do concubinato. Termo genérico, a encobrir numerosas situações amorosas e sexuais, seria o concubinato a grande prova do desregramento moral da Colônia, do clima de ‘intoxicação sexual’ que Gilberto Freyre atribuiu ao passado brasileiro? Ou, pelo contrário, como sugerem investigações recentes, seria mera união consensual, livre, por vezes não estável quanto o próprio matrimônio, resquício do ‘casamento costumeiro’ que vigia em Portugal antes do Concílio de Trento? A questão que se nos apresenta é, portanto, de natureza dupla: consiste, de um lado, em averiguar até que ponto o matrimônio oficial e o concubinato se opunham, jurídica e socialmente, enquanto *alternativas conjugais* e, de outro, examinar em que medida o ‘casamento na igreja’ se limitava, de fato, ao estreito círculo da elite colonial” (VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 78).

<sup>7</sup> VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 81.

Segundo o autor, especialmente nas relações entre brancos e senhores, e mulheres de cor e escravas, o concubinato não era considerado uma espécie de casamento alternativo ao modelo oficial. Era, sobretudo, uma imposição do escravismo e do preconceito racial. Em várias situações, o concubinato era visto mais como prostituição, alcovitagem e exploração da pobreza, do que com casamentos, mesmo que aos olhos da sociedade colonial, e não do poder.<sup>8</sup>

A partir daí, entende-se que é preciso ter os olhos no passado e admitir que muita coisa melhorou, mas também muita coisa ainda precisa melhorar. Contudo, falar sobre monogamia a partir da forma como a família foi concebida no período colonial já não cabe mais, pois não é possível desprezar o alargamento das relações sociais.

Vários fatores contribuíram para a evolução do tema, pois as últimas décadas foram marcadas por inúmeras evoluções sociais, culturais, tecnológicas, científicas, políticas e econômicas. Também o processo de globalização impulsionou de modo abrangente a transformação da sociedade e a forma de viver do sujeito contemporâneo.

Logo, com tantas transformações nesse intrincado universo de formações sociais, surgiram também novas formas de convívio familiar, constituídas a partir do afeto em suas múltiplas possibilidades de formato.

É nesse contexto, portanto, que a monogamia deve ser compreendida.

Assim, é preciso refletir sobre monogamia partindo do pressuposto de que cabe ao Estado garantir que as pessoas sejam felizes, não prejudicar seus projetos de vida, possibilitar o diálogo entre os “diferentes”, numa sociedade aberta, tolerante e livre de discursos carregados de elementos exclusivamente de ordem moral. Um Estado, enfim, que garanta as múltiplas formas de convivência e concretize direitos humanos em suas distintas dimensões.

O que torna determinado grupo de indivíduos verdadeiramente uma família não é o modelo legal preestabelecido, pois na realização de sua função é que a família é reconhecida como tal. Cabe ao Estado, portanto, proteger não mais a estrutura familiar, mas sim a função que a família desempenha.

## 2 A monogamia no ordenamento jurídico brasileiro

Tradicionalmente, o princípio da monogamia é reconhecido como um princípio estruturante do direito das famílias e deve ser observado quando um casamento

<sup>8</sup> VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 87.

se conforma paralelamente a outro já existente. Logo, a partir da coexistência de dois casamentos, deve ser reconhecido o *concubinato*.

O Código Civil brasileiro, ao tratar dos impedimentos do casamento, dispõe em seu art. 1.521, inc. VI, que não podem casar as pessoas casadas. Por conseguinte, o art. 1.548, inc. II, estabelece que é nulo o casamento contraído por infringência de impedimento.

