

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

LOURIVAL ALVES GADELHA DE ALBUQUERQUE

**O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS COMO GARANTIA DA  
DIGNIDADE HUMANA**

Recife  
2016

LOURIVAL ALVES GADELHA DE ALBUQUERQUE

**O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS COMO GARANTIA DA  
DIGNIDADE HUMANA**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da  
Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Recife  
2016

Albuquerque, Lourival Alves Gadelha de.

O reconhecimento das famílias simultâneas como garantia da dignidade humana. /  
Lourival Alves Gadelha de Albuquerque. – Recife: O Autor, 2016.

50 f.

Orientador(a): Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho  
de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Famílias simultâneas. 2. Dignidade humana. 3. Repersonalização das famílias.

I. Título.

34 CDU (2.ed.)  
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas  
TCC 2016-443

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

LOURIVAL ALVES GADELHA DE ALBUQUERQUE

O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS COMO GARANTIA DA  
DIGNIDADE HUMANA

Defesa pública em Recife, 13 de junho de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Quakaledudrade

Orientador(a) Examinadora:

AnteCUR &

Dedico este trabalho a Deus, meu Senhor Jesus Cristo e aos meus pais, João Gadêlha de Albuquerque Neto e Izabel Cristina Alves de Albuquerque.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por me guiar, por me dar forças e vontade de seguir em frente com meus objetivos.

Agradeço aos meus pais: João Gadêlha de Albuquerque Neto e Izabel Cristina Alves de Albuquerque, por serem as pessoas mais importantes, por terem me ensinado a ser um homem de bem, por todo cuidado, amor e afeto, e principalmente por sempre acreditarem na minha capacidade e potencial.

Agradeço a Sacha Campos Faria que é, depois de minha mãe, a mulher mais grandiosa que conheci, por ter me ajudado inúmeras vezes nos estudos e trabalhos da faculdade, por ter ficado firme ao meu lado em momentos de dificuldade.

Agradeço a minha querida irmã e advogada Cristina Gadelha, por todos os incentivos, ajudas e por sempre acreditar na minha capacidade.

Agradeço a minha querida irmã Márcia Gadelha e ao meu cunhado Andy Pozo, por toda ajuda em pesquisas e trabalhos da faculdade.

Agradeço ao meu grande amigo Eduardo Marques, colega de curso, por toda ajuda no decorrer do curso.

Agradeço ao meu estimado amigo Gustavo Aquino, advogado, que me ajudou e me incentivou tanto na vida acadêmica como na vida profissional e pessoal.

Agradeço a todos os professores da graduação, em especial a minha orientadora, Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.

## RESUMO

Após a Constituição de 1988 um novo cenário surgiu para as famílias no Brasil. A legitimidade deixou de ser única do casamento, dando espaço à inclusão de outras formações, agora pautadas na afetividade. Caracterizam-se como paralelas ou simultâneas aquelas famílias que tem em sua composição um membro que já faz parte de outra formação. Ao menos um membro em comum deve estar inserido em duas ou mais situações. Para melhor compreensão, necessária se faz uma análise a partir das mudanças inclusivas de nossas entidades familiares para além de um rol taxativo. No judiciário encontramos demandas que versam a respeito das conjunturas familiares que se formam em simultaneidade a outra ou outras, buscando soluções para as consequências patrimoniais que resultam desse fato social que virou jurídico. É imprescindível que se observe a história e como ela influenciou o comportamento atual dos indivíduos. Desde as famílias primitivas, que se formavam dentro do próprio círculo consanguíneo, adentrando o modelo patriarcal, o qual tinha no homem a figura mais importante da formação familiar e onde filhos e mulheres eram subjugados, até a era atual, onde a afetividade é o parâmetro apto a ditar as novas relações. A função da família também passou por mudanças, deixando de servir como força de trabalho e ter caráter meramente produtivo e passando a funcionar como espaço de apoio e desenvolvimento humano. O objetivo é analisar o fenômeno das famílias simultâneas sob o enfoque da dignidade humana de seus membros, mostrando como, através de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, como o referido tema é tratado no ordenamento pátrio. Nesse diapasão, notou-se o dever de olhar princípios institucionais como a monogamia à luz da norma integrativa constitucional, relativizando o conservadorismo matrimonial e dando chance à liberdade dos seres humanos para construir suas famílias, além da tolerância de um fenômeno de ordem social sempre presente no Brasil, que é a pluralidade familiar, garantindo a dignidade de todos os envolvidos nas relações múltiplas.

**Palavras-chave:** Famílias Simultâneas. Dignidade Humana. Repersonalização das Famílias.

## ABSTRACT

After the Constitution of 1988, a new scenario arose for families in Brazil. The legitimacy seized being only for the institution of marriage, opening the possibility to other forms of family relationships, now based on affectivity. They are characterized as parallel or concurrent families which have a member who is already part of another family unit. At least one common family member must be part of two or more family situations. To better understand, it is necessary to analyze the inclusive changes of new family entities beyond an exhaustive list of what constitutes a family. In the Brazilian justice system we find demands that speak in respect to family situations that are simultaneously formed with one or more, seeking solutions to the patrimonial consequences which result from this social fact that has become juridic. It is essential to observe the history of the family unit and how it influenced the actual behavior of individuals. Since the time of primitive families that were formed within the inbred family circle itself, then entering the patriarchal model, in which men were the most important figures of the family and where women and children were trained to be subservient, and now to the current era, where affection is the parameter which dictates new relationships. The role of the family also underwent changes, seizing to be a workforce and merely a productive character to being an environment of support and human development. The objective of this work is to analyze the phenomenon of simultaneous families with a focus on human dignity of its members, showing how, through a biographical and jurisprudential review, how this topic is treated in the Brazilian national justice system. Following this line of thought, we note the duty to observe institutional principles such as monogamy in light of integrative constitutional norms, relativizing the matrimonial conservatism and giving chance to the liberty of human beings to build their families, beyond the tolerance of a social phenomenon which is always present in Brazil, that being the family plurality, assuring the dignity of all those involved in multiple relationships.

**Keywords:** Simultaneous Families. Human Dignity. Recharacterization of Families.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 O RUMO DAS FAMÍLIAS NO BRASIL</b> .....	10
2.1 Cenários históricos e conceitos .....	10
2.2 Origem, função e natureza jurídica.....	13
2.3 Constitucionalização das relações .....	15
2.4 As entidades familiares e os princípios a ela aplicáveis .....	17
2.4.1 Da dignidade da pessoa humana.....	18
2.4.2 Da solidariedade familiar.....	20
2.4.3 Da igualdade .....	21
2.4.4 Da liberdade.....	22
2.4.5 Da afetividade.....	23
2.4.6 Demais princípios fundamentais às famílias .....	25
<b>3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO MATRIMONIAL E CONVIVENCIAL</b> ..	27
3.1 Casamento .....	27
3.1.2 Monogamia.....	28
3.2 União estável e concubinato .....	30
3.2.1 Indícios de aceitação do concubinato como entidade familiar .....	34
<b>4 O FENÔMENO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS INSERIDO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	36
4.1 Contextualização da simultaneidade familiar .....	36
3.2 A concomitância familiar como situação de fato .....	37
4.3 As famílias simultâneas como insertas na pluralidade trazida pela Constituição de 1988.	38
4.4 Posicionamento jurisprudencial acerca do tema.....	40
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	47
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	49

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como objetivo mostrar a problemática que existe no reconhecimento das famílias simultâneas no ordenamento pátrio, situação encarada pela jurisprudência com alguma resistência. Para tanto, necessário se faz um estudo das famílias rudimentares até os modelos atuais.

O método de pesquisa utilizado contou com recursos advindos de referências bibliográficas e da análise da jurisprudência atual sobre o tema. Levaram-se em conta os ensinamentos de doutrinadores tradicionais e modernos, sopesando opiniões contrárias e favoráveis sobre a problemática.

Iniciará adentrando na história, passando pelos modelos primitivos demonstrados por Engels, pela família patriarcal, até a análise das novas conjunturas familiares trazidas pela Constituição Federal de 1988. Os avanços no cenário familiar até à constitucionalização serão abordados com enfoque nas mudanças ocorridas na forma de encarar as entidades de família.

A independência econômica e ideológica das mulheres e a autonomia dos filhos, que não mais se sujeitam as vontades do *pater*, funcionaram como incisivo ponto de partida para as mudanças ocorridas na linha dos avanços sociais que influenciaram o comportamento das famílias.

A função da família também sofreu mudanças significativas, deixando de ser encarada como instituto meramente patrimonial e considerada como força de trabalho, tornando-se ambiente de apoio e realizações para o seus membros, tendo em vista a análise à luz da dignidade e afetividade trazidas pela moderna visão constitucional.

Ainda no capítulo inaugural, serão abordados os princípios constitucionais do Direito das Famílias, analisando a afetividade, a solidariedade, igualdade, liberdade, a convivência familiar e a dignidade humana, relevantes ideais que ajudarão na compreensão da necessidade no acolhimento das uniões que vivem à marginalidade do ordenamento jurídico.

Alguns conceitos relevantes serão comentados, a fim de auxiliar na compreensão do tema central. Abordar-se-á brevemente o instituto do casamento, concepções sobre a monogamia, a união estável e o rechaçado concubinato, na tentativa de demonstrar a flexibilização ocorrida em alguns dos temas relatados.

A atenção à mulher concubina é levada em consideração pela trajetória de estigmas e preconceitos, sempre vivendo fora do abrangido pelo direito ou tendo suas relações de afeto reduzidas à meras questões patrimoniais e monetárias. A monogamia será encarada

como princípio institucional do direito matrimonial e não do ordenamento das famílias, uma vez que funciona como norma segregadora da liberdade na constituição das famílias.

No capítulo derradeiro haverá a demonstração do comportamento ainda em formação da jurisprudência, frente à situação. Procura-se demonstrar a vulnerabilidade da concubina quando do término das relações paralelas, onde é gerada uma fragilidade econômica e emocional por não ter sequer vínculo afetivo reconhecido, em clara afronta ao princípio da dignidade humana.

Procurar-se-á demonstrar os relacionamentos concomitantes como fato social que ocorre desde os primórdios no Brasil, fruto da cultura machista e da dificuldade na dissolução pelo elo do matrimônio, e que passou a ser posteriormente encarado pelo judiciário diante das demandas de cunho patrimonial surgidas após a dissolução do vínculo e abandono da concubina/companheira.

Finalmente, como solução para as questões patrimoniais e existenciais, procura-se demonstrar uma nova forma de trato com as famílias simultâneas na tentativa de enquadrá-las como entidade que merece reconhecimento, não podendo os seus membros continuar invisíveis para o ordenamento.

