

# FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

*Autarquia Municipal de Ensino Superior*

[www.direitofranca.br](http://www.direitofranca.br)

## Revista Eletrônica

### **Implicações jurídicas da poligamia tolerada nas famílias recompostas: contexto social brasileiro**

*Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga*

[draamaliaalvarenga@yahoo.com.br](mailto:draamaliaalvarenga@yahoo.com.br)

Mestre e doutora em direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Assistente-doutora de Direito Civil e História do Direito na UNESP. Coordenadora do Conselho de Curso de Direito da UNESP. Vice-chefe do Departamento de Direito Privado da UNESP.

*Vinícius Parolin Wohnrath*

Bacharel em direito pela UNESP. Mestrando no FOCUS/UNICAMP com período no mestrado da Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Fomento binacional CAPES/SPU). Bolsista FAPESP (IC: 2006-2008 e 2009; MS-1: 2011).

**Resumo:** Latente no contexto societário brasileiro, a questão das famílias recompostas escapa, muitas das vezes, dos olhos dos juristas menos atentos. O direito não cria as famílias. Nesse sentido – num viés dialógico – inicia-se nossa busca de observação social das mutações e associações afetivas interpessoais voluntárias. A monogamia é a regra, entretanto, a poligamia existe – é factual – e o direito não pode cegar a essa realidade.

**Palavras-chave:** *famílias reconstituídas; famílias recompostas; sociologia da família.*

#### **Legal Implications of polygamy tolerated in recomposed families: the Brazilian social context**

**Abstract:** Latent in the Brazilian social<sup>1</sup> context, the issue of recomposed families often escape from the eyes of less attentive legal experts. Law does not create families. In this sense – in a dialogue bias – it is initiated a search of social observation of these changes and interpersonal affective volunteer associations. Although monogamy is the rule, polygamy still exists – it is a fact – and the law cannot be blind to this reality.

**Keywords:** restored families, family law, sociology of family

---

<sup>1</sup> Na versão em Português está escrito “societário”. Como o texto trata de direito de família, usei no inglês “social” – favor confirmar com a autora do artigo, acredito que houve erro quanto ao uso da palavra “societário”.

## **1 Introdução**

Embora por muitos séculos a regra aceita juridicamente para a concessão de direitos aos que facultam *constituir família* fosse a decorrente do enlace matrimonial civil (pós-24 jan. 1890), o transborde constitucional proporcionado pela Carta de 5 de out. 1988 acatou *novas formas de família*. A monoparentalidade (*unilinearidade*) e a união estável – além do casamento –, agora pertencem ao mundo jurídico. Conforme afirmado, o direito não cria as famílias<sup>2</sup>; os mecanismos jurídicos do Estado apenas conferem *legitimidade oficial* às relações sociais. Em nossa sociedade, torna-se inviável uma denominação de família tal como a dos autores clássicos<sup>3</sup>; impossível determinar: *a família é isso*, ou, *a família é aquilo*.

A família reconstituída pertence a esse mundo factual que ainda engatinha no cenário jurídico. Enlaces e desenlaces afetivos instantâneos, mães convivendo com filhos de diferentes genitores, fazem parte do cenário social brasileiro.

Como num sistema movendo-se através do tempo a família tomou novos rumos. No presente, a tradicional estrutura doméstica está rapidamente se tornando uma relíquia do passado. Segundo discute Malheiros, evidencia-se hoje uma acentuada diminuição de casamentos, em contrapartida a um significativo aumento de uniões não-oficiais e separações, assim como mudanças nas formas de constituição da família<sup>4</sup>.

Igualmente, a poligamia existe e o direito – embora não aceitando-a em nosso atual *estágio* – deve ficar atento as suas implicações. Isso porque a família, enquanto núcleo

---

<sup>2</sup> O direito oferece a “definição dominante” de família, a legítima. Cf. BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*. Sobre a teoria da ação. Trad. Mariza Corrêa. 10. ed. Campinas: Papyrus, 2010. p. 124.

<sup>3</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p. 15-18; ALMADA, Ney de Mello. *Manual de família*. São Paulo: Hemeron Editora, 1978. p. 13-15; “O casamento, fundamento legítimo da família” – PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Atul. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003. p. 35.

<sup>4</sup> MALHEIROS, Fernando. Os laços conjugais e os novos rumos da família. In CALLIGARIS, Contardo (et. al.). *O laço conjugal*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. p. 38. apud ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 70.

essencial de promoção do indivíduo e sociedade inicial e imediata dos filhos, não deverá ser delegada somente à formação desejada pelo Estado. Os indivíduos, independentemente de qualquer norma, se agrupam conforme seus interesses.