Por sua vez, o Código Penal, ao tratar dos *crimes contra a família*, estabelece em seu art. 235 o crime de bigamia, ao qual confere a pena de reclusão, de dois a seis anos, para aquele que contrair, sendo casado, novo casamento. Também aquele que, não sendo casado, contrair casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, será punido com pena de reclusão ou detenção, de um a três anos.<sup>9</sup>

Todavia, a partir da conjugalidade contemporânea, alguns estudiosos começaram a repensar os fundamentos jurídicos do princípio da monogamia. Embora o entendimento não seja pacífico na doutrina e jurisprudência, entende-se que não deve existir obstáculo à simultaneidade de uniões estáveis. Quando o art. 1.727 do Código Civil dispõe que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, há duas posturas possíveis. A primeira consiste em reconhecer a sua inconstitucionalidade, pois se o legislador constituinte conferiu proteção à união estável como entidade familiar independente do casamento, certamente o legislador ordinário não poderia ter tratado na sua disciplina dos impedimentos matrimoniais. Além disso, se não existe a necessidade de chancela estatal para a constituição de união estável, não pode o Estado, posteriormente, negar proteção jurídica a quem, estabelecendo convivência pública, contínua e duradoura, esbarre em impedimento típico ao matrimônio, entidade familiar diversa.<sup>10</sup>

A este respeito, Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta:

boa parte dos impedimentos matrimoniais não tem as pessoas, mas o patrimônio dos cônjuges, como valor adotado. [...] Esses tipos de impedimentos não devem persistir nas atuais relações de família, centrada no princípio da liberdade estabelecido na nova Constituição

<sup>9</sup> “O núcleo do tipo é um só: contrair, isto é, levar a efeito, realizar, efetuar. É *pressuposto* (ou elementar) deste crime a existência formal e a vigência de anterior casamento. Do contrário, a conduta será atípica. Concubinato não serve de pressuposto. Se for *anulado* o primeiro matrimônio, por qualquer razão, ou posterior, por motivo da bigamia, considera-se *inexistente* o crime (§2º do art. 235 do CP)” (DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 627).

<sup>10</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 898-902.



e nas forças vivas da instituição social. [...] não deve a proteção do patrimônio suplantar a proteção das pessoas.<sup>11</sup>

Sendo assim, ter a pretensão de elevar a monogamia a *status* de princípio constitucional permite que se chegue a resultados desastrosos. No caso de famílias simultâneas, simplesmente deixar de conferir efeitos jurídicos a um ou, pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba consentindo o enriquecimento ilícito exatamente do companheiro infiel que ficará com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução, certamente, afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade da pessoa humana, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à ética.<sup>12</sup>

Ronaldo Vainfas, em sua obra *Trópicos dos pecados: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil*, menciona:

Entre todos os crimes morais afetos à Inquisição, a bigamia foi certamente o mais perseguido, chegando a superar uma centena o número de réus coloniais processados por se casarem duas ou mais vezes na Igreja sendo vivo o primeiro cônjuge. Nesse caso, vimos que a matéria sobre a qual se debruçavam os inquisidores era o rito de casamento, a cerimônia tridentina que selava não só a união conjugal, mas o uso de um sacramento, símbolo da união espiritual entre Cristo e a Igreja. Era, portanto, a dimensão religiosa do matrimônio, identificada a um dos mistérios do cristianismo na versão católica, que o Santo Ofício julgada ofendida pelos que desprezavam a indissolubilidade inerente às núpcias. [...] Casar-se mais de uma vez na forma tridentina estando unido a outrem, eis o que tornava o bigamo um herege convicto, independentemente das circunstâncias que o tinham levado aos casamentos.<sup>13</sup>

No entanto, questão mais complexa diz respeito à possibilidade de coexistência entre a união estável e o casamento. A doutrina tradicional e a jurisprudência são unânimes em afastar a ideia, rejeitando qualquer efeito de ordem familiar ao chamado *concubinato*. Para Anderson Schreiber, “[...] não há razão alguma para

<sup>11</sup> LÔBO NETTO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 65-66.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 60.

<sup>13</sup> VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 256-257.

que a união estável com pessoa casada não produza efeitos em favor do companheiro de boa-fé”.<sup>14</sup> Porém, nota-se que o tema ainda carece de muitas reflexões. Por ora, o presente estudo dedica-se à relativização do princípio da monogamia tão somente diante da simultaneidade de uniões estáveis.