## 2. O RUMO DAS FAMÍLIAS NO BRASIL

### 2.1 Cenários históricos e conceitos

Historicamente diversos cenários já foram considerados como forma familiar. Friedrich Engels, na célebre obra publicada em 1884, “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, pontuava a reprodução e a produção da vida como fatores decisivos na história e já nos alertava sobre o surgimento da família como forma de garantia patrimonial.

Sobre a verdadeira metamorfose conceitual e de composição nos núcleos familiares, brilhantemente introduz Sílvio Venosa<sup>1</sup>:

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos. Nesse alvorecer mais um século, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico. Nos cursos das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

Na obra de Engels<sup>2</sup> se identificam, seguindo a classificação de Lewis H. Morgan, três modelos preliminares de família. Na Consanguínea, identificada como a primeira etapa da família, onde os grupos conjugais classificavam-se por gerações, todos da respectiva geração funcionavam como maridos e mulheres entre si, excluindo-se apenas os ascendentes e descendentes das relações conjugais. A família Punaluana, onde se iniciou a proibição do matrimônio entre irmãos, situação entendida como progresso para a ordem social, pois gerou os primos e primas, sobrinhos e sobrinhas.

E finalmente a Família Sindiásmica, a qual surgiu com valores inovadores que inviabilizaram as uniões em grupos e determinava as relações em pares viabilizadas pelo costume. Aqui a poligamia e a infidelidade ocasional funcionavam como direito dos homens, mas permitiu-se também o desenvolvimento da família monogâmica. Da evolução se conclui, portanto, a entidade familiar como unidade econômica, uma vez que as regras monogâmicas levam em conta um cuidado com a propriedade e a transmissão material aos filhos. Foram as

---

<sup>1</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 3.

<sup>2</sup> ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 9ª Edição, 1984.

raízes patrimonialistas que nos fizeram chegar ao patriarcado e avançar nos modelos primitivos familiares.

Tendo em vista o conservadorismo em tratar das relações, os vínculos afetivos só detinham reconhecimento se intitulados como matrimônio, situação considerada como oficial e correta pela sociedade e chancelada pelo Estado. Ademais, a instituição familiar era considerada uma unidade de produção, abrangendo extensivamente todos os parentes, já que seus membros significavam força de trabalho, o que ocorria mais fortemente longe dos centros urbanos.

Em Roma o princípio da autoridade regia as famílias, colocando a figura do *pater* como indivíduo central, o qual detinha funções de chefe político, sacerdote e juiz, além de sobre os filhos exercer direito de vida e morte. Nesse momento histórico a mulher vivida “*in loco filiae*” totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade;”.<sup>3</sup>

Ainda que a legislação civil brasileira tenha tomado como modelo tal família patriarcal, a partir dos valores jurídicos surgidos com a Constituição de 1988 houve sua extinção, tendo como vertentes principais as mudanças vindas com a urbanização e emancipação da mulher<sup>4</sup>, que aproveitou a demanda por mão-de-obra exigida pela revolução industrial para ser reconhecida como alternativa à única opção de fonte de subsistência familiar promovida pelo homem.

Com a evolução pós-romana, compreende-se que o instituto familiar beneficiou-se das contribuições do direito germânico, atingindo-se pelos ideais cristãos e reduzindo o grupo familiar aos pais e filhos e formando o que se chama de família nuclear, eivando-se de características do sacramento. As famílias migraram do cenário até então rural para os centros urbanos, passando a viver em ambientes menores, o que levou a aproximação afetiva.

Com o tempo, o perfil hierarquizado do núcleo familiar deu lugar ao formato democrático, considerando a importância da dignidade de cada membro, da igualdade e do respeito. Tais avanços ideológicos impulsionaram o fortalecimento das características humanas atribuídas às famílias consideradas após o início do Século XX.

Modernamente, o conceito de família abrange a multiplicidade e a variedade de fatores ao tentar estabelecer um modelo para o instituto. Os avanços ideológicos deixam para

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p.31.

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

trás um passado conservador onde somente o casamento instituía as relações no direito, passando a ser considerado um conceito plural, onde “a expressão “família” é gênero, que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do Direito”<sup>5</sup>.

A definição do que seja família já encontrou-se em um verdadeiro paradoxo, haja vista o Código Civil não delinear claramente o conceito, uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, parágrafo 4º ao dispor: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” leva a considerar que há um regra geral implicitamente aplicada. Culturalmente a família tornou-se conhecida pelos pais e seus filhos, acrescentando-se esse “conceito” o previsto constitucionalmente, onde família também poderia ser constituída dos pais sozinhos com seus filhos, notadamente na tentativa de salvaguardar o movimento social da mãe solteira e sua prole, por exemplo.

Diante demonstrada lacuna, restou necessário valer-se de construções sociológicas e antropológicas para que fosse possível viabilizar um conceito jurídico dotado de conservadorismo em só se considerar a família aquela formada pelo casamento com relação conjugal ou parentesco, mas que ganhou outros significados, de modo a se adequar a realidade social dos indivíduos. Mesmo que o matrimônio ainda seja centro gravitador do direito de família, hoje as uniões – ou não – em suas mais diversas formas vêm tomando notoriedade, tutela e espaço no mundo positivado.

Surge, então, como fundamento central das relações, a afetividade e a solidariedade, considerados pilares para o reconhecimento de um núcleo de união familiar, que agora é dotado de proteção do Estado, deixando para trás o escopo patrimonial.

A instituição familiar adquiriu proteção internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, votada pela ONU em 1948, onde se assegura, no artigo XVI.3 que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”<sup>6</sup>. Tal proteção do Estado às famílias é tida, portanto, como princípio universalmente respeitado.

Sobre a importância do *affecto* nas relações de família, o ilustre Caio Mário<sup>7</sup>:

---

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

<sup>6</sup> \_\_\_\_ Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948. Disponível em <http://www.dudh.org.br/>

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p.35-6.

Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as toma cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Para Sergio Resende de Barros “este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e o afeto conjugal entre homem e mulher seja espécie mais relevante, não é a única espécie de afeto familiar”.<sup>33</sup> Neste novo relacionamento (casamento ou outra união), onde um dos cônjuges ou companheiro (ou ambos) compõe a família todos trazem experiências anteriores e se veem diante do desafio de criar novos espaços de afetividade. Esta renovada relação de parentesco por afinidade assume, muitas vezes, as funções e cuidados próprios da família biológica, sobretudo em razão da morte ou da separação conjugal.

Diante da incompatibilidade entre os avanços da sociedade e a atuação legislativa, os fenômenos humanos nas relações familiares rompem as amarras legislativas, o que obriga ao mundo jurídico adaptação. No que concerne às composições de família, somos obrigados a reconhecer a amplitude de formas e gêneros formados pelas relações sociais, tendo como princípio norteador dessa afinidade o afeto.

## **2.2 Origem, função e natureza jurídica**

A família é considerada como pilar da sociedade e agente socializador do homem. Doutrinariamente, reputa-se às famílias origens socioafetivas e/ou biológicas. Importante ressaltar que uma classificação não exclui a outra, já que, por exemplo, toda paternidade é socioafetiva, podendo ela ser, ainda, biológica ou não. O direito de família, o qual, por óbvio, tem por objeto as famílias, regula, então, a relação das pessoas ligadas por vínculos de consanguinidade, afetividade ou afinidade.

Sobre a aceitação da socioafetividade no direito de família, considerando a criação do termo pela necessidade em nominar o fenômeno social da união pela convivência afetiva, onde deixa-se de lado as raízes biológicas e sanguíneas. Em uma passagem de sua obra, o professor Paulo Lôbo afirma que: “Pode-se dizer que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo contemporâneo”<sup>8</sup>.

Historicamente a origem biológica foi sempre determinante no que concerne às filiações, uma vez determinante para taxar filhos de legítimos e ilegítimos. Contudo, observou-se que nem sempre a verdade biológica retrata a realidade dos relacionamentos, os

---

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

quais podem ser mais complexos que um objetivo exame de DNA. Sobre o tema sustenta Lôbo: “Fazer coincidir a filiação necessariamente com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior”<sup>9</sup>.

A união dos indivíduos pode ser ainda considerada como um fato natural de formação espontânea no meio social e que ocorre muito antes da formação do Estado ou do direito. Comprova-se dita teoria quando se percebe que as estruturas familiares sempre ditaram-se pela convenção social acerca das relações interpessoais, tomando-se como exemplo o casamento, instituto definido como padrão pelo comportamento conservador das pessoas. Posteriormente às referidas convenções e instintos humanos de vivência em grupo é que as relações sofreram intervenção positiva do direito. De mesma maneira reforça Maria Berenice Dias<sup>10</sup>:

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim que se considera natural a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada à dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. Como diz Giselda Hironaka, não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

No que tange à função, considera-se que a família atual diluiu caracteres objetivos à ela atribuídos historicamente, haja vista perder a essência de algumas das funções, como, por exemplo, os aspectos procracional e religioso, diante da possibilidade da tutela jurídica de relacionamentos onde não se concebem filhos e das funções econômica, patrimonial e de proteção presentes no patriarcado, tendo em vista a emancipação dos membros da família.

Não obstante a importância histórica das ditas funções para a formação de um conceito sobre o tema, o que mais caracteriza a família moderna, que não pode mais ser considerada um fim em si mesma, é a sua função social de operar como unidade, sendo inicial, ideal e primordial na formação do corpo social e de servir como base principal na construção da vida do indivíduo.

No direito pátrio a família não é considerada pessoa jurídica, ainda que historicamente tenha-se defendido o inverso ante a uma suposta detenção de direitos

---

<sup>9</sup> *ibidem*, p. 30.

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

patrimoniais e extrapatrimoniais. O fato é que diante da ausência de personalidade e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações – de que são titulares seus membros, não há como considerar a entidade familiar como pessoa jurídica. Ademais, a instituição familiar não figura no rol do art. 44 do Código Civil, onde há previsão expressa das pessoas jurídicas de Direito Privado.

E é como parte do Direito Privado que é considerado o Direito de Família, ainda que sofra intervenção estatal, devida pela importância social. Os direitos de famílias têm natureza personalíssima por serem irrenunciáveis e intransmissíveis e suas normas são cogentes ou de ordem pública.

### 2.3 Constitucionalização das relações

A Constituição brasileira atual, promulgada em 1988, tem texto bastante abrangente no que tange as entidades familiares, podendo estas serem formadas de diversas maneiras e com inúmeras características, sejam elas tradicionais ou nucleares, monogâmicas ou formadas simplesmente pelo critério da afetividade. Contudo, muito se avançou para que a forma conservadora de se entender as famílias fosse relativizada.