A poligamia torna-se o interesse imediato de nosso estudo; a regra é a união monogâmica, mas as relações constatáveis socialmente entre múltiplos sujeitos em torno de um ente comum, mais cedo – ou mais tarde – desafiarão nossos Tribunais.

## **2 Famílias recompostas (reconstituídas)**

Em termos positivos, a lei do divórcio de 26 dez. 1977 (Lei nº 6.615) permitiu que os casamentos fossem *desfeitos* juridicamente. Possibilitou-se, dessa maneira, a contração de novas núpcias e de reconstrução oficial das relações afetivas com novos parceiros. A família não envolve tão somente valores afetivos, carrega conjuntamente forte carga de valor moral e mesmo econômico; assim sendo, os rearranjos e a família colcha de retalhos, antes marginalizada passou a ser objeto de interesse jurídico.

Está em moda agora falar de famílias recompostas, na doutrina francesa (...). Informam Cecília P. Grosman e Irene Martinez Alcorta que, na Argentina, chamam-se *familias ensambladas*<sup>5</sup>. Na Inglaterra usa-se o termo *remarriage*. Nos Estados Unidos da América, fala-se também *blended families* (famílias mistas)<sup>6</sup>.

Da mesma maneira, o tema da poligamia ainda é restrito – como quase que proibido ou mesmo inexistente no cenário social – e de presença provável na constituição das *novas* famílias (conforme detalharemos abaixo). Assim, nossa análise adotará o mesmo posicionamento proposto por Maria Consuelo Passos, que indica:

Trata-se, sobretudo, de olhar a realidade e buscar compreender estes impasses, criando recursos que contribuam não só para a eliminação de preconceitos relativos a algumas formas de convivência familiar,

---

<sup>5</sup> Para maiores esclarecimentos referentes à situação das famílias recompostas na Argentina, cf.: DAMENO, Maria Silvia. *familias ensambladas*. Disponível em: <http://www.agba.org.ar/articulo08.htm/>. Acesso em 15 maio 2009, às 16 h 10 min.

<sup>6</sup> GROSMAN, Cecília P.; ALCORTA, Irene Martinez. *Les secondes familles* (família ensamblada). p. 55-63. apud GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 157.

# FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

## Revista Eletrônica

como também direcionando recursos para a compreensão dos conflitos vividos no grupo familiar<sup>7</sup>.

A constituição familiar hodierna não é mais exclusivamente aquela nuclear<sup>8</sup>; a família extensa (estendida) – incluindo as redes de ajuda mútua, tal como a necessidade dos indivíduos em se agruparem conforme seus interesses afetivos e, muitas vezes econômicos, obriga o direito a romper com antigos dogmas e recobrir com oficialidade estatal tendências sociais<sup>9</sup>. “A família não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas, e as mudanças atingem de modo diverso cada uma dessas relações e cada uma das partes da relação<sup>10</sup>”.

Buscando um sentido para a família do séc. XXI, bem elucidada João Baptista Villela.

Se se quiser brincar um pouco com as palavras, sem trair a verdade, pode-se dizer que a família é atualmente uma instituição *procreativa* do que uma instituição *recreativa*. O modelo que prevalece na cultura atual é o da concepção que a socióloga Andrée Michel chamou, com toda propriedade, de *eudemonista*. Ou seja, cada um busca na família sua própria realização, seu próprio bem-estar<sup>11</sup>.

Igualmente, poderemos considerar como *reconstituída* ou *recomposta* a família poligâmica – em específico a do nosso estudo: aquela em que, ainda mantendo a oficialidade do casamento, na realidade palpável os seres já não mais convivem juntos, como *marido e mulher*, e, nesse átimo, constituem novos relacionamentos com pessoas diversas à antiga relação<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> PASSOS, Maria Consuelo. A família não é mais aquela: alguns indicadores para pensar suas transformações. In FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (org.). *Família e casal: arranjos e demandas contemporâneas*. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003. p. 13.

<sup>8</sup> Cf. a discussão referente à família nuclear e as políticas de controle populacional. MONTERO, Raquel Gil. Métodos, modelos y sistemas familiares o historias de la familia? In ROBICHAUX, David (org.). *Familia y diversidad en américa latina: estudios de caso*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2007.

<sup>9</sup> Cf. LENOIR, Remi. La genealogia de la moral familiar. *Política y sociedad*, 2005, v. 42, n. 3.

<sup>10</sup> SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 39.

<sup>11</sup> VILLELA, João Baptista. Família hoje. In BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 72.

