



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Inconstitucionalidade da Monogamia

Pedro Prazeres de Assis Junior

Rio de Janeiro
2012

PEDRO PRAZERES DE ASSIS JUNIOR

A Inconstitucionalidade da Monogamia

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Prof^ª. Kátia Silva
Prof^ª Monica Areal
Prof^ª Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2012

A INCONSTITUCIONALIDADE DA MONOGAMIA

Pedro Prazeres de Assis Junior

Pós-Graduado Pela Universidade Gama Filho.
Advogado. Professor.

Resumo: O Estado Brasileiro ao não adotar em sua constituição nenhuma religião oficial acabou optando por um regime laico onde o seu principal intuito é fomentar a liberdade religiosa indistintamente, respeitando assim a formação eclética de nosso povo, contudo ainda persistem fortes e invisíveis barreiras que impedem o livre exercício de todas as crenças, especificamente as poligâmicas, isso fica latente nas limitações infraconstitucionais que impedem o reconhecimento do matrimônio poligâmico quando a própria constituição não criou qualquer restrição.

Palavras-chaves: Liberdade de Crença, Monogamia, Inconstitucionalidade.

Sumário: Sumário; Introdução. 1. A Natureza Jurídica da Monogamia. 2. O Princípio da Liberdade de Crença. 3. A Inconstitucionalidade da Limitação Penal a Poligamia. 4. A inconstitucionalidade da Limitação Civil a Poligamia. 5. Efeitos Positivos Fáticos e Jurídicos da Poligamia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca o tema da inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais que limitam o reconhecimento jurídico da união poligâmica formal, contrariando especificamente o direito fundamental constitucional a liberdade de crença,

bem como o reconhecimento dessa diversidade pelo ordenamento jurídico laico. Apesar da Constituição determinar o reconhecimento civil das uniões religiosas sem qualquer distinção, o ordenamento infraconstitucional acaba por vedar tal possibilidade em latente confronto com a Constituição. A prática evidencia que minorias culturais silvícolas nacionais que adotam a união poligâmica sofrem com a falta de reconhecimento dessa condição pelo ordenamento infraconstitucional, além é claro das famílias estrangeiras poligâmicas instaladas no país, as quais também não são reconhecidas pelo direito pátrio.

A proposta da obra é chamar atenção para uma inconstitucionalidade implícita entre os dispositivos infraconstitucionais que limitam o reconhecimento da união poligâmica formal em detrimento da garantia fundamental de liberdade de crença. Criando impedimentos e crimes onde a constituição não os criou, pelo contrário, fomentou em seu corpo diversas condutas que visam garantir o reconhecimento da diversidade religiosa e cultural de nossa sociedade, inclusive e principalmente no tocante as minorias.

Esse projeto também tem o objetivo abordar o tema da inconstitucionalidade dos dispositivos legais na esfera penal e civil que impedem o regime matrimonial poligâmico em no ordenamento pátrio, com supedâneo no direito fundamental da liberdade de crença, culto e organização religiosa preconizado em nossa magna carta.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: A Natureza Jurídica da Monogamia. O Princípio da Liberdade de Crença. A Inconstitucionalidade da Limitação Penal a Poligamia. A Inconstitucionalidade da Limitação Civil a Poligamia. Efeitos Positivos Sociais e Jurídicos da Poligamia.

O presente estudo possui como escopo não uma análise exaustiva da matéria, mas sim trazer à baila reflexões acerca de assunto relativamente delicado e, indubitavelmente,

cercado por juízos e proposições heterogêneas. Erradicar o preconceito indevido é papel não só de magistrados, mas de todos os operadores do direito.

É fundamental tentar entalhar na sociedade a idéia de que o não aceitável, o considerado por alguns imoral, não é invisível. E o que é observado e ponderado pelo meio social, é e deve ser, conseqüentemente apreciado, de forma imparcial pela Justiça.

1. NATUREZA JURÍDICA DA MONOGAMIA

A hermenêutica conceitual da família no ordenamento jurídico vem sendo ampliada a cada manifestação jurisprudencial do STF ao enfrentar o artigo 226, § 3 da Constituição Federal. Sendo assim, surgiu o entendimento de que a fluidez e o dinamismo social nas relações familiares dariam origem a uma multiplicidade de famílias com variadas configurações, denominada a partir de então de Direito das Famílias.