Pela sempre atual visão do cientista jurídico Paulo Lôbo, é possível a observação do panorama constitucional brasileiro no que toca às relações familiares:

As Constituições brasileiras reproduzem as fases históricas que o país viveu, em relação à família, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. As constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Na Constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, parágrafo 4º) com o seguinte enunciado: ‘A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita’. Compreende-se a exclusividade do casamento civil, pois os republicanos desejavam concretizar a política da secularização da vida privada, mantida sob o controle da igreja oficial e do direito canônico durante a Colônia e o Império. Em contrapartida, as Constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes. Na Constituição autoritárias de 1937 a educação surge como um dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência.<sup>11</sup>

À época da Constituição Monárquica de 1824, onde originariamente surgiu a ideia de organização de um Código Civil, imperava o conservadorismo quando do tratamento das famílias, com o *pater* figurando na ponta mais alta da pirâmide hierárquica. O primeiro

---

<sup>11</sup> LÔBO, Paulo. op. cit. p. 33-4

diploma civil só foi criado em 1916, o qual considerava o matrimônio indissolúvel e como única forma familiar, julgando os vínculos fora do modelo convencional à marginalidade e os filhos fora do casamento como ilegítimos, não sendo mães e filhos “bastardos” detentores de quaisquer direitos.

A Carta Magna atual veio inovando por reconhecer, além da entidade matrimonial, a união estável e a entidade monoparental como instituto familiar. Ademais, avançou por deixar campo aberto para as eventuais interpretações extensivas. Como toda essa modernidade, os diplomas jurídicos Constituição e Código Civil de 1916 encontravam-se em dissonância, só vindo a encontrar a mínima congruência em 2002, com o “novo Código Civil”.

No entanto, ainda que o *códex* civil tenha entrado em vigor já no século XXI, foi concebido à égide da década de 1970, importando alguns retrocessos ante o inovador cenário social, deixando de tratar de questões importantes, tais como a superação da culpa no divórcio, a união de pessoas do mesmo sexo e as mais diversas concepções de família já introduzidas no meio jurídico pela CF/1988.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 quando da entrada em vigor já teve algumas de suas normas não recepcionadas no ordenamento, tendo em vista a incompatibilidade com a moderna Lei Maior, a qual estabeleceu a igualdade entre homem e mulher, protegeu todas as formas de constituição familiar, consagrou a igualdade entre os filhos advindos ou não da relação matrimonial e consanguínea e também os abrangidos apenas pelos vínculos da afetividade e afinidade, como ocorre na adoção.

Como bem traduz Luiz Edson Fachin, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família<sup>12</sup>. A solução ao problema do claro descompasso legislativo que necessitava de adequação com o texto constitucional foi encontrada com a edição de diversas emendas e pequenas reformas, o que ainda sim não significou congruência total no conteúdo.

Baseando-se nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e afetividade, torna-se possível nota a existência de um universo muito mais amplo que o determinado no texto legal do Código Civil e que encontra guarida na Carta Maior. A supressão na Constituição da cláusula exclusiva das demais entidades que não fossem o casamento reconheceu os tipos de convivência familiar existentes desde sempre na sociedade

---

<sup>12</sup> FACHIN, Luiz Edson apud DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 31.

e excluiu o *numerus clausus*<sup>13</sup> que considerava rigidamente como família apenas os modelos até então expressos na lei.

Dessa forma, conclui-se que, além da repersonalização das famílias e a relativização do conservadorismo, a constitucionalização do Direito Civil, notadamente do Direito de Família, trouxe um novo panorama acerca dos membros dessas relações afetivas. Reconheceu cada um como unidade e alvo das normas do Direito, considerando a própria pessoa por suas funções e participações dentro da família, situação que se justifica na importância da aplicação do princípio da dignidade humana, conquista tão presente no texto constitucional inovador de 1988. Como aponta no mesmo sentido Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

“[...] passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que mais é relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.”<sup>14</sup>

## 2.4 As entidades familiares e os princípios a ela aplicáveis

Inicialmente, cumpre destacar a importância dos princípios na construção do sistema normativo do direito, os quais, juntamente com as regras, compõem o ordenamento jurídico. Enquanto os princípios têm alto grau e generalidade e oferecem suporte axiológico para o sistema legal, as regras incidem sobre determinado suporte fático hipotético, têm abrangência mais fechada e moldada.

Os princípios funcionam de forma a guiar as regras e condições fático-jurídicas, de modo que todas as normas do ordenamento precisam estar em congruência com essas diretrizes. Por esse motivo é que se diz<sup>15</sup> ser mais grave a violação a um princípio que a transgressão a uma norma, uma vez que a desatenção a um princípio implica ofensa a todo o sistema de comando.

---

<sup>13</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2552>.

<sup>14</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira apud GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 63-4.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira apud DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 58.

É válido ressaltar que “um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos”<sup>16</sup>. Como bem coloca Paulo Lôbo, foi de extrema importância o reconhecimento da força vinculante dos princípios, uma vez que com isso foi possível ultrapassar o caráter meramente simbólico a eles concedido e mostrá-los como forma de ver o direito.

Os princípios constitucionais são considerados como ordenamento que acompanham todo o sistema de normas e podem, inclusive, acarretar mudanças na forma de análise destas, oferecendo interpretação direcionada e protegendo, se tomarmos por exemplo nosso princípio maior, a dignidade da pessoa humana, que age como alicerce para toda as demais orientações legais ou legislativas. Nesse sentido, é sedimentado que a interpretação conforme o texto constitucional e suas diretrizes implícitas funciona como mandamento primários do sistema positivado, motivo pelo qual todo argumento de cunho jurídico deve seguir a égide onipresente dos princípios.

A Carta Magna trouxe expressamente alguns dos princípios fundamentais para o Direito de família, não só a tão falada dignidade da pessoa humana, mas o da solidariedade familiar, igualdade de gêneros e filhos, melhor interesse da criança, dentre outros, além daqueles implícitos ao texto constitucional, mas que detém a mesma capacidade de vinculação e orientação dos já relacionados. Os fundamentais serão aqui tratados.

#### 2.4.1 Da dignidade da pessoa humana

O ora tratado princípio é basilar não só para o Direito de Família, mas para o Estado Democrático de Direito como um todo. Ainda que o Código Civil de 2002 não faça menção expressa ao termo, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

Já no preâmbulo constitucional encontramos o fundamento para a preocupação com a referida dignidade, qual seja: o dever de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Tudo ali colocado visou a proteção integral dos cidadãos como unidade no pluralismo da sociedade.

---

<sup>16</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

Indubitavelmente é o princípio mais importante da ordem jurídica, já que considerado macroprincípio do qual se enraízam as demais noções éticas e desdobram direitos fundamentais e subprincípios. A relevância que carrega o faz ser invocado quando presentes os direitos pessoais ou populares, tendo em vista se enquadrar universalmente na proteção da pessoa humana e em quaisquer âmbitos.

Seguindo a lição de Kant, podemos afirmar que tudo aquilo o qual não conseguimos atribuir valor pecuniário trata-se da essência da dignidade. Vejamos:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.<sup>17</sup>

O Direito de Família está intimamente relacionado com o tratado princípio, uma vez que faz parte da trajetória histórica das famílias a relativização do tratamento destas como unidade dotada de caráter econômico e patrimonial, passando a considerar cada membro importante como si mesmo. A atenção concedida a pessoa, agora como peça fundamental na formação do grupo familiar, é demonstração clara da relevância dada a dignidade de cada indivíduo.

Durante a repersonalização da família observou-se graves atentados ao que posteriormente aprendeu-se a chamar de dignidade. Se observarmos, prova maior não há de que o seres humanos eram drasticamente coisificados, tendo em vista quando na época do patriarcado das mulheres e filhos funcionavam como conteúdo da propriedade do *pater*. O Direito de Família moderno já conseguiu estabelecer como função do núcleo familiar a promoção do respeito à dignidade de seus membros, levando e conta os valores pessoais.

De tão fundamental, o Estado tem dever de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, sendo condição além também oponível. Dessa forma, “Não é direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família”<sup>18</sup>.

Ante o exposto, concluímos que o respeito à dignidade humana vai muito além de um axioma a ser repetido, mas é necessária a efetiva aplicação conjunta dos demais princípios, especialmente o da solidariedade, a fim de garantir a promoção de uma existência digna aos indivíduos, sendo este o papel do Estado e da família. A conceituação é deveras difícil de ser desenhada, mas bem apresentam os mestres Pamplona e Gagliano:

---

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77apud LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60. LÔBO, Paulo. op. cit. p. 61.

<sup>18</sup> LÔBO, Paulo. op. cit. p. 61.

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segunda as suas possibilidades a expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.<sup>19</sup>

#### 2.4.2 Da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade busca sua essência no significado do sentimento mesmo. Segue a ideia de cuidar do outro e prover seu bem-estar, ao mesmo tempo que todos cuidam do todo. Ainda que prontamente se pense em solidariedade patrimonial, no âmbito familiar há ainda o dever de solidariedade afetiva e psicológica, especialmente no que tange às crianças e adolescentes.

A previsão expressa do artigo 3º da Constituição Federal impõe como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Ademais, o preâmbulo constitucional prega fraternidade, a qual é, juntamente com a reciprocidade, ramificação da solidariedade. No entanto, no Direito de Família e no Código Civil há outras demonstrações do referido princípio vertido em lei ao dispor, por exemplo, no artigo 1511, que o casamento estabelece plena comunhão de vidas, ou ao tratar do dever de presta alimentos aos familiares (artigos 1694, 1700, 1707 etc).

Deve ser considerado como uma construção humana e como fato social, já que encontra-se em diversas relações, sejam elas nos grupos familiares ou especificamente quanto às crianças, adolescentes e idosos. Por ser ao mesmo tempo inovação legal no ordenamento jurídico e ao mesmo tempo construção do homem é que se requer atenção especial na sua aplicação, afim de evitar sua banalização. Sobre o tema Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o princípio ora tratado deve “ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de aplicação-interpretação do Direito”<sup>20</sup>.

Ainda na Carta Maior, também há de ser observada outra demonstração clara da aplicação do princípio ora debatido nas relações de família, uma vez que o constituinte, no

---

<sup>19</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.52.

<sup>20</sup> MORAES, Maria Cecília Boldin. “O Princípio da Solidariedade”, in Os Princípios da Constituição 1988, Org.: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 169. apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 58.

parágrafo 8º do art. 226 dita que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Não obstante, é pertinente ressaltar que no artigo seguinte é retirada a exclusividade do Estado no dever de garantia ao bem estar do cidadão, cabendo, prioritariamente à família tal ônus quando se tratar de crianças e adolescentes. Leia-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tratamento similar se observa no artigo 230 da CF/1988 no que concerne aos idosos ao afirmar que a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. De ambos os dispositivos é possível se inferir que à família cabe o dever primordial de solidariedade social com seus membros.