<sup>12</sup> “Quaisquer que sejam os modelos de relação entre o ‘privado’ e o ‘público’, e quaisquer que sejam os tipos de política ou de mobilização jurídica daí decorrentes, a relação entre o direito e os costumes é neste caso, sempre, uma relação forte, fundada sobre princípios diretores” – COMMAILLE, Jacques. Direito e costumes ou o surgimento de um modelo de ilegitimidade recíproca. In BARRETO, op. cit., p. 2.

Nem sempre as pessoas procuram os meios de dissolução da sociedade conjugal. Mesmo sem a vida em comum, sem o compartilhamento dos deveres e sonhos inerentes ao status de casado, sem a convivência sobre o mesmo teto, certos indivíduos não rompem os laços jurídicos que os unem. Igualmente, tornam-se – por mútuo acordo social – livres para constituírem novas famílias, para reconstituírem as suas vidas<sup>13</sup>. Quanto a essa espécie de poligamia – presente nessa exemplificação –, denominaremos *tolerável*.

### **3 Poligamia**

A poligamia<sup>14</sup> é presente no imaginário social, é uma realidade que existe e que não pode ser ignorada pelo direito – embora a regra seja a relação interpessoal monogâmica nas sociedades cristãs ocidentais. Nosso interesse será o caso brasileiro; dessa forma, excluiremos sociedades e culturas que admitem oficialmente a poligamia.

O lócus da família urbana não é tão dinâmico quanto o da rural. Dessa forma, ressaltaremos o interesse econômico envolvido nas transfigurações e mutações familiares contemporâneas sob um interesse bifacial (família urbana/rural). Conta-nos Alfredo Abinagem que:

*A matrifocalidade e poliginia sucessiva, com a mobilidade contínua dos homens é a realidade de muitas famílias pobres brasileiras, principalmente no Nordeste: grupos familiares centrados no papel da mãe, que coabita com filhos de pais diferentes e quase sempre ausentes, sucessivos companheiros da mulher, que migraram para outras regiões à procura de trabalho<sup>15</sup>.*

---

<sup>13</sup> “Após a ruptura dos casais, muitos refazem seus lares e, já tendo filhos, acabam juntando os seus aos do companheiro ou cônjuge do segundo casamento. Muitas vezes ambos têm filhos e acabam tendo mais tarde, donde o surgimento dos irmão germanos e dos unilateais” – GLANZ, op. cit., p. 157-158.

<sup>14</sup> “Poligamia – Direito Penal e Direito Comparado. Casamento de um homem com várias mulheres sucessiva ou concomitantemente” – DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3 (J-P). p. 629. Preferimos o termo *poligamia* ou *poliandria*, justamente pelo caráter genérico que o primeiro oferece. Cf. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p. 409.

<sup>15</sup> ABINAGEM, Alfredo. *A família no direito agrário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 28.

# FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

*Autarquia Municipal de Ensino Superior*

www.direitofranca.br

## Revista Eletrônica

Assim, tornamos o estudo referente ao tema – um tanto esparso e de abstrato – realmente presente em nosso convívio – não é objeto de *mera* divagação teórica acadêmica, mas uma necessidade que a prática social cobrará de nossos Tribunais<sup>16</sup>.

A poligamia (poliginia) não é fenômeno recente nessas terras brasileiras. Tanto as sociedades pré-contato europeu, quanto os próprios colonizadores que aqui inicialmente se estabeleceram, estabeleceram laços conforme seus interesses – os mais variados possíveis – particulares<sup>17</sup>.

Darcy Ribeiro exemplifica o sistema de parentesco indígena enquanto matriz da formação da estrutura familiar brasileira denominando *cunhadismo* a comum prática de adentrar uma família via união consentida com a finalidade de se estabelecer laços sociais, econômicos, militares e políticos – essa inclusão possuía natureza exogâmica. Dessa feita “como cada europeu posto na costa podia fazer muitíssimos desses casamentos, a instituição funcionava como uma forma vasta e eficaz de recrutamento de mão-de-obra para os trabalhos pesados (...). Mais tarde serviu também para fazer prisioneiros de guerra (...)”<sup>18</sup>. No mesmo sentido, deparamo-nos com Gilberto Freyre:

Quanto à monogamia, nunca foi regra geral nas áreas de cultura americana invadidas pelos portugueses, a poligamia tendo existido e existindo ainda entre tribos que se conservam inatas da influência moral européia. E “não só os chefes, como todos os fortes – os que podem manter família grande – casam-se com muitas mulheres”<sup>19</sup>.