Por sua vez, Marcos Alves da Silva, em trabalho fruto do doutorado sobre o tema, apresenta seus questionamentos:

O princípio da monogamia deve e pode continuar sendo utilizado como critério de exclusão da tutela jurídica de entidades familiares que se formam simultaneamente? Em face do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal e de seus reflexos e desdobramentos no âmbito da família (repersonalização, despatrimonialização), há ainda lugar para se falar em concubinato e, portanto, na manutenção da monogamia como princípio estruturante do sistema jurídico pátrio? É possível admitir que se negue existência jurídica à união estável que de fato existe para manter a tutela a determinada conjugalidade que não mais expressa comunhão plena de vida, mas que apenas formalmente subsiste? A existência concomitante de duas uniões estáveis implicará a caracterização de uma delas como concubinato, embora não presentes os elementos configuradores deste, consignados no art. 1.527 do CC/2002?<sup>15</sup>

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito, voto vencido em julgamento sobre o tema:

Qual é o sentido do parafraseado “união estável”, ali no peregrino texto da Lei Republicana? Convivência duradoura do homem e da mulher, expressiva de uma identidade de propósitos afetivo-ético-espirituais que resiste às intempéries do humor e da vida? Um perdurável tempo de vida em comum, então, a comparecer como *elemento objetivo do tipo*, bastando, por si mesmo, para deflagrar a incidência do comando constitucional? Esse tempo ou alongado período de coalescência que amalgama caracteres e comprova a firmeza dos originários laços de personalíssima atração do casal? Tempo que cimenta ou consolida a mais delicada e difícil relação de alteridade por parte de quem se dispôs ao sempre arriscado, sempre corajoso

---

<sup>14</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 898; 903.

<sup>15</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 26.

projeto de uma busca de felicidade amorosa (coragem, em francês, é *courage*, termo que se compõe do substantivo *coeur* e do sufixo *age*, para significar, exatamente, “o agir do coração”)? Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de felicidade-a-dois sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento de papel passado? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementadora dos sexos e viabilizadora do amor, o mais das vezes se faz acompanhar de toda uma prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comunhão? Quando não a formação de um patrimônio igualmente comum, por menor ou por maior que ele seja? Comunidade, enfim, que, por modo quase invariável, se consolida por obra e graça de um investimento físico-sentimental tão sem fronteiras, tão sem limites que a eventual perda do parceiro sobrevém como vital desfalque econômico e a mais pesada carga de viuvez? Pra não dizer a mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro? Um sentimento de perda que não guarda a menor proporcionalidade com o modo formal, ou não, de constituição do vínculo familiar? Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. [...] 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 feito, 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 um contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o ordenamento jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante.<sup>16</sup>

Sendo assim, a família, ainda que à margem do casamento, deve ser uma formação social digna de proteção constitucional, quando presentes as condições de afeto, estabilidade e responsabilidade indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, especialmente dos filhos. A função dessas formações sociais é extremamente relevante, pois a tutela constitucional não é mais dirigida à família transpessoal como valor em si, mas à realização de interesses afetivos e existenciais das pessoas que compõem cada núcleo familiar. Nesse sentido, Marcos Alves da Silva:

Evidencia-se que não há como tutelar mais apenas aquela família unitária, unívoca, insofismável, cuja existência, validade e efeitos estavam pré-dispostos nos códigos civis. Ainda que as famílias contemporâneas sejam dotadas de maior fluidez e plasticidade, ainda que sejam cambiantes por excelência, ainda que não correspondam a *fattispecie* por excelência – o casamento monogâmico – elas reclamam reconhecimento jurídico.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes:

O que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela forma, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de companheirismo e convivência afetiva entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexo diferentes.<sup>18</sup>

Logo, não é admissível ao Estado, com amparo no princípio da monogamia, negar proteção às famílias constituídas a partir de uniões estáveis simultâneas,

---

<sup>16</sup> STF, 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 397.762/BA. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.6.2008.

<sup>17</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 198.

<sup>18</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 223.

sem ferir frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Não é condizente com a dignidade do sujeito que um relacionamento de caráter incontestavelmente afetivo seja rebaixado à dimensão meramente patrimonial.