Finalmente, percebe-se que o escopo do princípio da solidariedade familiar atinge o mais profundo significado do termo, o qual impende a obrigação ética e moral de cuidado com o próximo e a superação do individualismo.

#### 2.4.3 Da igualdade

Este pode ser o princípio que mais óticas tenham a ser observadas, porquanto com a sua constitucionalização houveram afirmações fundamentais para o Direito de Família. Atribuiu mudanças no cenário das diferenças de gêneros, de filiação e de composição familiar, além de irradiar para o âmbito da guarda dos filhos e das uniões de pessoas do mesmo sexo.

Constitucionalmente todos foram declarados iguais perante a lei (art. 5º, *caput*), mas a igualdade historicamente foi instituto tão cheio de máscaras e conservadorismos que teve seu texto de liberdade reforçado em diversos outros dispositivos na CF e fora dela, sendo repetitivo, mas necessário.

A Lei Suprema acabou de vez com o resquícios do patriarcado que culturalmente conhecia a mulher como submissa e propriedade masculina e da casa. A imputação da igualdade de gêneros foi marco tão importante que passou a ser tratada como

direito fundamental previsto no artigo 5º, I da CF, o qual determinou paridade e direitos e obrigações entre homens e mulheres.

No cenário da filiação e do parentesco reconheceu-se o fenômeno social dos filhos havidos fora do casamento, situação até então considerada imaculada e intangível. A igualdade entre os filhos retirou o estigma de “ilegítimos” imputando àqueles concebidos de relações onde os pais não haviam contraído matrimônio. Ademais, considerou-se como titular de reconhecimento e direitos àqueles não biológicos e os adotados, conforme versa o artigo 227, § 6º da Constituição Federal.

O cenário conjugal também ganhou amplitude com a chegada do princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, pois atribuiu similitude ao casamento e à união estável, ainda que no Código Civil ainda apareçam deveres e obrigações diversos para tais situações. Da mesma forma ocorreu com as composições familiares, as quais ganharam tutela e abertura pela Constituição, reconhecendo como entidade familiar as mais diversas uniões.

Por fim, a aplicação do princípio constitucional da igualdade permitiu, dentre outros ramais, que pessoas do mesmo sexo recebessem oficialização no seu relacionamento afetivo, além de vir mudando a visão negativa e discriminatória da figura feminina como dona de casa e propriedade do lar.

#### 2.4.4 Da liberdade

Dos princípios da liberdade e da igualdade constituem os mais importantes direitos do indivíduo e para tanto receberam status de garantias fundamentais. Houveram mudanças sensíveis no passado sofrido pela impossibilidade de escolha por parte dos filhos e da mulher sobre situações que envolviam suas próprias condições de vida. Ademais, também foi imprescindível ao pluralismo nas composições familiares.

Pode ser chamado também de princípio da não intervenção, já que sua ideia precípua é fundamentada na autonomia da vontade das partes, onde ninguém de direito público ou privado tem poder de interferir no convencionado. É exatamente nesse diapasão que versa a redação do artigo 1513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Na Constituição encontramos a presença do princípio ora tratado quando se trata, no art. 226, § 7º, o planejamento familiar como decisão exclusiva do casal. Além disso, são múltiplas as abas do instituto da liberdade no Direito de Família. Refere-se a possibilidade

de livre composição familiar e escolha do seu par – ou união estável, na autonomia em escolher ou modificar o regime de bens.

Mais uma vez o professor Paulo Lôbo tece importantes considerações sobre o tema:

Na Constituição brasileira e nas leis atuais, o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226 § 7º, da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.<sup>21</sup>

Além do Código Civil outros instrumentos infraconstitucionais asseguram o princípio, tais como o ECA que resguarda os adolescentes e crianças a liberdade de expressão, opinião e participação da vida em comunidade sem discriminação.

#### 2.4.5 Da afetividade

Mais do que qualquer outro, o princípio da afetividade é o fundamento balizador das famílias e do Direito que delas trata. É mais uma vez o sentimento como fundamento jurídico. Ainda que a Constituição não traga expressamente o termo “afeto”, a afetividade possui, sim, cunho de princípio jurídico. No Código Civil podemos encontrar passagens que tratam explícita e implicitamente do princípio.

Ao contrário do que ocorria no passado, hoje as relações podem ser unicamente justificadas na afetividade, situação impossível quando os interesses patrimoniais e procracionais da família eram o mais importante ou quando o casamento era a única forma aceitável de demonstração de relacionamentos. O reconhecimento da união estável, da adoção e de diversos outros institutos devem a este princípio a sua aceitação.

A relativização do modelo formal e histórico de família vem dando espaço a esse novo modo de enxergar a união das pessoas. Doutrinariamente vem se chamando de família eudemonista aquela que oferece aos seus membros importância individualizada, não colocando a instituição família em primeiro lugar, mas cada indivíduo. O eudemonismo vem do grego e remete à felicidade ou bem-estar. Nesse sentido, Maria Berenice Dias:

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de

---

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo. op. cit. p. 70.

individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição de família e de preservação da vida.

[...]

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de buscar pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: *o Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos seus componentes que a integram.*<sup>22</sup>

Não há uma fórmula para a produção de relacionamentos afetivos, o que o confunde muitas vezes com o próprio conceito de amor, o qual consiste em fato natural inexplicável cientificamente. É importante observar, no entanto, que o afeto nasce da interação das pessoas, sendo o amor apenas uma de suas facetas, tal como lecionava Flávio Tartuce<sup>23</sup>. Inegável, portanto, que todas as relações de família são afetivas, já que o convívio e a aproximação natural produzem essa consequência.

Por ser a grande propulsora das relações é que faz nascer as demais ideias basilares do Direito de Família, tais como a solidariedade e a dignidade da família. A tendência da doutrina e da jurisprudência atuais é reconhecer a afetividade como justificativa das famílias, o que se observa da manifestação da Ministra Nancy Andrighi no julgamento de um recurso especial pelo STJ:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso<sup>24</sup>

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 55.

<sup>23</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: direito de família / Flávio Tartuce. – 9. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 39.

<sup>24</sup> STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julgado em 04.02.2010, DJe 23.02.2010

Observamos a partir do relatado voto o reconhecimento do afeto como fundamento de valor jurídico, além da relevância dada a convivência familiar e a comunhão de vida ante valores objetivos e biológicos. Lôbo afirma ser a afetividade, além do princípio jurídico, dever jurídico entre pais e filhos, diferentemente ao afeto, considerado como fator psicológico, o qual pode dar lugar a desafeição ou ao desamor.<sup>25</sup>

Positivamente a afetividade se mostra como norma jurídica quando todos os filhos são considerados iguais independente de sua origem, art. 227, § 6º da CF; quando a convivência familiar é prioridade para as crianças e adolescentes; quando a adoção é considerada escolha afetiva; e principalmente quando, no art. 1593 do CC, é estabelecido que o “parentesco é natural, civil, conforme resulte a consaguinidade ou outra origem”.

Dessa forma, possível é compreender o tratado princípio como alternativa moderna aos laços exclusivamente sanguíneos e biológicos, tornando relevantes e reconhecidas aquelas ligações que prezam por uma conjuntura de sentimentos recíprocos e que não necessariamente advém de um vínculo justificado ou natural.

#### 2.4.6 Demais princípios fundamentais às famílias

Diversas são as classificações dadas pelos doutrinadores como os princípios fundamentais para o Direito de Família. É certo que as do eixo dignidade, igualdade, liberdade e afetividade é de crucial importância, mas muitos outros enraizam daí, não deixando esses de serem essenciais para o entendimento complexo do que consiste as composições e relações familiares.

A convivência familiar é substancial às relações afetivas de família, uma vez que compreende a necessidade que o indivíduo tem de se encontrar seguro em um espaço físico, onde também poderá contar com outras pessoas de sua confiança e apreço. É o ambiente comum aos participantes da relação de afeição, o qual tem identidade coletiva. Tem-se, portanto, na convivência familiar situação elementar a formação de um critério afetivo nas pessoas, principalmente nas crianças e adolescentes, os quais têm garantido este direito.

A busca pelo melhor interesse da criança (e do adolescente) tornou-se prioridade no Direito de Família, de modo que todas as demais condições das relações precisam atender primeiramente ao referido princípio, o qual protege àqueles com maior

---

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. op. cit. p. 71.

fragilidade e vulnerabilidade. A Carta Magna no art. 227<sup>26</sup> impõe uma gama de direitos a serem respeitados, dos quais, são titulares aqueles considerados como crianças ou adolescentes pelo ECA<sup>27</sup>.

E não basta só ser levado em conta, exige que a melhor forma de resolução de conflitos seja atribuída, com nenhum ou o mínimo de impacto negativo sobre os menores. A criança e os adolescentes figuram como protagonistas na aplicação dos direitos e garantias no ordenamento jurídico, protegendo-os da própria família e do Estado.

Finalmente, de modo a garantir todos os avanços constitucionais e legais que os estudos sobre as famílias e as mudanças culturais trouxeram, nomeou-se como princípio da vedação ao retrocesso a consagração de institutos como igualdade, afetividade e dignidade humana e a proibição a eventuais limitações que se possa pretender fazer.

---

<sup>26</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>27</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinado pela lei nº 8.069/90.

### 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO MATRIMONIAL E CONVIVENCIAL

#### 3.1 Casamento

A ideia de viver em conjunto vem desde as sociedades primitivas, que repulsavam quem vivia sozinho, haja vista a força conjunta do homem com a mulher ser necessária para subsistência de ambos. Posteriormente, passou a ser comum o casamento no modelo romano, de onde vem nosso Direito Civil. Na prática do matrimônio solene, onde a posse da mulher deixava de ser propriedade do pai e passava a ser do marido, não levava em conta o *affecto maritalis*.

A força religiosa era o que definia as famílias, a afinidade ao culto era o que unia as pessoas, independente até o vínculo sanguíneo. Ao contrário do que se possa pensar, somente o cristianismo e o Direito Canônico dera caráter sacramental ao casamento, o considerando como fundamento da sociedade.

Ademais, a prole era fortemente incentivada no casamento romano, o que fazia casais que não procriavam e os solteiros sofrerem penalidades patrimoniais. Desse cenário percebesse, então, que o Direito da época não se opunha a outros vínculos conjugais, já que o interesse era na descendência, notadamente masculina, em prol da unidade religiosa-familiar.<sup>28</sup>

No Brasil, o casamento civil só surgiu em 1891, antes disso só se celebrava o religioso para quem era católico. Ainda quando da edição do CC de 1916, o único modo de constituir família era pelo matrimônio, o qual era indissolúvel. Somente após o advento da Constituição de 1988 que o conceito de família foi flexibilizado e remodelado, sendo aceitas outras formas de constituição familiar.