Note que quando ressaltamos esses apontamentos referentes à poligamia, não ensejamos desconsiderar a bigamia – prevista primariamente em nosso ordenamento jurídico

---

<sup>16</sup> Coloca-nos Nizza da Silva que o fenômeno descrito não é recente. Referindo-se as mulheres abandonadas em decorrência da ausência dos maridos na Capitania de São Paulo nos séculos XVI, XVII e início do XVIII, indica a referida autora: “A outra consequência foi, sem dúvida, uma vida sexual mais espaçada e a diminuição considerável no número de filhos, quando não uma vida sexual extraconjugal” – SILVA, Maria Beatriz Nizza. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: T. A. Queiroz Editor; Ed. da Universidade de São Paulo, 1984. p. 190. Visões sobre o desenvolvimento da família no Brasil e suas relações com os direitos infanto-juvenis podem ser encontradas em DEL PRIORI, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010. Igualmente em CAMPOS, Alzira Lobo de Arruda. *Casamento e família em São Paulo colonial: caminhos e descaminhos*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

<sup>17</sup> Cf. FERNANDES, João Azevedo. *Uma abordagem interétnica do casamento e da poliginia no Brasil colonial*. Disponível em: <http://www.antropologia.com.br/arti/colab/a6-jfernandes.pdf/>. Acesso em 15 maio 2009, às 16 h 45 min.

<sup>18</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 82.

<sup>19</sup> KROCH-GRUNBERG, Theodor. *Zwei jahre unter den indianern*. apud FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 46. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 170.

pelas Ordenações Filipinas (*Livro V, Título XIX – Do homem, que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dois maridos*)<sup>20</sup> e presente em nosso Código Penal (Decreto-Lei n.º. 2.848, de 7 dez 1940 – art. 235). O que propomos é o estudo derivado de determinadas relações de fato, em que, principalmente devido ao trânsito populacional e a necessidade de se auferir rendimentos para o sustento da família, os indivíduos acabam constituindo novo(s) laços afetivos com o *animus familiae* – isso sem romper com os pretéritos pactos.

### 3.1 Poligamia tolerada

Denominaremos poligamia tolerada a situação descrita no parágrafo anterior, isso porque, embora não carecendo de respaldo jurídico, acaba aceita no imaginário social. Quando falamos em poligamia, pedimos interpretação extensiva do signo *poligamia* (*polis+gamia*), isto porque não nos referimos a múltiplos casamentos simultâneos, mas tão somente, a diversos relacionamentos afetivos factuais. Dessa feita, difere-se o que consideramos *poligamia* tolerada do que o Código Penal classifica como crime de bigamia. Acionar mais de um relacionamento afetivo, neste contexto, não é um *crime contra a família*, mas tão somente um rearranjo interpessoal característico das estruturas familiares denominadas “colcha de retalhos”.

No pensamento sobre múltiplos casamentos desenvolvido por Carmona, temos a *bigamia tolerada* – que se assemelha à *poligamia tolerada* da qual tratamos (respeitando o sufixo *bi* e *poli*).

Desde el punto de vista histórico, en el desenvolvimiento de la Idea de *bigamia* se encuentran diversas etapas, que ni son comunes a todos los pueblos, ni constituyen lapsos de tiempo exactamente cronometrados, por coexistir formas o costumbres intermedias, pero que em líneas generales pueden señalarse de esta manera: (...) bigamia tolerada (transición a la monogamia)<sup>21</sup>.

Nesse estágio pré-núpcias se tolera a construção de *novos relacionamentos*. O fato se agrava quando tomamos como ponto de análise as preposições das ciências sociais que

<sup>20</sup> Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1170.htm>. Acesso em 17 maio 2009, às 00 h 23 min.

<sup>21</sup> CARMONA, Miquel E. de. *La bigamia: en la doctrina, en la historia, en el derecho natural, civil, penal y procesal* (ensayo de sociología y derecho comparado). Barcelona: Dux Ediciones y Publicaciones, [s/d]. p. 20-21.

indicam o uso pouco freqüente da dissolução da sociedade conjugal entre as camadas economicamente pobres da população – isso considerando os que se casam civilmente. “A primeira união conjugal é sempre pensada e idealizada como uma união referendada pela lei de Deus e dos homens, enquanto as uniões subseqüentes se constituem como uniões consensuais, **fazendo do divórcio um recurso raramente utilizado entre os pobres**<sup>22</sup>”.

No mesmo sentido, deparamo-nos com Glanz:

A propósito, cabe lembrar que, em vários países, inclusive o Brasil, há uma certa tolerância para uma poligamia indireta ou temporária, nos casos em que, os cônjuges separados de fato, antes de obter ou sem obter o divórcio, já convivem com outros parceiros, podendo um homem ter deveres com duas mulheres<sup>23</sup>.