Quando se considera que a proteção do núcleo familiar, átomo social por ser a sua menor partícula, é fundamental a ordem social e que o ordenamento pátrio se preocupa em reconhecer, deve-se ter em mente que por tratar-se de norma constitucional de eficácia plena de natureza fundamental, o direito das famílias tem o intuito protetivo e não pode ser submetida a uma interpretação restritiva, a fim de propiciar a maior amplitude possível na tutela das diversas configurações familiares fáticas existentes.

Por ser um ponto nodal e sensível na identidade social, é notório que o reconhecimento dessas novas formações familiares e o reconhecimento de outras marginalizadas ocorre de forma gradual a afastar uma imposição traumática na cultura conservadora e padronizada da família matrimonializada que permaneceu instituída por tanto tempo em nossa sociedade. Entretanto essa evolução vem acontecendo de forma

latente e gradual, a guisa de exemplo derradeiro temos o reconhecimento da família formada pela união homoafetiva.

Nesse sentido, não obstante a mencionada evolução jurisprudencial do STF, esse tribunal ainda não se manifestou diretamente sobre o reconhecimento e conseqüentemente a possibilidade de proteção da Família Plurimatrimonial, mesmo porque a premissa básica dessa espécie familiar é a recepção jurídica do casamento poligâmico.

A **Monogamia** semanticamente significa um regime ou costume em que é imposto ao homem ou à mulher ter apenas um cônjuge, enquanto se mantiver vigente o seu casamento.

A palavra **Poligamia** tem origem grega e significa “muitos matrimônios”, ou seja, é a união formal e reprodutiva entre mais de dois seres da mesma espécie, assim como na poligamia um homem é casado com mais de uma mulher, existe a **Poliandria** onde uma mulher é casada com mais de um homem.

Nesse trabalho toda análise aplicada à poligamia também deverá ser aplicada a poliandria, em nome da igualdade entre homens e mulheres garantida constitucionalmente, dessa feita, será adotada a denominação de poligamia para tratar de ambos os casos.

A maior parte da doutrina constitucionalista reproduz o entendimento de que essa união matrimonial múltipla seria ilegítima e ilegal, em razão de um famigerado princípio implícito e injustificável da monogamia, o qual estaria supostamente inserido no contexto de nossa lei maior no capítulo Da Família, Da Criança, Do Adolescente e do Idoso.

Todavia parece mais louvável que o constituinte originário ao não inserir na referida norma explicitamente um princípio a nortear a matéria de família, optou por um silêncio

elouquente, sem que assim houvesse a necessidade de amoldar-se uma limitação principiologica.

Ademais, não cabe ao legislador infraconstitucional limitar o reconhecimento de apenas um matrimônio, quando a constituição não o fez expressamente, nem mesmo implicitamente como será visto. Todavia, tanto civil como penalmente foram geradas e mantidas ingerências estatais indevidas que acabaram por não só limitar um direito fundamental amplo, mas também o proibiu com tendência a abolir uma cláusula pétrea fundamental de liberdade de crença, de culto e do reconhecimento da família pelo estado.

Na diferenciação entre regras e princípios¹, pode-se afirmar que as regras devem ser aplicadas na forma do tudo ou nada, por serem mais herméticas, fechadas, já os princípios são mandados de otimização, que devem ser aplicados na maior medida do possível. Considerando ainda que a monogamia em nenhum momento é mencionada expressamente na Constituição, logo, não poderia ter natureza de norma regra, uma vez que as regras devem ser expressas no ordenamento jurídico. No tocante ao seu enquadramento como princípio implícito, mesmo que assim considerado, há de ser salientado que todo e qualquer princípio pode ser relativizável a depender do caso concreto.

Além disso, não encontra-se no texto constitucional qualquer alusão explícita ou implícita ao princípio da monogamia. É mister salientar que mesmo que a monogamia fosse assumida como princípio, a mesma não deveria ser qualificada como princípio jurídico como muitos pregam, mas, no máximo, princípio hermenêutico. Ou seja, aqueles que desempenham função argumentativa, permitindo, por exemplo, a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo,

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos e consitucionales, 2002. P. 176.

possibilitando aos operadores do direito, em especial os Magistrados, o desenvolvimento, a integração e complementação do direito. Dessarte, a monogamia não pode ser assumida como princípio implícito constitucionalmente assegurado.²

Aliás, se a monogamia fosse um princípio constitucional implícito, seria paradoxal o tratamento igualitário deferido aos filhos adulterinos e incestuosos, em relação aos filhos matrimoniais.³

Estaria assim incoerente o Código Civil ao preconizar a igualdade de direitos patrimoniais de filhos conjugais e extraconjugais, mas não defender a igualdade de direitos daquelas relações extraconjugais contínuas e com convivência rotineira comprovada, as quais se tem o intuito de formalizar.