Conceitualmente o casamento é definido como um contrato do qual são partes ou cônjuges e que tem a finalidade de comunhão de vida a dois. Pontes de Miranda classificou como “o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”<sup>29</sup>.

Nesse mister, os juristas Rodolfo Pamplona e Gagliano assim definem: “como sendo um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma

---

<sup>28</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 25-6.

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA, F.C. Tratado de direito privado, v. 7, p. 2010. apud LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida.”<sup>30</sup>

Quanto à natureza jurídica, muito se discute na doutrina se seria o casamento ato solene, vínculo jurídico, ato negocial etc. Mais prudente é reconhecer que tem natureza contratual, uma vez que advém da manifestação de vontade das partes, mas corresponde a um contrato especial de direito de família<sup>31</sup>, o que diferencia das demais formas negociais por suas peculiaridades e especial leque de normas. A referida corrente é defendida pelos doutrinadores Orlando Gomes, Clóvis Beviláqua, Silvio Rodrigues e Caio Mário.

Para que se efetive e produza efeitos o casamento depende de manifestação de vontade das partes e declaração de autoridade competente de que “estão casados”. É ato pessoal, solene e que não admite termo ou condição. Além disso, gera vínculo conjugal entre as partes e de parentesco com os parentes dos outro. Como consequência, deve-se cumprir os deveres impostos pelo artigo 1566 do Código Civil, dentre eles o de coabitação e de fidelidade recíproca, que faz parte do conceito mais amplo de lealdade e diz respeito basicamente à exclusividade nas relações afetivas e sexuais<sup>32</sup>.

### 3.1.2 Monogamia

É fato que a imposição monogâmica sempre existiu como base da principal estrutura familiar, o sagrado matrimônio, sob o argumento de proteção da conjugalidade e de manutenção de família íntegra e exemplar. A norma de imposição monogâmica visava a mulher submissa vinda do patriarcado, a qual tinha obrigação de manter a prole legítima, de modo a garantir a sucessão patrimonial de forma segura. No entanto, ao abrigo da invisibilidade sempre correram os relacionamentos paralelos mantidos pelos senhores, inegavelmente fato social comum à época, tendo em vista as índias, as escravas, moças pobres etc.

A invocação da monogamia é a principal justificativa da jurisprudência brasileira ao não reconhecimento da simultaneidade das relações familiares. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, que defende a monogamia como princípio instituidor do direito de família, “seria um paradoxo para o Direito proteger duas relações concomitantemente, visto que

---

<sup>30</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p.118-9.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 115-7

<sup>32</sup> Ibidem, p. 288.

destruiria toda a lógica do nosso ordenamento jurídico, que gira em torno do princípio da monogamia que se trata de um princípio jurídico ordenador.”<sup>33</sup> No entanto, é importante que a análise dos casos concretos se contraponha a essa indicação moral aos princípios constitucionais da dignidade humana, da solidariedade e da afetividade.

Referido instituto é considerado como princípio ordenador do Direito de Família para alguns autores, ao passo que outros o entendem como mera orientação social e moral relativa ao casamento. Há um artigo na lei de cunho penal<sup>34</sup> que criminaliza a bigamia, mas que, aparentemente, busca proteger a família apenas a criada sob o sacramento matrimonial, sob a ótica ultrapassada de unidade e instituição patrimonial.

Paulo Lôbo, em recente entendimento a respeito do tema, considerou a monogamia como princípio que incide apenas no campo do casamento. Vejamos:

O princípio da monogamia é apenas aplicável ao casamento, dada a natureza deste e a tutela constitucional das entidades familiares que refogem ao modelo matrimonial, cujos exemplos salientes são as famílias monoparentais ou quando a pessoa integra família dirigida por algum parente (avô, tio, irmão mais velho etc.) Monogamia significa interdição a outro casamento, mas não a outra entidade familiar. No âmbito penal, a bigamia é o crime do duplo casamento, não podendo ser estendido à outra situação fática, por força do princípio da tipicidade penal. Para o código Penal, esse fato caracteriza o crime de bigamia, punível com até seis anos de reclusão. Mas esse impedimento não se aplica à união estável, cuja constituição é admitida quando um (ou ambos) dos companheiros for casado, desde que esteja separado de fato. Sendo a união estável distinta do casamento, regra peculiar e restritiva desde não poder ser aplicável àquela, em mesmo com o recurso à analogia. Nem a constituição nem a legislação constitucional aludem a esse requisito para a formação da união estável.<sup>35</sup>

Nas palavras de Letícia Ferrarini<sup>36</sup>, que entende a positivação da monogamia como a incorporação do comportamento cultural e moral da sociedade:

Trata-se a monogamia de uma característica histórico-sociológica reconhecida como padrão médio de família ocidental. Por ser um padrão de conduta socialmente institucionalizado, reputam-se desviantes os comportamentos que não seguem a orientação monogâmica. [...]

Por outro lado, vê-se, de plano, que a ordem jurídica pátria defende calorosamente a monogamia. Essa, embora não tenha sido alçada expressamente na Constituição Federal, arquitetou-se como verdadeiro axioma pela doutrina, encontrando guarida na legislação infraconstitucional e na sociedade, cuja orientação é judaico-cristã.

---

<sup>33</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 7ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>34</sup> Artigo 235 do Código Penal: Contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.

<sup>36</sup> FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 92-3.

Da ótica social, a monogamia está baseada na ideia de importância da família, da sua manutenção como entidade íntegra e harmoniosa. Nos países em que domina a civilização cristã, o relacionamento monogâmico é o modo de união conjugal mais puro, em consonância com os fins culturais da sociedade, sendo a forma mais apropriada para conservação individual, tanto para o cônjuge como para a prole<sup>37</sup>.

No Código Civil estão presentes os artigos 550; 1521, VI; 1.548, II; 1.572; 1573, I; 1.723, § 1º e o 1.727, dispositivos que remetem à ideia de que a monogamia é o fator restritivo da manutenção das relações concomitantes que vão além das relações matrimoniais. Percebe-se que a indicação monogâmica funciona como instrumento de exclusão de eventuais relações paralelas, numa flagrante omissão à dignidade humana de quem está à marginalidade dessa composição tida como regular. Desta forma, uma relação ganha o véu de proteção no ramo do Direito das Famílias e a outra fica carente de guarida legal.

Observa-se que a oposição da monogamia como princípio matrimonial se dá quando em choque com o dever maior de respeito à dignidade humana dos membros das conjunturas familiares, ainda que seja reconhecida como importante norma de base para manter a ordem da sociedade.

É sabido que a monogamia estrutura as relações familiares do mundo ocidental. Ocorre que tal cultura não foi oriunda de realizações de afeto, mas sim de cunho patrimonial e religioso, pois assim assegurava a certeza da paternidade e a transmissão do patrimônio. E ainda que se pregue a superação da monogamia como princípio, persiste a impressão de que tal instituto segregador atende melhor as necessidades da sociedade contemporânea ao garantir estabilidade e segurança jurídica.

Ocorre que a consequência da eventual manutenção da monogamia como princípio ordenador do Direito de Família seria “fechar os olhos” para as relações que efetivamente ocorrem e contrariam a indicação de sociedade monogâmica, acarretando não as mudanças no comportamento da sociedade, mas injustiças ao negar amparo jurídico àquelas entidades que existem de forma simultânea à outra ou outras, gerando ofensa à dignidade de quem se encontra do lado silenciado e não oficial do direito.

### **3.2 União estável e concubinato**

---

<sup>37</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2001.

A trajetória até o reconhecimento das uniões estáveis como entidade familiar foi longo e cheio de preconceitos. Antes da Constituição de 1988 todo e qualquer arranjo não inserido no modelo matrimonial era denominado concubinato. As uniões livres, espontaneamente formadas de forma informal, era rechaçadas pela sociedade influenciada por dogmas religiosos. O caminho foi de negação à valorização como forma de entidade familiar, passando pela tolerância, aceitação e reconhecimento.

As mulheres sofreram com o estigma de concubinas por se relacionarem com homens já inseridos em outras conjunturas, ou até mesmo por manterem uma união que não ostentava os requisitos legais e morais do casamento. Consideramos notadamente as mulheres por serem, historicamente, diminuídas pelo modelo submisso a elas imposto, além de sofrerem com as limitações sociais que as considerava inaptas ao mercado de trabalho, de modo que a vulnerabilidade financeira as vitimavam ainda mais.

Como repúdio às uniões havidas fora do matrimônio o legislador não se manifestou a respeito dessa situação de fato, cabendo à jurisprudência atender ao pleito social da parte vulnerável do relacionamento após as dissoluções, que também aconteciam de maneira informal.

Uma das causas enxergada pelos doutrinadores como responsável pelo aumento das relações concubinárias foi a impossibilidade de sair oficialmente de uma relação matrimonial, o que só começou a ser possível em 1977 com o surgimento do divórcio<sup>38</sup>. Antes disso, o desquite era a opção disponível, contudo não dissolvia a sociedade conjugal, nem tampouco permitia novo casamento.<sup>39</sup>

Em momento anterior a atual Carta Maior o judiciário começou a sucumbir ao reconhecimento das uniões de fato, tendo em vista vasta procura das mulheres quando do fim do relacionamento, onde sofriam o desamparo material e também existencial dela e em relação aos filhos, reivindicando o patrimônio que, na maioria das vezes, ajudou a construir durante anos. A solução encontrada foi dar o mínimo de amparo a essas mulheres valendo-se do direito obrigacional. Sob a justificativa de impedir o enriquecimento sem causa do companheiro foi editada a Súmula 380 do STF<sup>40</sup>, a qual considerava a dita união como sociedade de fato.

---

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo. op. cit. p. 168-9.

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 167.

<sup>40</sup> Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A outra forma que o judiciário encontrou de coibir as injustiças, também usando a legislação das obrigações, foi conceder, às mulheres sem alguma fonte de renda, uma indenização por serviços prestados, termo de utilização, a bem da verdade, para a prestação de alimentos.

Após a Carta Magna atual não mais foi necessário se valer do direito obrigacional para resolução de questões que versavam sobre esses relacionamentos que não configuravam casamento, agora reconhecidas como de Direito de Família, uma vez que reconhecida a união estável como entidade familiar constitucionalizada.