A bigamia ou poligamia (dependendo do número de relacionamentos posteriores ao dissolvido) se torna tolerada socialmente. A própria “fundação da família está ligada à idéia do convívio sexual e este convívio se processa através do complexo cultural e denomina-se matrimônio<sup>24</sup>”; entretentes concordando com a primeira parte da exposição de San Tiago Dantas, consideramos que a família não mais se pauta tão somente no convívio sexual e, menos ainda, denominaremos como matrimônio este convívio sexual. A realidade nos prova o contrário, mesmo porque, conforme este mesmo autor carioca, o “estudo do direito de família deve começar por algumas noções, mais de caráter sociológico que jurídico, pois neste ramo do Direito Civil, mais do que em qualquer outro, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos seus conteúdos sociais<sup>25</sup>”.

O direito nunca pôde, e nunca poderá, determinar com exatidão como *devem ser* as famílias; sua função é recobrir e analisar as situações vivenciadas na *práxis*, garantindo estabilidade e segurança aos indivíduos. É a preposição de Willekens:

Embora seja mantida a monogamia sub-repticiamente a poligamia foi introduzida em vários sistemas. Primeiro, a chamada poligamia sucessiva, decorrente da dissolução do casamento e de novas famílias (as chamadas *famílias recompostas* do direito francês [...]); e ainda de

---

<sup>22</sup> SARTI, Cynthia Andersen. *A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 84. [*grifo nosso*].

<sup>23</sup> GLANZ, op. cit., p. 40.

<sup>24</sup> DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rev. e atual. José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 8.

<sup>25</sup> DANTAS, op. cit., p. 3.

poligamia simultânea, nos casos em que o ex-marido continue sustentando a primeira mulher, mesmo já estando casado com outra. Com o reconhecimento da união estável, é comum o caso em que o marido ainda legalmente casado, mas separado de fato, já conviva com outra mulher, que também tem certos direitos reconhecidos. Finalmente, os iguais direitos dos filhos trazem conseqüências, pois filhos de diferentes mulheres, tendo o mesmo pai, podem ser encarados como legitimação da poligamia, diz o mesmo autor [Willekens]<sup>26</sup>.

Assim, ressaltamos: embora as relações monogâmicas sejam regra geral, a presença de múltiplos relacionamentos afetivos (muitas vezes *não oficiais*), decorrentes do próprio desleixo com a formalidade da desconstituição da sociedade conjugal pretérita, incidem no social brasileiro –denominamos esses relacionamentos como – seguindo Miquel Carmona, porém observando as peculiaridades brasileiras<sup>27</sup> –: *poligamia tolerada*.

#### **4 Implicações jurídicas**

O próprio ato de se aliar voluntariamente a outro indivíduo, por si só, exige figurações jurídicas; isso porque, o *status* civil da pessoa é matéria de importância na vida social. Ainda mais: alguns efeitos de se contrair relacionamento posterior ao casamento sem antes tê-lo dissolvido geram conturbações na ordem jurídica – muito embora o social o aceite (*tolere*), conforme vimos.

Analisaremos, em específico, três casos que julgamos ser de grande utilidade. As questões a serem resolvidas são: a) a situação factual entre os indivíduos impedidos de contrair novas núpcias carece de respaldo jurídico?; b) a criminalização da bigamia e seus efeitos sobre as relações posteriores ao casamento não dissolvido; e c) a questão dos filhos nascidos em decorrência das múltiplas relações afetivas/sexuais pós-casamento válido. Observemo-las *uma a uma*.

##### **4.1 União estável; concubinato adúltero?**

---

<sup>26</sup> WILLEKENS, Harry. Long term developments in family law in western europe: an explanation, in the changing family. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 47-71. apud GLANZ, op. cit., p. 5.

<sup>27</sup> CARMONA, op. cit., p. 75-76.

# FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

## Revista Eletrônica

A expressão concubinato carrega forte carga ideológica discriminatória – deriva do “verbo latino *concubo*, que significa dormir junto, ir para a cama com outro, ter relações caruais<sup>28</sup>”. Com a oficialização de *novas formas* de família – proporcionada pela Constituição Federal de 1988, o signo concubinato foi relegado ao ostracismo na literatura jurídica. À união voluntária, desimpedida e passível de comprovação entre dois indivíduos, não recoberta pelo casamento, dá-se o nome de *união estável*.