Também se discorda da criminalização, pois o direito penal deve atuar apenas quando os demais ramos do direito se revelarem impossibilitados de oferecer a proteção devida a bens relevantes da vida do sujeito e da própria sociedade. Não se trata de uma crítica à orientação monogâmica, mas à pretensão de conferir ao Estado o poder de considerar ilícitos os modos de convivência que decorrem de escolhas coexistenciais livres. Não se pretende negar a existência de modelos familiares centrados na monogamia, mas igualmente não se pode eleger o padrão monogâmico como o único merecedor da tutela estatal, estando os demais modelos deixados para o campo da ilicitude.

David P. Barash e Judith Eve Lipton, em sua obra *O mito da monogamia: fidelidade e infidelidade entre pessoas e animais*, assinalam:

Os conservadores sociais preferem assinalar o que vêem como uma ameaça crescente aos “valores familiares”. Mas eles não têm a mais vaga ideia de como essa ameaça é realmente grande ou de onde ela vem. A família monóloga está definitivamente sitiada, e não pelo governo nem pelo declínio da fibra moral, e certamente não por uma ampla campanha homossexual... mas pelos ditames da própria biologia. Os infantes têm a sua infância. E os adultos? O adultério.<sup>19</sup>

Assim, não se está a alegar que o princípio da monogamia está em crise e que a sociedade brasileira ou o mundo ocidental apresenta inclinações poligâmicas, com conseqüente ameaça aos “valores familiares”. Contudo, os novos arranjos familiares impõem uma interpretação adequada e coerente deste princípio, capaz de abarcar exceções que as particularidades do caso concreto possam produzir.

A conjugalidade, no Brasil, tem suas peculiaridades. Sem necessariamente apontar rupturas no sistema, entende-se que o princípio da monogamia como norma estatal, na atualidade, não desempenha o papel de alicerce do estatuto jurídico da família. Se a monogamia ainda perdura como norma, que seja resultado tão somente do exercício da liberdade das pessoas, e não de imposição estatal.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. *O mito da monogamia: fidelidade e infidelidade entre pessoas e animais*. Tradução de Rytá Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 13.

<sup>20</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 339.

Ocorre que, ao negar provimento ao Recurso Extraordinário nº 1.045.273<sup>21</sup> com repercussão geral reconhecida, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal considerou ilegítima a existência de uniões estáveis paralelas, inclusive para efeitos previdenciários.<sup>22</sup>

Firmou-se corrente liderada pelo relator, Ministro Alexandre de Moraes, para quem o reconhecimento do rateio da pensão caracterizaria a existência de bigamia, o que é proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro. A seguir, tese de repercussão geral fixada:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (STF, 2020)

Acompanharam o relator os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Nunes Marques e Luiz Fux.

Com entendimento divergente, para o Ministro Edson Fachin, o caso não se trata de direito civil ou de família, mas sim de direito previdenciário. Segundo ele, a Lei nº 8.213/1991<sup>23</sup> reconhece o cônjuge, o companheiro e a companheira como beneficiários, eis que se enquadram como dependentes do segurado, o que possibilitaria a divisão da pensão, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva. Segundo o Ministro Fachin, se não foi demonstrado que os companheiros concomitantes do segurado estavam de má-fé, ou seja, desconheciam a concomitância das relações, deve ser reconhecida a eles a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes. Com o mesmo entendimento, os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio (STF, 2020).

<sup>21</sup> “O recurso tramita em segredo de justiça, para preservação das partes. O caso envolve, de um lado, o companheiro de um homem falecido, com o qual manteve relação por 12 anos reconhecida judicialmente em primeira instância. Do outro lado, está a mulher que tinha com o falecido uma união estável reconhecida pela Justiça em definitivo, na qual tiveram um filho. Conforme observado no julgamento, os autos não permitem assegurar qual das relações é mais antiga, mas apenas que a mulher foi a primeira a acionar a Justiça para obter o reconhecimento da união estável e o consequente recebimento da pensão por morte. O recurso foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJ-SE), que não reconheceu a existência de uniões estáveis concomitantes para efeito de pagamento de pensão previdenciária por morte, sem qualquer alusão à orientação sexual do segurado falecido” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424625&caixaBusca=N>. Acesso em: 20 fev. 2021).