No lapso temporal entre a Constituição e o Código Civil de 2002 as relações de união estável regeram-se sob a égide das leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, as quais trouxeram uma espécie de estatuto sobre o tema. Versaram sobre um lapso temporal mínimo de 5 (cinco) anos para o reconhecimento, dever de alimentos, responsabilidade com os filhos, sucessão dos bens adquiridos em conjunto, direito real de habitação, conversão da união estável em casamento, direitos e deveres dos companheiros, além de estabelecer a competência da Vara de Família para os referidos assuntos que envolvessem a nova forma de família.<sup>41</sup>

Com a criação do Novo Código Civil revogou-se a referida legislação anterior, ao passo que foi compilada toda a matéria relativa ao tema união estável entre os artigos 1.723 e 1.726, enquanto o concubinato foi mencionado no art. 1.727. Ficou demonstrada, no entanto, clara preferência do legislador ao casamento. A forma como foi disposta deixou lacunas, já que, se comparada a parte matrimonial, foi feita de modo bastante resumido.

Historicamente a doutrina rotulou puro o relacionamento concubinário daqueles sem nenhum impedimento para o casamento e de impuro o que se constituiu maculado por tais vedações. O destaque da nova Lei Civil se deu por conta da manutenção da figura do concubinato, contudo, enquanto o “concubinato puro” recebeu nomenclatura constitucional de união estável pelo § 3º do art. 226 da CF<sup>42</sup>, restou ao art. 1.727 do CC/02 ser considerado como “impuro”, caracterizado pelas “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”.

Outra classificação pertinente e costumeiramente observada foi a divisão entre concubinato de boa fé e de má fé. O primeiro seria o equivalente ao casamento putativo, onde na dissolução por algum vício, os efeitos são viáveis apenas ao cônjuge de boa-fé. No caso, quando a concubina acredita que seu parceiro ou parceira viva em apenas um núcleo familiar.

---

<sup>41</sup> LÔBO, Paulo. op. cit. p. 170.

<sup>42</sup> Art. 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O de má fé seria aquele em que ambos os parceiros sabem que integram uma relação paralela, o que afastaria qualquer tratamento digno pelo judiciário.

As condições estabelecidas pela Constituição e pelo *Códex* Civil para o reconhecimento das relações de união estável como entidade familiar são: a) relação afetiva entre homem e mulher, muito embora a posição jurisprudencial recente já atribua às famílias homoafetivas os mesmos efeitos da união estável; b) convivência pública, de modo que a sociedade os reconheça como se casados fossem; c) que seja contínua e duradoura – ao contrário das legislações anteriores, o Código Civil e a Constituição não previram lapso temporal mínimo; e d) tenham objetivo de constituição de vida comum, o que remete aos princípios da afetividade, solidariedade e convivência familiar.

A legislação fala em facilidade na conversão da união estável em casamento, pecando nesse ponto por sugerir uma hierarquia entre as entidades familiares ali previstas. No entanto, importa que a horizontalidade entre as entidades já está bem delineada no direito brasileiro.

Ademais, no que tange ao estado civil, tem-se que as partes da união estável são “companheiros em união estável”, ao passo que seu regime de bens, salvo disposição em contrário, é a comunhão parcial, a partir do seu início, situação que, lado outro que ocorre com o casamento, não tem termo certo. A espontaneidade e a liberdade são pontos característicos da união estável. Dentre os deveres elencados no art. 1.724 do CC, estão o de lealdade, assistência, respeito e responsabilidade com os filhos.

É válido ressaltar que não consta no rol dos deveres, tal como no casamento, a obrigação de fidelidade recíproca e vida comum, o que pode-se dizer que se deu em razão da liberdade de constituição e dissolução do vínculo. Sobre o tema discorre Lôbo:

Os deveres de lealdade e respeito configuram obrigações naturais, pois são juridicamente inexigíveis, além de não consistirem em causas da dissolução. O conceito de lealdade não se confunde com o de fidelidade. A lealdade é respeito aos compromissos assumidos, radicando nos deveres morais de conduta. Fidelidade, no âmbito do direito de família, tem sentido estrito: é o impedimento de ter ou manter outra união familiar, em virtude do princípio da monogamia matrimonial.<sup>43</sup>

Corroborando o mesmo entendimento, de que fidelidade e lealdade têm significados práticos diversos, Anderson Schreiber:

É significativo que o legislador tenha se referido, no dispositivo, à “lealdade”, empregando expressão diversa daquela que utiliza na disciplina do matrimônio,

---

<sup>43</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178-9

onde alude ao dever de “fidelidade” conjugal (art. 1566). A distinção, que tem passado despercebida pela doutrina brasileira, conclama o intérprete à construção hermenêutica de um novo conceito. Diversamente da fidelidade conjugal, atrelada aos princípios do matrimônio e à exclusividade que lhe é inerente, a lealdade se apresenta como noção mais flexível, que se exprime na transparência, coerência e consistência da pessoa em relação aos ideais comuns. Trata-se de um compromisso com a concepção de união mantida pelos próprios envolvidos. Não implica necessariamente, a exclusividade que a fidelidade conjugal exige.<sup>44</sup>

Não restaram esclarecidos os motivos para o legislador trocar a fidelidade do casamento pela lealdade ao tratar dos relacionamentos em união estável, mas nos leva a prestar atenção na significativa mudança, ou ainda considerar a inexistência do dever de ser fiel aos companheiros, o que acarreta a possibilidade de conjunturas paralelas, já que também ausente a necessidade de coabitação, o caractere *more uxório*.

### 3.2.1 Índícios de aceitação do concubinato como entidade familiar

Atualmente é sedimentado o entendimento de que, para o reconhecimento de um entidade familiar, necessários são os requisitos de ostensibilidade, estabilidade e afetividade. Uma relação concubinária é capaz de deter todos esses perfis. É possível que seja pública e ostensiva, estável e baseada no afeto, juntamente com a intenção de constituição de vida em comum. O próprio conceito de concubinato dado pelo art. 1.727 do CC/2002<sup>45</sup> nos remete a uma relação sólida, já que fala em relações “não eventuais”.

Ademais, quando da análise do mesmo código, mas dessa vez do art. 1.708, que se encontra no Subtítulo III – Dos alimentos, observamos o tratamento de entidade familiar dado à relação de concubinato ao dispor que “com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.” Ora, se o concubinato é conjuntura apta a fazer cessar a necessidade do credor em receber alimentos, a estabilidade da relação, presume-se, é suficiente à imputação do princípio da solidariedade e convivência.

Lado outro, os artigos 550<sup>46</sup> e 1.801, III<sup>47</sup> do CC excluem totalmente a possibilidade dos concubinos figurarem como beneficiários de doação, herança ou legado,

<sup>44</sup> SCHREIBER, Anderson. Famílias Simultâneas e Redes Familiares. Disponível em <[http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Familias\\_Simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Familias_Simultaneas.pdf)>. p. 10. Acesso em 12 de novembro de 2015.

<sup>45</sup> Art. 1.727, CC/02: As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

<sup>46</sup> Art. 550, CC/02: A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

<sup>47</sup> Art. 1801, CC/02: Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: [...] III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

retirando quaisquer possibilidades de reconhecimento de membro da relação concubinária como titular de direitos patrimoniais, silenciando quanto aos de cunho existencial.

Diante da divergência presente da própria lei civil, cabe aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários nos afirmar se as relações de concubinato, ou somente o indivíduo que dela faz parte, têm quaisquer direitos, considerando as situações fáticas da sociedade em detrimento dos princípios constitucionais que regem o Direito das Famílias.

## 4. O FENÔMENO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS INSERIDO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

### 4.1 Contextualização da simultaneidade familiar

Considera-se vivendo uma situação de simultaneidade familiar a pessoa que relaciona com outra já envolvida em conjuntura diversa. *A priori*, é válido esclarecer que se busca discutir as famílias que se formaram de forma paralela sob a perspectiva da pessoa inserida no contexto da coexistencialidade, junto a sua dignidade, e não sopesando o papel das famílias simultâneas como instituição. A pretensão é analisar o que concerne à conjugalidade, já que o tema também se enraíza para a questão da filiação.

Com efeito, é dado interessante de observar que, com relação aos filhos, independente da relação pela qual foram concebidos, a cobertura é universal. À luz do princípio da igualdade dos filhos, pouco importa se foram advindos da única ou segunda relação concomitante em que estão inseridos os seus pais. Uma mesma situação fática acarreta direitos de abrangência diversa para apenas alguns dos integrantes. Há cobertura para os filhos, mas não para a mãe/companheira.

Sobre a visão a partir do indivíduo inserido na unidade familiar, o qual deve ser observado em conjunto com o princípio da solidariedade, o jurista Carlos Ruzyk: “a regra de proteção da família na pessoa de cada um de seus membros enfatiza o seu sentido coexistencial, que não se deixa aprisionar em “tipos legais”, mas que se dirige ao “melhor interesse” dos componentes das entidades familiares.”<sup>48</sup>

Ademais, a nova visão das famílias pelo eudemonismo, modelo trazido pela Constituição atual, nos ensina a enxergar o núcleo familiar como complemento e razão da felicidade e realizações dos seres humanos. A proteção do Estado deve ser, então, direcionada a cada um dos membros dessa conjuntura familiar, considerando-os parte do todo.

Socialmente muito se julga o tema em questão, uma vez que relacionado ao preconceito do adultério, o qual, inclusive, não é mais penalmente criminalizado. As figuras que integram uma relação de concubinato têm seus papéis bem delineados, tratando-se a própria situação como a causa da destruição de um lar formado pelo matrimônio. Ferrarini retrata bem o cenário na passagem de sua obra:

---

<sup>48</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2005. p. 35.

É que a simultaneidade familiar nas relações conjugais é vista como uma forma de relacionamento moralmente reprovável. [...] No imaginário social ainda prepondera a ideia de que as relações paralelas a casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e, “a outra”, por conseguinte, satanizada.<sup>49</sup>

A condição real e o contexto de como foi formada a relação concubinária pouco importa para quem a julga. O peso das tradições históricas, onde a única forma de constituição familiar era pelas sagradas regras do casamento, interferem no julgamento da verdade real no Direito das Famílias. No passado, os homens que tinham mulheres além das suas esposas e mãe dos seus filhos “legítimos”, faziam isso de forma a rotular o relacionamento como não oficial, personificando essas mulheres como *teúdas* e *manteúdas*, as quais, como o termo bem diz, eram mantidas apenas para satisfação sexual.

Diferente da sociedade, o Direito não pode se deixar influenciar por julgamentos morais ou avaliações de cunho pessoal. A obrigação é aplicar a lei à luz dos princípios constitucionais, mas observamos que a forma preconceituosa de encarar os fatos ainda reflete no julgamento legal dos tribunais, o que será demonstrado em tópico específico.

Demonstra-se necessário, da mesma forma, esclarecer o objetivo da corrente que prega o reconhecimento das famílias simultâneas, qual seja o de proteção daquelas situações onde estão caracterizadas uma entidade familiar com todos os seus requisitos de afetividade, coexistência, estabilidade e ostentabilidade. São requisitos que demonstram uma relação de família sólida, ainda que paralela à outra. Resta-se imprescindível o afastamento daqueles envolvimento esporádicos, clandestinos e de cunho meramente ocasional e sexual que não passam de um trivial relacionamento extraconjugal.