Entrementes, a escolha do termo *concubinato* para designar a relação entre dois indivíduos constituintes de família recomposta (embora impedidos de contrair novo casamento) ao invés de união estável seria demasiadamente considerar que a formação familiar é somente aquela ditada pela produção normativa estatal. Entrementes, a união estável *válida* juridicamente exige a inexistência de qualquer impedimento matrimonial. Agora, sobreleva-se a questão: *muitas vezes, os relacionamentos oriundos das famílias reconstituídas são infinitamente mais duradouros que os que existiram em decorrência da família matrimonial; o reconhecimento social, igualmente, é mais conciso e verificável; os pretéritos laços do casamento já não pertencem ao imaginário daquele casal. Então qual o fundamento da discriminação de tais relações?* Essa justificativa se encontra, justamente, no princípio da monogamia, imposta ao social brasileiro – não adentraremos nas especificidades – nem faremos julgamentos acadêmicos – acerca dessa assertiva. O que nos interessa saber neste instante são as conseqüências jurídicas dessa espécie de *concubinato adúltero*<sup>29</sup> – conforme preferem alguns autores<sup>30</sup>.

Inicialmente temos que entender que a poligamia tolerada – a qual nos referimos – não constitui *traição* ou, no brocardo jurídico, *descumprimento dos deveres matrimoniais*. É convencional entre as partes (ora casados) distanciarem-se socialmente (embora sem romper o liame legal que as une) para constituírem – por pleno consenso – novos relacionamentos com pessoas diversas. Dessa feita, é incoerente a afirmação de que tais situações constituem

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Euclides. *União estável: do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 72.

<sup>29</sup> “A adúlteridade, que se caracteriza pelo fato de um ou ambos os concubinos serem casados com terceira pessoa, inexistente se são separados judicialmente, porque entre estes cessa o dever de fidelidade” – BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3. ed. São Paulo: LEUD, 1988. p. 51.

<sup>30</sup> “No sentido amplo do concubinato, que desde a posse do estado de casado, com notoriedade e de longos anos, até a união adúltera, tudo se inclui na conceituação. Tudo, nesta ou naquela condição é concubinato” – BITTENCOURT, Edgard Moura. *O concubinato no direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica, 1969. v. 1. p. 63. apud QUADROS, Tiago de Almeida. *O princípio da monogamia e o concubinato adúltero*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614>. Acesso em: 18 maio 2009.

*adultério* – não recaindo sobre elas, portanto, os efeitos inerentes a essa transgressão da fidelidade conjugal.

Coloca-nos Guilherme Calmon:

A união extramatrimonial entre o homem e a mulher, como visto, pode ser classificada de acordo com a presença ou ausência dos requisitos já analisados, para fins de se determinar trata-se de companheirismo ou de concubinato (em sentido estrito). É certo que fora do contexto de estabilidade, unicidade de vínculo, notoriedade, continuidade e da natureza familiar, características próprias do companheirismo, outras espécies de uniões informais se apresentam como realidades fáticas, desprovidas dos requisitos objetivos e subjetivos próprios das “uniões estáveis”, na expressão adotada pelo legislador constituinte. Assim, além de uniões esporádicas entre pessoas desimpedidas (ambos solteiros, divorciados ou viúvos), onde não há a intenção de constituição de família, sem a denominada *affectio maritalis*, também devem ser encaixadas no contexto do concubinato as relações mantidas entre um homem e uma mulher em que um deles ou ambos mantenham união formal – ou mesmo informal (companheirismo) –, de forma constante, ou seja, constituam o denominado concubinato “adulterino ou desleal”, na exata acepção do termo (...) <sup>31</sup>.

Entrementes, devido aos obstáculos legais, também não constituem união estável. O *status* dessas pessoas carece de estudos aprofundados e, quiçá, de nova denominação para a situação vivenciada. Consideramos as uniões reconstituídas, ou seja, pós-casamento (sem que este fosse dissolvido formalmente) sejam, sim, estruturas com todas as características – desde haja o *animus maritalis* – de família <sup>32</sup>. Conforme posicionamento de Caio Mário: “a família não tem suas normas somente no Direito. Como organismo ético e social, vai hauri-las

---

<sup>31</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 542-543.

<sup>32</sup> Neste sentido, em posicionamento diverso ao nosso, deparamo-nos com Hélio Borghi: “A poligamia poliândrica, a promiscuidade e a união meramente transitória não se pode admitir que sejam realmente formas de família. Conforme o caso, de acordo com o grau a que se desça na escala social, serão, talvez, modalidade de prostituição e não propriamente forma de família. (...). O que difere tal situação da chamada união transitória (...) é que nesta o desfazimento do casamento ou da união entre as pessoas se faz sem que haja qualquer motivo e sem que se apresente uma justificativa para tal, enquanto que nos países que adotam o divórcio, como ocorre no Brasil, a dissolução da sociedade conjugal e depois do casamento, do vínculo propriamente dito, somente é possível depois de apurados os motivos da discordância do casal (...)” – BORGHI, Hélio. *Casamento e união estável: formação eficácia e dissolução*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 21-22.

também na religião, na moral, nos costumes, sendo de assinalar que a sua força coesiva é, antes de tudo, um dado psíquico<sup>33</sup>”.