Nesse sentido, deve-se classificar a vergastada monogamia como um mero valor social fundamentado na cultura e na religião apenas de um determinado grupo social, a nortear suas relações afetivas e matrimoniais. Destarte, a monogamia deve ser classificada tão somente como um “vetor comportamental” dentre outros possíveis para nortear as relações afetivas, assim como a poligamia o é aceita em outros grupos sociais.

Reitero que mesmo que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade em sede infraconstitucional, não há como considerar a monogamia como um princípio constitucional, até porque a Constituição Federal não a contempla. Ao contrário, tanto a tolera, que não permite que os filhos se sujeitem a quaisquer discriminações, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adulterinas ou incestuosas.

² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Famílias simultâneas e concubinato adulterino*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. p. 95.

³ DIAS, Maria Berenice. *Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/>. Acesso em: 01/03/2012.

Em atenção o suporte legal infraconstitucional da monogamia temos os seguintes dispositivos vergastados: o Estado considera crime a bigamia, nos termos do artigo 235 do Código Penal; Pessoas casadas são impedidas de casar, com fulcro no artigo 1.521, VI, do Código Civil; e a bigamia torna imperativa a anulação do casamento, como preconiza o artigo 1.548, II, do Código Civil.

A simultaneidade de conjugalidades é tema que, embora suscite perplexidades, não é alheio ao direito de família. Identificar os limites e possibilidades da apreensão jurídica e da atribuição de eficácia a situações de tal natureza implica a necessidade de enfrentar questões pertinentes ao universo principiológico que permeia esse ramo do direito.

Cumprido ressaltar que quando se fala neste trabalho de união poligâmica, não se está a falar em relações furtivas ou casuais, mas em um vínculo forte e estável com o intuito de estabelecer formalmente perante o ordenamento jurídico uma célula familiar com pluralidade de cônjuges com base na crença ou na cultura desses indivíduos, baseados no afeto que, sendo moralmente aceitáveis ou não, existem. E, portanto, devem gerar efeitos jurídicos e não serem expatriadas para a invisibilidade jurídica.

Assim, a repulsa a união poligâmica acaba por gerar sérias injustiças a formação fática ou formal de um núcleo familiar com essa característica. Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. A esse "amante" somente se reconhecem direitos se ele alegar que não sabia do relacionamento paralelo e concomitante do parceiro nas hipóteses de putatividade. Para que possa ser amparado pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se afirma saber e consentir com uma união poligâmica, não recebe qualquer tutela jurisdicional de seus direitos patrimoniais concorrentes.

Essa falta de proteção acaba por violar um outro princípio, o da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro. Ao não reconhecer os direitos inerentes às entidades familiares, dá-se espaço para a ocorrência de toda sorte de injustiças, como por exemplo, o enriquecimento ilícito do parceiro institucionalizado pelo matrimônio, em detrimento dos demais parceiros não institucionalizados nesse núcleo familiar. Desse modo, a fim de que não se empreenda a injustiça, a mácula maior do Estado Democrático de Direito, deve-se priorizar a essência da entidade familiar em detrimento do resíduo religioso de um estado laico, caso a caso, já que a busca pela ética nos relacionamentos não pode sucumbir a um falso moralismo discriminatório arraigado.

Ademais, o princípio da liberdade de relações na formação da família, se relaciona não somente com a criação, manutenção ou desfazimento das relações familiares, mas à sua constante formação e reinvenção. Por fim, cumpre salientar que é completamente desarrazoado o juízo daqueles que consideram a monogamia como um princípio, sendo esse um simples “vetor comportamental” a nortear as relações afetivas, que sempre irão variar em razão da cultura, religião ou afeto envolvido no ambiente familiar.