### **3.2 A concomitância familiar como situação de fato**

É inegável que a simultaneidade familiar encontra-se inserida na amplitude dos fenômenos sociais. É situação de fato, o que não quer dizer que haja irrelevância para o mundo do Direito, ainda que “por não ser caracterizada no sistema jurídico positivado, está no assim denominado âmbito do “não direito”.”<sup>50</sup> Não é difícil de encontrar no Brasil pessoas que afirmem viver amores paralelos ou “amando duas pessoas ao mesmo tempo”, sejam elas já vinculadas a uma união estável ou casamento.

---

<sup>49</sup> FERRARINI, Letícia. op. cit. p. 89.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 91.

Iniciou-se pela religião, valorizando o matrimônio como indissolúvel, e tornou-se cultural e pertencente ao modelo de família, a imposição de monogamia presente no ordenamento pátrio. Reforçando ser o cenário de concomitância nas relações advindo da natureza humana, Schreiber:

Em outras palavras, a concentração das atenções sobre as entidades familiares transmite a idéia de que cada pessoa deve ser inserida em apenas um esquema pré-moldado de família (ainda que o rol dos esquemas não seja mais considerado taxativo), rejeitando-se, implicitamente, a construção e desenvolvimento de relações familiares concomitantes ou simultâneas, especialmente se fundadas em diferentes convivências afetivas mantidas pela mesma pessoa. Com isso, a proteção à pessoa humana fica em segundo plano, tutelando-se, de modo abstrato, a entidade familiar em si mesma (com exclusão de outras que aquela pessoa pudesse integrar concomitantemente), enquanto o ordenamento constitucional exige justamente o oposto.

Tal atentado à Constituição revela-se ainda mais grave quando se observa que a simultaneidade familiar é fenômeno de frequência significativa na realidade brasileira, sendo certo que negar efeitos jurídicos a uma realidade tão evidente atenta contra toda a evolução mais recente do direito de família, marcada pelo reconhecimento de juridicidade a relações de convivência desenvolvidas na prática social. É o que se vê, com particular clareza, no exame das uniões estáveis, cuja disciplina em nada se opõe à sua ocorrência simultânea.<sup>51</sup>

O que acontece atualmente é o aparecimento desse fato, estudado pela sociologia e psicologia, no mundo jurídico, gerando controvérsia e discussões, a fim de encontrar guarida legal para os membros vulneráveis dessa situação.

### **4.3 As famílias simultâneas como insertas na pluralidade trazida pela Constituição de 1988**

Como já demonstrado no capítulo inaugural, as modificações históricas que passaram as famílias foram de grande valia para o cenário que se tem hoje. Saindo do modelo primitivo, passando pelo marcadamente patriarcal até a chegada dos dias atuais, com a regência da Constituição Cidadã, a composição das entidades passou a ser muito mais abrangente e acolhedora, permitindo aos indivíduos exercer a liberdade.

Somente após a flexibilização do casamento como única forma lícita de entidade de família é que a pluralidade familiar ganhou forma oficial, uma vez que relações livres das formalidades impostas pelo casamento sempre existiram. A possibilidade da união baseada, primordialmente, na afetividade tirou muitas famílias da marginalidade das leis, atribuindo-as proteção constitucional.

---

<sup>51</sup> SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 6.

O texto emblemático de Paulo Lôbo sobre as entidades constitucionalizadas assim dispõe:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.<sup>52</sup>

Observa-se, porém, que o fato da Constituição ter expressamente nomeado somente o casamento, a união estável e a família monoparental como família ainda causa divergência quanto a abrangência da proteção. Embora já esteja consolidado o argumento de que aquela listagem não constitui um *numerus clausus*, a ausência de proteção a certas entidades e seus membros ainda se faz presente. Tomamos por exemplo a causa das entidades homoafetivas: longa foi a luta até que se reconhecesse os efeitos da união como legítimos.

Sobre o tema, colaciona-se relevante trecho do julgamento da ADI 4.277<sup>53</sup>, que decidiu de forma exemplar a questão das uniões homoafetivas:

[...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA O SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial e proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552>>.

<sup>53</sup> STF – ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data do Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198

coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

Do julgamento, percebemos que o STF se valeu de todos os princípios expressos e implícitos na Constituição. Ao observarmos, estão presentes argumentos valorativos da afetividade, dignidade, liberdade de escolha, autonomia, igualdade, vedação ao preconceito e respeito ao pluralismo familiar, essenciais à proteção das entidades familiares usuais. Necessário se faz, portanto, na análise jurídica de quaisquer conjunturas familiares, a observância aos referidos princípios.

O Estado não pode simplesmente dizer o que configura ou não uma família, tomando como base uma ideia intrínseca de religiosidade e moral que apoia o matrimônio. É necessário que nos dispamos dos preconceitos para que a liberdade de constituição familiar e pluralidade dessas entidades, ideal previsto no art. 226 da CF/1988, impere. As famílias precisam ser respeitadas independente da sua formação e de estarem à margem do casamento, união estável ou situação monoparental.

Ressaltamos, ainda, que não é possível usar o casamento como parâmetro da união estável, uma vez que tal modelo está eivado de diversas características do matrimônio como sacramento religioso e não somente fundado sob a lei civil. Proceder de forma a adotar o casamento, implicitamente, como hierarquicamente superior é ferir gravemente a democracia e a laicidade, já que considerado como figura do Direito Canônico.

É necessário, então, olhar a família não sob égide alguma de suas formações, mas a entidade como um todo, considerando sua função na vida das pessoas como instrumento de apoio e desenvolvimento humano. As famílias que se constituem de forma simultânea a outros relacionamentos precisam, sim, de respeito jurídico e estão inseridas no contexto abrangido pela Constituição, haja vista serem dotadas, como as demais entidades, dos requisitos de coexistência, estabilidade, ostentabilidade e, principalmente, afetividade, necessários ao reconhecimento familiar.

#### **4.4 Posicionamento jurisprudencial acerca do tema**

Infelizmente a jurisprudência pátria não vem aceitando a ideia do acolhimento das famílias simultâneas como entidades familiares. A análise geralmente recai sobre as famílias, consideradas como concubinatos, em concomitância com um casamento ou com outra união estável.

Há diversas vertentes predominantes nas decisões dos tribunais como forma de subterfugar o não reconhecimento das relações de afetividade paralelas. A primeira delas diz respeito ao reconhecimento das relações de concubinato como sociedade de fato, da qual faz jus a companheira, quando do término da sociedade, a divisão de bens nos termos do direito obrigacional, tal como ocorre no julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>54</sup> colacionado abaixo:

CONCUBINATO – SOCIEDADE DE FATO – HOMEM CASADO. A SOCIEDADE DE FATO MANTIDA COM A CONCUBINA REGE-SE PELO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E NÃO PELO DE FAMÍLIA. INEXISTE IMPEDIMENTO A QUE O HOMEM CASADO, ALÉM DA SOCIEDADE CONJUGAL, MANTENHA OUTRA, DE FATO OU DE DIREITO, COM TERCEIRO. NÃO HÁ COGITAR DE PRETENZA DUPLA MEAÇÃO. A CENSURABILIDADE DO ADULTÉRIO NÃO HAVERÁ DE CONDUZIR A QUE SE LOCUPLETE, COM O ESFORÇO ALHEIO, EXATAMENTE AQUELE QUE O PRÁTICA.

E, ainda, manifestação mais recente da mesma Corte<sup>55</sup>, em 2010, no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. EQUIPARAÇÃO A CASAMENTO. PRIMAZIA DA MONOGAMIA. RELAÇÕES AFETIVAS DIVERSAS. QUALIFICAÇÃO MÁXIMA DE CONCUBINATO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Pretório Excelso já se manifestou pela constitucionalidade da convocação de magistrado de instância inferior para, atuando como substituto, compor colegiado de instância superior, inexistindo, na hipótese, qualquer ofensa ao princípio do juiz natural. 2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para prequestionamento de dispositivos constitucionais. 3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração, se o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que sucintamente. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato aos arts. 165, 458 e 535 do CPC. 4. Este tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Do exposto observa-se claramente a afronta à dignidade humana ao considerar os companheiros, envolvidos numa relação de afetividade e solidariedade, meramente como sócios em uma relação com fins econômicos. Ademais, não se considera ali a família como

---

<sup>54</sup> STJ – Resp: 47103 SP 1994/0011553-9, Relator: Ministro EDUARDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 29/11/1994, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.02.1995

<sup>55</sup> AGA 200802605140, VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), STJ – TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 27/08/2010.

instrumento do qual são partes seres humanos que buscam realização e felicidade. Julga-se como relevante somente a questão patrimonial, deixando totalmente de lado a existencial.

Nas remotas e corajosas vezes em que são julgados favoravelmente os pleitos de reconhecimento de união estável paralela ao casamento, um dos argumentos utilizados é a vedação ao enriquecimento ilícito do companheiro que sai da relação. Vejamos a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO DE PAPEL. ARTIGO 1.727 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EFEITOS. Interpretação do Código Civil de 2002 com eticidade, socialidade e operabilidade, como ensina Miguel Reale. Reconhecimento de efeitos a união estável paralela ao casamento de papel, como medida que visa evitar o enriquecimento ilícito. Deram parcial provimento.

Dos próprios fundamentos utilizados na argumentação é possível depreender que aqui ainda se visa a proteção da questão patrimonial, mas que já há um mínimo reconhecimento de relação afetiva paralela ao casamento. Mesmo assim, ainda há o estigma inferiorizador da relação afetiva.

É em razão de questões previdenciárias, na maior parte das vezes, que o questionamento acerca da possibilidade de reconhecimento de duas famílias que ocorreram simultaneamente vem à baila. Em 2012 foi reconhecida a repercussão geral do caso em que se pleiteava rateio de pensão por morte de homem falecido que viveu casado e em união estável com duas mulheres simultaneamente.

O RE 669465 foi interposto pela esposa contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Espírito Santo que negou provimento ao Recurso nº 2006.50.50.006711-7/01 e assentou o direito da companheira ao recebimento de 50% do valor da pensão por morte. Ao declarar a repercussão geral do tema o Exmo. Ministro Relator assim se pronunciou:

A vexata quaestio consiste em averiguar, à luz do art. 226, § 3º, da Carta Magna (“Para efeito de 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”), se é possível reconhecer direito previdenciários à pessoa que, durante longo período e com aparência familiar, manteve união com pessoa casada. A matéria não é novidade nesta Corte, tendo sido apreciada algumas vezes nos órgãos fracionários, sem que se possa, contudo, afirmar que se estabeleceu jurisprudência. [...]  
Considero que a matéria possui Repercussão Geral, apta a atingir inúmeros casos que exurgem na realidade social, envolvendo a extensão normativa do art. 201, V, e 226, § 3º, da CRFB.