#### 4.2 Bigamia? Implicações de ordem penal

Referindo-se aos aspectos penais do tema, cumpre pequena análise do art. 235 do Código Penal (“*contrair alguém, sendo casado, novo casamento*”). Andreucci indica que “o conceito substancial de crime, fato materialmente antijurídico e culpável, é fundamental para a crítica da legislação e para a interpretação, propiciando a aproximação do Direito à realidade cultural<sup>34</sup>”; dessa maneira, conclui que “o adultério é crime em sentido substancial, pela sua colidência com normas fundamentais de cultura, necessárias à existência e desenvolvimento da sociedade, vindo a pena como retribuição e como prevenção<sup>35</sup>”.

De qualquer forma, “anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime” (CP, art. 235, § 2º).

As relações descritas anteriormente (indivíduos casados que, distanciados voluntariamente de fato, não promoveram o divórcio), quando pessoas com algum impedimento matrimonial se agrupam para constituir nova família – com a publicidade necessária, a anuência social e o *affectio maritalis* –, não há de se falar em crime de bigamia.

Conforme afirmado, a situação é diferenciada, justamente pelo distanciamento voluntário das partes ora casadas; o casamento já não existe – ele se torna mero elemento jurídico não comprovável na realidade dos fatos.

#### 4.3 Direitos dos filhos

---

<sup>33</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. p. 24. apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rev. e atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. V. p. 21.

<sup>34</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Da incriminação do adultério*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 105.

<sup>35</sup> ANDREUCCI, op. cit., p. 106.

# FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

## Revista Eletrônica

A Carta Democrática de 88 inaugurou o princípio do melhor interesse da criança no ordenamento jurídico brasileiro<sup>36</sup>. A discriminação dos filhos quanto à *natureza* de suas origens (tidos, ou não, na constância do casamento), certamente atentatória aos preceitos dinamizados pela Constituição – sendo os principais a isonomia e a dignidade da pessoa humana – já não é imaginada no mundo jurídico<sup>37</sup>.

Não se falará em filhos naturais, legítimos ou ilegítimos: todos possuem os mesmos direitos e prerrogativas independente de qualquer outra situação<sup>38</sup>. A grande questão que se sobreleva nos casos de poligamia tolerada é a implicação do reconhecimento da paternidade dos filhos – há de se afastar a presunção *pater is est*?

A presunção de paternidade tem o condão de presumir ser o marido o pai dos filhos havidos por sua mulher. Decorre do que normalmente acontece (*praesumptio sumitur ex eo quod pleremque fit*), pois sendo a fidelidade um dever conjugal e havendo convivência marital, os filhos havidos pela mulher casada supõe-se do marido desta<sup>39</sup>.

Ocorre que quando não há mais o casamento – embora não dissolvido o liame jurídico que une os seres – a presunção de paternidade não recai sobre o marido “*oficial*”. A assunção dos rebentos fica a cargo do companheiro da gestante, ou de prova judicial<sup>40</sup>, sem prejuízo – conforme dissemos – de qualquer direito que recaia sobre essa criança.

## Conclusão

---

<sup>36</sup> Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 317 e ss. e ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Apontamentos referentes ao status de filho perante a estrutura familiar contemporânea: uma visão civil-constitucional. In CORONA, Roberto Brocanelli (org.). *20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*: influência no direito privado e no direito processual civil. Franca: FHDSS/Unesp; Civitas, 2008. p.125-150.

<sup>37</sup> Cf. VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 135-136. Para uma completa visão sobre o direito filial brasileiro, ver FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>38</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Direito de família: direito parental, direito protetivo. Atul. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. p. 97 e ss.

<sup>39</sup> VENCELAU, op. cit., p. 137.

<sup>40</sup> “A forma poliâmica poliândrica ou promíscua, não permite, geralmente, saber a quem se possa atribuir a paternidade da criança que nasce, daí gerar o matriarcado e a maior força política da mulher, já que, como dizem os juristas, desde o direito romano, a mãe é sempre certa, mas neste caso o pai é incerto” – BORGHI, op. cit., p. 21. No caso de constituição de relação duradoura diversa do casamento (ainda válido juridicamente, mas sem efeitos sociais), a divergência quanto a paternidade da criança é bem diminuída – ainda mais com o reconhecimento da paternidade afetiva enquanto grande sentido da filiação contemporânea.

# FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

## Revista Eletrônica

Diante do exposto, tomamos por fim a consideração genérica de que as famílias não são aquilo que o Estado determina que elas sejam. A positivação de *formas* familiares apenas elucida algumas estruturas de conferência prática, entretantes, grande parte delas encontra-se carente de tutela jurídica. A família composta por membros anteriormente casados, e que não dissolveram legitimamente (no sentido legal) os laços que as uniam (casamento), recai justamente nas situações ainda não incorporadas pelo legislador – e, nem cremos que será tão cedo. De qualquer maneira, é uma realidade vivenciada na prática por muitos indivíduos da sociedade brasileira – sendo assim, carente de estudos jurídicos referentes à temática das *famílias recompostas* dentro do contexto da *poligamia tolerada*. É certo que “adquirindo o estado conjugal, os nubentes colocam-se como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que se constitui<sup>41</sup>”, entretantes, a partir do momento que decidem pelo exercício facultativo mútuo romperem com os laços sociais que os unem – embora haja o desleixo quanto as considerações formais do ato –, têm a prerrogativa de buscar a plena satisfação da vida, seja qual for o endereçamento do rumo tomado – ou seja, constituindo, ou não, novos relacionamentos afetivos. Ressalta-se, neste aspecto, o caráter *eudemonista* da família – não enquanto mero núcleo de reprodução sexual, mas principalmente como núcleo promotor do sujeito em sociedade.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABINAGEM, Alfredo. *A família no direito agrário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALMADA, Ney de Mello. *Manual de família*. São Paulo: Hemeron Editora, 1978.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Apontamentos referentes ao status de filho perante a estrutura familiar contemporânea: uma visão civil-constitucional. In CORONA, Roberto Brocanelli (org.). *20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil: influência no direito privado e no direito processual civil*. Franca: FHDSS/Unesp; Civitas, 2008.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Da incriminação do adultério*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3. ed. São Paulo: LEUD, 1988.

---

<sup>41</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

# FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

[www.direitofranca.br](http://www.direitofranca.br)

## Revista Eletrônica

- BORGHI, Hélio. *Casamento e união estável: formação eficácia e dissolução*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas. Sobre a teoria da ação*. Trad. Mariza Corrêa. 10. ed. Campinas: Papirus, 2010.
- CAMPOS, Alzira Lobo de Arruda. *Casamento e família em São Paulo colonial: caminhos e descaminhos*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- CARMONA, Miquel E. de. *La bigamia: en la doctrina, en la historia, en el derecho natural, civil, penal y procesal (ensayo de sociología y derecho comparado)*. Barcelona: Dux Ediciones y Publicaciones, [s/d].
- COMMAILLE, Jacques. Direito e costumes ou o surgimento de um modelo de ilegitimidade recíproca. In BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- DAMENO, Maria Silvia. *familias ensambladas*. Disponível em: <http://www.agba.org.ar/articulo08.htm/>. Acesso em 15 maio 2009, às 16 h 10 min.
- DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rev. e atual. José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- DEL PRIORI, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3 (J-P).
- FERNANDES, João Azevedo. *Uma abordagem interétnica do casamento e da poliginia no Brasil colonial*. Disponível em: <http://www.antropologia.com.br/arti/colab/a6-jfernandes.pdf/>. Acesso em 15 maio 2009, às 16 h 45 min.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 46. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.
- LENOIR, Remi. La genealogia de la moral familiar. *Política y sociedad*, 2005, v. 42, n. 3.
- MONTERO, Raquel Gil. Métodos, modelos y sistemas familiares o historias de la familia? In ROBICHAUX, David (org.). *Familia y diversidad en américa latina: estudios de caso*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2007.
- OLIVEIRA, Euclides. *União estável: do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1170.htm>. Acesso em 17 maio 2009, às 00 h 23 min.
- PASSOS, Maria Consuelo. A família não é mais aquela: alguns indicadores para pensar suas transformações. In FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (org.). *Família e casal: arranjos e demandas contemporâneas*. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003.

# FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

*Autarquia Municipal de Ensino Superior*

[www.direitofranca.br](http://www.direitofranca.br)

## Revista Eletrônica

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rev. e atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. V.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Direito de família: direito parental, direito protetivo. Atul. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Atul. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003.

QUADROS, Tiago de Almeida. O princípio da monogamia e o concubinato adúltero. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614>. Acesso em: 18 maio 2009.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. *A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Maria Beatriz Nizza. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: T. A. Queiroz Editor; Ed. da Universidade de São Paulo, 1984.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. In BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.