2. O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CRENÇA

Um Estado pode ou não admitir uma religião. Os que admitem, são denominados Estados confessionários; já os que não admitem, são chamados de leigos ou laicos. Desta feita, Estado laico é aquele que mantém neutralidade em matéria confessional, não adotando qualquer religião como oficial.⁴

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988. V. 4, p.348

Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, admite que sua promulgação se deu “sob a proteção de Deus”. No entanto, tal menção não faz do Brasil um Estado confessional, muito embora já tenha sido no tempo do Império.⁵

Neste contexto, a melhor interpretação do preâmbulo indica que a expressão “Deus” significa que o constituinte admitiu a existência de um ser supremo, ratificando a posição laica e teísta do Estado.

A liberdade religiosa foi expressamente assegurada, uma vez que essa faz parte do rol dos direitos fundamentais, sendo considerada por alguns juristas como uma liberdade primária.⁶

Para se falar em liberdade de crença é importante analisar-se o próprio conceito de religião, pois conforme ressalta Konvitz, o que para um homem é religião, pode ser considerado por outro como uma superstição primitiva, imoralidade, ou até mesmo crime, não havendo possibilidade de uma definição judicial ou legal do que venha a ser uma religião.⁷

A liberdade de religião engloba, na verdade, três tipos distintos, porém intrinsecamente relacionados de liberdades: a liberdade de crença; a liberdade de culto; e a liberdade de organização religiosa.

Consoante o magistério de José Afonso da Silva, a liberdade de crença consiste na liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir

⁵ Art. 5 da Constituição de 1824

⁶ SORIANO, Ramón. Las libertades públicas. Madri: Tecnos, 1990. p.84

⁷ KONVITZ, Milton R. Fundamental liberties of a free people: religion, speech, press, assembly. 2.ed. New York: Cornell University Press, 1962. p. 5.

o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião ou de qualquer crença.⁸

A liberdade de culto consiste na liberdade de orar e de praticar os atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para tanto.

A liberdade de organização religiosa diz respeito a possibilidade de estabelecimento e organização de templos e igrejas, bem como o seu reconhecimento pelo Estado sem qualquer distinção. Sendo exatamente esse o viés da liberdade de crença a ser defendido no presente trabalho.

A liberdade de religião não está restrita à proteção aos cultos e tradições e crenças das religiões tradicionais (Católica, Judaica e Muçulmana), não havendo sequer diferença ontológica (para efeitos constitucionais) entre religiões e seitas religiosas. Acredita-se que o critério a ser utilizado para se saber se o Estado deve dar proteção aos ritos, costumes e tradições de determinada organização religiosa não pode estar vinculado ao nome da religião, mas sim aos seus objetivos. Se a organização tiver por objetivo o engrandecimento do indivíduo, a busca de seu aperfeiçoamento em prol de toda a sociedade e a prática da filantropia, deve então gozar da proteção do Estado.

A Constituição Federal, no artigo 5º, VI, estipula ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.

O inciso VII do artigo 5º, estipula que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5 ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 223

de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. E por fim o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, o qual assevera que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei, o que garante a liberdade de organização religiosa frente ao Estado. Esse mesmo dispositivo tem caráter de direito fundamental constitucional corolário do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois garante sua liberdade de relacionar-se afetivamente e matrimonialmente com base na sua orientação religiosa.

Dessa feita, não há dúvidas sobre o caráter principiologicamente fundamental da liberdade de crença. Todavia melhor sorte não resta ao adrede analisado princípio implícito da monogamia, uma vez que como visto configura mero “vetor comportamental” “norteador de determinados grupos sociais, não podendo ser considerado como princípio geral obrigatório, por clara ausência de previsão constitucional.

Entretanto ainda que a monogamia fosse considerada um princípio constitucional, caberia a aplicação da ponderação de interesses diante da colisão de princípios entre a liberdade de crenças poligâmicas como direito fundamental, em face do famigerado princípio implícito e controvertido da monogamia.

Os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, “estados ideais”, sem especificar a conduta a ser seguida, fazendo com que a atividade do intérprete seja mais complexa, uma vez que a ele caberá definir a ação a ser tomada.

Em um Estado Democrático de Direito é natural que os princípios frequentemente entrem em uma tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das

circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.⁹

Por certo que, em razão do pluralismo vigente em uma sociedade democrática, em que são preservados diversos interesses e valores, tais direitos e garantias eventualmente venham a colidir entre si ou mesmo com os demais princípios constitucionais.