O que se pretende é o efetivo reconhecimento das relações concubinárias como uniões estáveis legítimas, com todos os seus efeitos, haja vista estarmos diante de

envolvimentos puros de afeto que estão fadados à invisibilidade pela falta de regulamentação. Ora, ainda que considerem a monogamia como norte das relações de família, não parece justo que a parte mais frágil dessa relação saia, após o rompimento, natural ou pela morte de seu companheiro, desamparada patrimonial e sentimentalmente.

A união (estável) concubinária quando simultânea e a outra união estável deve ser tutelada para fins de justiça. Os óbices legais que ensejam a exclusão deste instituto não apresentam critérios razoáveis. É o inverso disso, há vidas, sonhos e realizações em jogo. São pessoas, principalmente mulheres, que devem ser protegidas desta violência institucional quando o Estado as trata de maneira inferiorizada. A exclusividade de participação de um único núcleo familiar também deve ser relativizada quando o direito se depara com a mais brutal ofensa a dignidade humana da mulher.

Configurada a “união estável” paralela ao casamento, lidamos com maiores complicações. É notória a rejeição da tutela jurídica desta possibilidade pela maioria dos estudos doutrinários e posições jurisprudenciais nos tribunais pátrios. Contudo, o objetivo é questionar os argumentos dominantes na tentativa de abarcar uma nova reflexão sobre a matéria, sem maiores ranços patrimonialistas ou moralistas.

As mudanças sociais acontecem em velocidade demasiadamente superior às adequações legislativas. Alguns dados fáticos, reais, existentes e que produzem efeitos e consequências jurídicas acontecem independentemente da previsão no Direito das Famílias. A tensão entre as demandas sociais e o direito positivado sempre esteve presente, a exemplo do pleito para a conquista da legitimidade dos filhos fora do casamento e a indissolubilidade do matrimônio.

E assim são configuradas as relações simultâneas, como situações fáticas desprovidas de proteção. A monogamia se faz presente nos institutos do casamento, mas, quando colocada em face do princípio ordenador de todo o direito, o da dignidade humana, é preciso que seja relativizada. Não é razoável imputar a sanção da desproteção a uma relação que nasceu da espontaneidade, liberdade e afetividade.

A entidade familiar simultânea, quando conjugados os requisitos da estabilidade, ostensibilidade e afetividade têm o condão de aparecer no plano jurídico. São características imperativas que determinam o vínculo familiar das pessoas. Pensar ao contrário seria prezar as entidades em si de forma desarrazoada em detrimento aos vínculos afetivos existenciais dos indivíduos, sem atender aos princípios basilares da justiça.

O Ministro Carlos Ayres Brito, em 2008, ao proferir voto vencido no julgamento do RE 397.762-8/BA, brilhantemente se pronunciou:

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 situações de companheirismo. (...) Com efeitos, 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 subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é, família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental adois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração “é terra que ninguém nunca pisou”. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaçante.

O Exmo. Ministro aplicou de forma plausível o que versa o § 8º do art. 226: “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”, mas foi vencido pela abordagem escassa e deveras formalista do voto vencedor que negou o pleito da requerente e companheira e não levou em conta a convivência familiar na relação marginalizada e estigmatizada.

Em um dos poucos exemplos felizes que temos no ordenamento, se destaca o seguinte julgamento do Tribunal de Justiça do RS:

**APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO.**

Se mesmo não estando separado de fato da esposa, vivia o falecido em união estável com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, deve ser mantida a procedência da ação que reconheceu a sua existência, paralela ao casamento. A esposa, contudo, tem direito sobre parcela dos bens adquiridos durante a vigência da união estável.

**RECURSO ADESIVO.** Os honorários advocatícios em favor do patrono da autora devem ser fixados em valor que compensa dignamente o combativo trabalho apresentado. Apelação dos réus parcialmente provida. Recurso adesivo da autora provido.<sup>56</sup>

Aqui a valorização da relação afetiva simultânea ao casamento deu ensejo ao reconhecimento de entidade familiar, ainda que o companheiro/marido não houvesse se separado de fato da esposa, tal como exigem as demais decisões.

Ainda que muito percurso se tenha a seguir no assunto, diante de conflitos entre princípios e normas do Direito das Famílias, a prevalência deverá ser sempre da busca pela dignidade humana dos membros inseridos nas entidades familiares pautada nos princípios da afetividade e solidariedade. A solução mais justa para o impasse parece ser o reconhecimento da proteção a ambas unidades familiares que ocorrem de forma paralela, tal

<sup>56</sup> TJRS, Apelação Cível nº 70015693476, Rel. Des. José S. Trindade, DJ 20/07/2006.

como decidiu o acórdão do TJRS, Corte importante e pioneira no reconhecimento das novas formas de família:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. LEGITIMAÇÃO. PERÍODO. PROVA. MEAÇÃO. “TRIAÇÃO”. SUCESSÃO. USUFRUTO. AGRAVO RETIDO. Os sucessores do de cujus são os legitimados para responder a ação declaratória de união estável. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência entre a autora e o de cujus em período concomitante de ‘papal’. Reconhecimento da união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (“TRIAÇÃO”). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em ‘triação’, pela duplicidade de uniões. DIREITO AO USUFRUTO. A companheira tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo de cujus quando da existência de filhos. Regramento com base na legislação vigente ao tempo do código de 1916, época do óbito do autor da herança. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA. VENCIDO O PRESIDENTE QUE PROVA, EM PARTE, EM MENOR EXTENSÃO.<sup>57</sup>

Entretanto, apesar dessas ponderações, a coexistencialidade afetiva enfrenta óbices jurídicos que impedem não só o reconhecimento legal do vínculo familiar existente, bem como a tutela dos demais direitos de ordem patrimonial. O próprio Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando desta forma, a saber:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO E CONCUBINATO SIMULTÂNEOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo ao menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato, enquanto a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.
- Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa deste à partilha dos bens deixados pelo concubino.
- Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinatória concomitante a casamento válido, Recurso especial provido.<sup>58</sup>

Dá se percebe, com a devida *vênia*, a Douta Relatora, o excesso de apego ao formalismo civilista, bem como distanciamento dos ideais de solidariedade familiar, posição deveras incoerente com o modelo pregado pela Constituição atual. Ao negar o direito de reconhecimento da então concubina, estar-se-á escanteando-a para a invisibilidade, tolhendo seu direito de viver com dignidade e reconhecimento. Nas palavras de Pianovski, “verificadas

<sup>57</sup> TJRS, Apelação Cível nº 70011962503, Rel. Des. Rui Portanova, DJ 17/11/2005.

<sup>58</sup> REsp 931. 155/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 281

duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades.”<sup>59</sup>

Nesse mister, necessária é a realização de uma análise despida de preconceitos e julgamentos morais que carregam as marcas do passado. Em tempo de Constituição Cidadã, a família plural funciona como um espaço aberto a todas as relações de amor, afetividade e respeito. Sendo uma relação familiar simultânea a outra, ambas merecem tutela jurídica, sob pena de ofensa à dignidade de seus membros.

---

<sup>59</sup> PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB/Thomson, 2006.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia buscou demonstrar a inegável necessidade de reconhecimento dos efeitos jurídicos das relações de concubinato, melhor denominadas de famílias simultâneas. Até hoje essas famílias vivem à margem do direito matrimonial e de suas normas discriminatórias, afastando-se do caráter plural trazido pela Constituição Federal de 1988.

O modelo patriarcal de família, com a figura masculina no centro exercendo seu poder sobre os filhos e as mulheres, vem sendo cada vez mais dissipado graças aos avanços na legislação e na postura das pessoas. O reconhecimento da liberdade da mulher foi de suma importância para a extinção do modelo arcaico de constituição de vida conjunta.

A independência dos membros das entidades familiares, afastando o caráter de força de trabalho para a subsistência que detinha no início dos tempos, se apresentou como conquista relevante para que o referido modelo perdesse força e surgisse a família com os valores de afetividade, solidariedade e igualdade que presenciamos hoje.

Os princípios constitucionais mostraram a necessidade de enxergar a família não como unidade a ser protegida, mas como instrumento a ser utilizado por seus membros, a fim de se desenvolverem e encontrarem a felicidade. O ideal eudemonista trazido pela Constituição Cidadã tornou a família cenário plural e que possibilita a realização dos seus integrantes.

As entidades familiares modernas são caracterizadas pela presença, principalmente, da afetividade, que funciona como ligação dos indivíduos a fim de exercerem a convivência conjunta. A CF/1988, ao suprimir termo de exclusão para formação das entidades familiares, deu guarida para novas conjunturas, prevendo de forma expressa o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, o que não significa haver *numerus clausus* exclusivo.

Ainda que expressamente se vede existência de hierarquia entre as entidades, o condicionamento cultural e advindo da religiosidade faz com que o matrimônio seja considerado a base da sociedade. Buscou-se demonstrar os motivos pelos quais a monogamia não pode ser considerada princípio ordenador de todo o Direito das Famílias, uma vez ser figura que impõe vedações somente ao casamento, tendo a união estável não um dever de fidelidade, mas de lealdade, a qual tem conceito muito mais abrangente e se relaciona mais

intimamente com as características do companheirismo do que com o impedimento de novas relações.

Finalmente, buscou-se demonstrar a situação que vivem os integrantes das famílias formadas de forma paralela à outra. São caracterizadas pela formação do vínculo afetivo entre duas pessoas, onde uma delas já faz parte de conjuntura familiar diversa. Essa situação é tratada pelo Direito como mera relação concubinária, a qual não caracteriza entidade familiar e, conseqüentemente, não possibilita seus membros, notadamente a concubina, figurar como titular de direitos.

Conclui-se ser necessária uma mudança da postura da jurisprudência pátria, uma vez que resta-se imprescindível o reconhecimento à luz da dignidade humana para as pessoas que integram essa formação estigmatizada pelo adultério.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL.** 1988. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 13 de março 2016.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos** – ONU, 1948. Disponível em

<<http://www.dudh.org.br>> Acesso em 13 de março 2016.

Lei 10.406/2002, **Código Civil**. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 15 de março de 2016.

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

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 9. ed. 1984.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 6: **Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552>>. Acesso em 13 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Princípio da solidariedade familiar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em 13 de março de 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Famílias simultâneas e monogamia**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB/Thomson, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Famílias Simultâneas e Redes Familiares**. Disponível em: <[http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Familias\\_Simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Familias_Simultaneas.pdf)>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família** / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.