<sup>22</sup> O caso envolvia a divisão da pensão por morte de um homem que tinha união estável reconhecida judicialmente com uma mulher, com a qual tinha um filho, e, ao mesmo tempo, manteve uma relação homoafetiva durante 12 anos.

<sup>23</sup> Regime Geral da Previdência.

Entende-se, todavia, que ao caso cabe analogia com bigamia. A decisão, que foi pautada por questões culturais,<sup>24</sup> afeta de modo negativo inúmeras pessoas vulneráveis financeiramente, especialmente, as mulheres.

Importante destacar, ainda, que ao Instituto Nacional de Previdência Social (INSS) não haveria prejuízos, eis que a pensão seria dividida, e não paga em dobro.<sup>25</sup>

Todavia, infelizmente, essa tese firmada pelo STF ainda persistirá por bastante tempo, dada a sua composição.

## Considerações finais

O desrespeito ao princípio da monogamia constitui um elemento que torna a família ilegítima? Partindo dessa problemática, o presente estudo demonstrou que o mero descumprimento ao princípio da monogamia, por si só, não descaracteriza a família. Tratando-se de uniões estáveis simultâneas, se presentes as condições de afeto, estabilidade e responsabilidade, está-se diante de verdadeira formação social digna de proteção constitucional.

Também é preciso descriminalizar a bigamia, eis que o direito penal deve atuar somente quando os demais ramos do direito se revelarem impossibilitados de oferecer a proteção devida a bens relevantes da vida do sujeito e da própria sociedade.

Não, o princípio da monogamia não está em crise. No entanto, os novos arranjos familiares impõem uma interpretação adequada, coerente, relativizada desse princípio, capaz de abarcar exceções que as particularidades do caso concreto possam produzir. Não se está a negar a existência de modelos familiares centrados na monogamia, mas também não se pode escolher o padrão monogâmico como o único merecedor da tutela estatal, estando os demais modelos deixados para o campo da ilicitude.

Não é possível excluir da proteção estatal e expurgar para a marginalidade alguns arranjos familiares simultaneamente integrados por uma mesma pessoa.

---

<sup>24</sup> Importante ressaltar o uso de termos inadequados em notícias sobre o caso, que tratava do reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Todavia, vários veículos de comunicação divulgaram termos como “amante” e “direito da amante”, o que é incabível. O termo “concubinato” também está em desuso e contém alta carga de preconceito social, com o objetivo de depreciar as mulheres.

<sup>25</sup> “Representando o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), o advogado Anderson Tomasi Ribeiro defendeu que não haverá prejuízos ao Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), pois, a pensão será dividida, e não paga em dobro. Pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), a advogada Regina Beatriz Tavares da Silva posicionou-se contra o recurso e contra a divisão, pois a monogamia é requisito indispensável e estruturante da união estável” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424625&caixaBusca=N>. Acesso em: 20 fev. 2021).

Deixar de conferir efeitos jurídicos às famílias simultâneas, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba “premiando” o cônjuge ou companheiro infiel que não terá qualquer responsabilidade para com o outro.

Entende-se, por fim, que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.045.273, não está em harmonia com a Constituição Federal, sobretudo, no que tange à dignidade da pessoa humana.

## Referências

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. *O mito da monogamia: fidelidade e infidelidade entre pessoas e animais*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

DIAS, Rodrigo Bernardes. *Estado, sexo e direito: reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2015.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_engels\\_origem\\_propriedade\\_privada\\_estado.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf). Acesso em: 18 jan. 2017.

FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade – Contribuições à psicologia do amor III. In: FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas*. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v. XI.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PHILLIPS, Adam. *Monogamia*. Tradução de Carlos Sussekind. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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



VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BERTONCINI, Carla; PADILHA, Elisângela. A relativização do princípio da monogamia. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 1, p. 89-105, jan./mar. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.01.004.

---

Recebido em: 21.02.2021

Aprovado em: 30.04.2021