Valendo-se mais uma vez da lição do constitucionalista Luís Roberto Barroso, em razão do princípio da unidade da Constituição, inexistindo hierarquia entre os diversos princípios constitucionais, o intérprete, ao se deparar em um caso concreto com a existência de dois ou mais direitos fundamentais que, se aplicados de maneira ampla e integral, mostram-se contrários à solução da demanda, deve lançar mão do método da ponderação de interesses, de modo a aplicar aquele princípio preservando o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe a menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido.¹⁰

Assim, em regra, na hipótese de existir no caso concreto conflito entre a monogamia e a liberdade de crença no tocante à sua organização, através do reconhecimento do casamento poligâmico pelo Estado, deve ser mitigada a exigência da uniconjugalidade, a possibilitar amplamente o reconhecimento de qualquer crença, bem como da união matrimonial propagada por essa, com fito de gerar efeitos jurídicos a essas relações fáticas, afastando com isso qualquer tipo de discriminação infundada perpetrada infraconstitucionalmente pelo Estado.

⁹ BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 110.

¹⁰ Ididem. p. 169-170

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO PENAL A POLIGAMIA

O delito de Bigamia foi inicialmente normatizado no Código Penal do Império em 1830, depois no Código Penal Republicano em 1890, nestes denominado de crime de polygamia, onde se configurava o crime ao contrair casamento mais de uma vez sem estar com o anterior dissolvido por sentença de nulidade daquele contrato, ou ainda por morte de um dos cônjuges, e por último o Código Penal de 1940, que também tipifica o crime de bigamia, como está previsto em seu artigo 235 que nos diz:¹¹

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

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

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

Como se nota a criminalização da bigamia foi uma das formas de tutelar o instituto do casamento e, por conseguinte a família por meio deste. Porém, com as mudanças nas últimas décadas, em especial ao reconhecimento da união estável, acabou por mergulhar o instituto do casamento numa profunda contradição. Pois no plano prático não há diferença nenhuma entre casamento e união estável. Tal assertiva é perceptível em o nosso ordenamento quando a Constituição de 1988 estabelece no § 3º do art.226, que “para efeito

¹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Especial. v. 3. 6. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 98.

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

O conceito de família mudou, abarca hoje não só a família oriunda do casamento civil, mas também as uniões estáveis, as monoparentais, as anaparentais, entre outras já citadas, já que o rol explícito na constituição não é taxativo mas meramente exemplificativo *numerus apertus*, dando margem a uma pluralidade de famílias desde que constituídas através do afeto, da solidariedade.

É esdrúxulo pensar nesta situação, tão comum no cotidiano, quando por exemplo, um indivíduo que não contrai matrimônio conforme atesta a lei Civil, convive com duas famílias configurando união estável com ambas sem ser tipificado pelo delito de bigamia. Ou seja, hermeneuticamente união estável é sinônimo de casamento. Logo, é questionável qualquer argumento que diferencie a situação supracitada com aquele que contraiu o casamento civil e concomitantemente contrai mais um matrimônio, sem que o anterior tenha cessado os efeitos. Seria o caso de tratar situações fáticas idênticas de maneira diametralmente opostas.

Dessa feita, direito penal fere no artigo 235 de seu código, o princípio da isonomia, haja vista que trata de forma desigual as uniões utilizadas para a formação das famílias ao punir mais de um casamento e não punir mais de uma união estável. Fere também o princípio da dignidade da pessoa humana, já que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, ser utilizada como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, crenças, esperanças, valores, servindo como alicerce fundamental para alcance da felicidade. A família existe em razão de seus componentes e não estes em função dela,

por isto não se deve punir os seus integrantes em função desta. Diante disso, observa-se que o Direito Penal ainda está atrelado a um conceito já superado de família, além de claudicar com a aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Isso posto, pode-se concluir que o crime de bigamia está ultrapassado da mesma forma que o de adultério, logo, deveria ter sido extirpado do ordenamento penal concomitantemente com esse, deixando assim de ser tutelado pelo direito penal. À medida que o Estado deixa de interferir na vida íntima do indivíduo como meio de impor a sua ideologia coercitiva, melhor será para a coletividade. O autoritarismo estatal já esta superado na chamada era constitucional onde os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana tem que estar em primeiro plano, no foco central.

Em síntese, considerando que o crime de bigamia no Direito Penal contemporâneo fere os princípios da isonomia, da intervenção mínima do Direito Penal, a dignidade da pessoa humana e a liberdade de crença, ao vedar a possibilidade da comunhão formal poligâmica através do matrimônio de indivíduos com formação religiosa diversa, tal dispositivo sofre de latente inconstitucionalidade por afronta direta aos citados direitos fundamentais constitucionais.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO CIVIL A POLIGAMIA

Na Idade Média, com a supremacia da religião cristã, o casamento foi instituído obrigatoriamente como a única forma moral e permitida de relação entre homem e mulher que envolvesse atividade sexual. Muitos destes casamentos, porém, eram realizados mais por questões políticas do que amorosas.

Nesse contexto, o concubinato continuou existindo, à margem da sociedade, como instrumento de vazão aos desejos carnis não atendidos no casamento. Esposos e esposas possuíam seus amantes, com quem relacionavam-se em busca do afeto e da realização sexual que não encontravam em seus lares, com seus cônjuges.

Mas o concubinato não representava apenas estas relações adúlteras. O casamento, à época, representava um procedimento de alto custo, marginalizando grande parte da população, que então recorria ao concubinato (união livre e informal) como maneira de relacionar-se, sexual e afetivamente, de forma contínua e duradoura, com pessoa do sexo oposto.

Em todos os casos, porém, o concubinato era considerado pela Igreja (e, por conseguinte, pela sociedade em geral) como profano e sujo, em razão da natureza de pecado que lhe era imposto (fornicação e adultério).

Com o passar do tempo, foram identificadas duas vertentes do concubinato: as relações “puras” e “impuras”.

As relações puras eram constituídas por pessoas solteiras, logo, desimpedidas, que relacionavam-se de maneira estável e duradoura, em aparência de casamento.

As impuras, por seu turno, representavam relações adúlteras, incestuosas ou efêmeras (cujo fundamento era basicamente o desejo sexual).

As relações puras foram gradativamente sendo reconhecidas na sociedade e nos Tribunais, alcançando, após a Constituição brasileira de 1988, o grau de entidade familiar, quando então lhes foi conferida a denominação de união estável.

As relações impuras, que continuaram recebendo a denominação de concubinato, por outro lado, permaneceram com grande carga de preconceito social e jurídico.

No entanto, nas duas últimas décadas tem-se percebido a proliferação de decisões jurisprudenciais protegendo até mesmo as relações impuras, com natureza principalmente adúltera.

Citem-se como exemplos os seguintes acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerado pioneiro nestas decisões, e do próprio Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. 2)RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. Apelação parcialmente provida.¹²

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

¹² Apelação Cível Nº 70012696068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005.

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.¹³

SEGURO DE VIDA EM FAVOR DE CONCUBINA. HOMEM CASADO. Situação peculiar de coexistência duradoura do de cujus com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. Indicação da concubina como beneficiária do benefício. Fracionamento. Inobstante a regra protetora da família, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o de cujus, a particular situação dos autos, que demonstra “bigamia”, em que o extinto mantinha-se ligado à família e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do Direito. Recurso conhecido e provido em parte para determinar o fracionamento, por igual, da indenização secundária.¹⁴

Destarte, nota-se que a jurisprudência vem gradativamente minando o resíduo monogâmico infundado no ordenamento nas seguintes situações. O concubinato “puro” denominado de união estável, passa a ser reconhecido em famílias paralelas pelo judiciário, sob o argumento de que a fidelidade no seu caráter monogâmico somente seria exigido para o casamento, assim como o concubinato “impuro”, também conhecido como concubinato simples, passa a ser reconhecido nas relações adúlteras concomitantemente com o casamento, nos moldes das decisões supracitadas. Diante disso, não há razão lógica para não reconhecer famílias paralelas formalizadas pelo casamento poligâmico, quando as famílias paralelas informais já são reconhecidas, sob pena de grave afronta ao princípio da isonomia.

¹³ Apelação Cível Nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/08/2005

¹⁴ STJ - REsp 100.888/BA - Rel. Min. Aldir Passarinho Junior - j. 12/3/2000

O projeto de Lei 674/07 em tramite no Congresso Nacional estabelece que a mulher que tiver relação extraconjugal caracterizada como vida em conjunto durante um tempo razoável, e não somente um “caso” com um homem, terá as mesmas garantias constitucionais de isonomia em relação aos direitos sobre o patrimônio da pessoa casada com quem se relacionou, assim como a constituição já determina para os filhos extraconjugais.

Além da união estável poligâmica e do concubinato paralelo, o STF recentemente reconheceu a união homoafetiva através da Ação Direta de inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Ainda nessa esteira, o STJ no Resp. 1183378/RS, passa a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob o argumento de que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir as famílias da proteção jurídica do casamento.

Pode-se vislumbrar com isso que o próximo passo a ser dado pelos tribunais superiores deverá ser a aceitação e o reconhecimento do matrimônio poligâmico em virtude da crença adotada pelo grupo social, bem como a subsequente declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais que vedam tal possibilidade. Todavia, essa realidade já foi inaugurada pela jurisprudência no ano de 2005, quando a Justiça Federal do Amapá, concedeu a três índias: *Masaupe Waiãpi*, *Anã Waiãpi* e *Sororo Waiãpi*, uma pensão por morte e o pagamento do saldo do FGTS em decorrência do falecimento do índio *Parara Waiãpi*, que tinha exercido emprego formal e com a qual desfrutavam união matrimonial formal poligâmica segundo suas crenças, em ação civil proposta pelo Ministério Público a pedido da FUNAI.

No que tange o requisito da inexistência de impedimentos matrimoniais¹⁵, tal previsão é inconstitucional porque a Magna Carta ao regular o casamento, em momento algum estabeleceu o princípio monogâmico como fundamento, muito pelo contrário, reconheceu a liberdade de crença como princípio fundamental, garantindo ainda o reconhecimento pelo Estado dos casamentos poligâmicos praticados por determinadas crenças.

Ademais, quando a Constituição elevou a união estável à entidade familiar, determinou a facilitação da sua conversão em casamento¹⁶, permitindo aferir uma sutil preferência ao casamento civil como modelo de constituição de família.

Desta forma, reconhecer a existência de uma união estável em que o casal (ou um dos conviventes) esteja impedido de contrair casamento, por um dos impedimentos previstos no artigo 1.521 do C.C., é de certa forma inconstitucional também, pois contraria a intenção da Constituição Federal de que as uniões estáveis possam ser facilmente convertidas em casamento.

Negar a existência de lares extraconjugais pode representar o retrocesso a uma perspectiva equivocada das sociedades antigas, cuja maioria refugava e punia o concubinato adúltero. A fidelidade já não é venerada absolutamente, considerando-se a impossibilidade da lei obstar o surgimento de vínculos afetivos paralelos ao casamento.

O Estado, à luz do princípio da intervenção mínima, não poderia, sob nenhum pretexto, impor coercitivamente a todos os casais a estrita observância da fidelidade recíproca.

Porém, em todo o país, pela força da realidade social e reiteração de casos, é cediço o crescimento do número de ações judiciais reclamando tutela jurisdicional das uniões poligâmicas, sob a guarda dos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação ao

¹⁵ Artigo 1.52, VI, do Código Civil.

¹⁶ Artigo 226, §3º, da Constituição Federal.

enriquecimento sem causa. Permanecendo o legislador inerte, talvez amedrontado pela reação social, com isso cada vez mais o Poder Judiciário é instado a se manifestar.

Ressalte-se, porém, que aqui não se está a defender a desvalorização do dever de fidelidade, mas a necessidade do reconhecimento formal de uniões fáticas aceitas culturalmente e religiosamente por minorias que devem ser respeitadas pelo Estado Democrático, sob a égide dos princípios da liberdade de crença, da proteção das minorias, da isonomia, da vedação ao enriquecimento sem causa, da intervenção mínima e por fim da dignidade da pessoa humana.

Portanto, um Estado que se quer democrático, em que a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da república, não pode, sob pena de contrariar frontalmente o ordenamento constitucional, partir de uma perspectiva de exclusão de arranjos familiares, entenda-se, tecnicamente, entidades familiares não mencionadas expressamente, a que denominamos entidades familiares implicitamente constitucionalizadas.

5. EFEITOS POSITIVOS FATICOS E JURÍDICOS DA POLIGAMIA

Deve-se tomar como premissa o respeito e a aceitação da crença mulçumana por nossa Constituição para apresentar os efeitos fáticos e jurídicos do casamento poligâmico para esse grupo religioso. No Islamismo, o homem pode se casar com até quatro mulheres, com a condição de que dê atenção igual a cada uma delas. Os muçulmanos consideram mais honesto ser casado com várias esposas do que ter amantes, no entanto, o Islã não permite o contato sexual antes do casamento e proíbe também o sexo extraconjugal.

A poligamia islâmica trata dos problemas sociais da prostituição e relações extraconjugais comuns no Ocidente. Ao invés de trair, sendo a infidelidade é uma das principais razões para divórcio no Ocidente, o Islã permite a um homem casar com mais de uma esposa, com pleno reconhecimento dos direitos de ambas. O princípio básico no Islã é que os homens são responsáveis por seu comportamento em relação às mulheres assim como as mulheres são responsáveis por seu comportamento em relação aos homens.

Ademais, número de mulheres no mundo excede o de homens. O excesso é resultado da morte de homens em guerras e crimes violentos, e ao fato é notório que a expectativa de vida das mulheres é superior a dos homens. O aumento da homossexualidade aumenta ainda mais o problema.

Os homens divorciados são muito mais propensos a se casarem novamente do que mulheres divorciadas (e eles tendem a se casar com mulheres mais jovens), de modo que existem mais que o dobro de mulheres do que homens solteiros na casa dos 40. De fato, uma mulher que se divorcia aos 35 hoje provavelmente permanecerá sozinha pelo resto de sua vida. Presas em uma amarra demográfica enquanto buscam por maior autonomia, dessa forma, mais e mais mulheres solteiras estão optando pelo envolvimento com homens casados.

Além disso, o problema do desequilíbrio das proporções entre os sexos pode piorar em tempos de guerra. O fenômeno da Segunda Guerra Mundial é um caso. Depois da Segunda Guerra havia 7.300.000 mais mulheres do que homens apenas na Alemanha (3,3 milhões delas eram viúvas). Havia 100 homens com idade entre 20 a 30 anos para cada 167 mulheres no mesmo grupo de idade. Muitas dessas mulheres precisavam de um homem não apenas como companheiro, mas também como provedor da casa em um tempo de miséria e dificuldades sem precedentes.

Em relação ao aspecto jurídico, a poligamia é uma alternativa ao divórcio no caso de problemas conjugais. Ao invés de se divorciar de uma esposa ou marido doente ou estéril, permite-se casar novamente, enquanto se cuida do primeiro cônjuge.

Existe uma restrição biológica universal na reprodução masculina e feminina. A capacidade reprodutiva da mulher declina após seus vinte anos e termina com a menopausa, mas mesmo um homem em seus setenta anos retém a capacidade de ter filhos. A poligamia é uma solução para um homem que deseja mais filhos, especialmente em sociedades agrárias e tradicionais.

Por fim a poligamia institucional controla a propagação de doenças sexualmente transmissíveis como Herpes e AIDS. Essas doenças venéreas se propagam em sociedades promíscuas nas quais relações extraconjugais e prostituição são comuns. Isso pode ser devido ao marido trazer para sua relação ‘monogâmica’ com sua esposa as doenças com as quais foi infectado em uma relação extraconjugal.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu em seu bojo qualquer garantia ou fundamento principiológico à monogamia, tendo essa uma natureza jurídica de mero “vetor comportamental” a nortear as relações afetivas de apenas determinados grupos sociais com base na sua cultura e religião. Sendo assim, tal vetor não tem o condão de obrigar uma conduta a todos sem respeitar as diferenças das minorias, estabelecendo proibições e vedações genéricas ao reconhecimento das famílias em detrimento da religião das minorias, do princípio da isonomia, da liberdade de crença e da dignidade da pessoa humana.

Em relação à vedação infraconstitucional do crime de bigamia, esse delito já deveria ter sido abolido do ordenamento jurídico, por flagrante inconstitucionalidade ao princípio da isonomia das uniões estáveis e do concubinato, bem como em razão da intervenção mínima do Direito Penal.

Hodiernamente, por conta do reconhecimento da união estável poligâmica, do concubinato paralelo, da união estável e do matrimônio homoafetivo, deve-se aplicar a mesma lógica que reconheceu tais relações familiares, passando assim a reconhecer o casamento poligâmico com supedâneo no princípio da isonomia e da liberdade de crença, alicerces basilares do Estado Democrático de Direito.

REFÊRENCIAS:

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. *Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo*. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al (org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARASH, David; LIRTON, Judith Eve. *O Mito da monogamia: fidelidade e infidelidade entre pessoas e animais*. Tradução. Ryta Viangre. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B.. *Família, sociedade e educação: um ensaio sobre o individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade : teoria e prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.