UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

MESTRADO EM DIREITO

BRUNO MARQUES RIBEIRO

RELAÇÕES FAMILIARES SIMULTÂNEAS À LUZ DA ORDEM CIVIL CONSTITUCIONAL

Uberlândia

2013

BRUNO MARQUES RIBEIRO

RELAÇÕES FAMILIARES SIMULTÂNEAS À LUZ DA ORDEM CIVIL CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação do Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Uberlândia

2013

AGRADECIMENTOS

A jornada foi longa e envolveu o apoio de várias pessoas, sem as quais, certamente, não teria sido possível e tão prazerosa a finalização de mais essa etapa da minha vida. A todas elas, devoto minha sincera gratidão e ofereço meus sinceros agradecimentos.

Inicialmente, tenho muito a agradecer à Universidade Federal de Uberlândia e à Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis", por me oferecer ensino gratuito e de qualidade, permitindo que eu pudesse escolher e me qualificar para a carreira que escolhi seguir.

A todos os envolvidos no curso de Mestrado em Direito, agradeço por oportunizarem meu crescimento pessoal e profissional. Em especial, agradeço a uma pessoa por quem sempre tive muito carinho e que esteve especialmente envolvida nesse processo todo, não só como secretaria do curso, mas como verdadeira e querida amiga de longa data. A você, Isabel Arice Koboldt, a minha amizade, meu respeito e minha gratidão.

Também devo especial agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins, que me oportuniza a possibilidade de conhecer a aprender o Direito há bastante tempo. Poucas são as pessoas que têm tanto prazer em compartilhar conhecimento, e só por essa razão, além de tantas outras, terá sempre meu respeito e minha gratidão. Foi um prazer reencontrá-lo no Mestrado e espero poder contar com seu apoio nas minhas futuras empreitadas.

Aos colegas da terceira turma do Mestrado em Direito da FADIR, agradeço por tornarem tudo mais prazeroso. Foram muitos os desafios e as sensações experimentadas ao longo da nossa jornada, mas tenho certeza que sem vocês, tudo teria sido bem difícil, senão impossível.

À minha família, especialmente aos meus pais, agradeço não só pela vida, mas por permitir que eu pudesse vivê-la sempre com muita felicidade. A vocês, agradeço com o meu coração, porque palavras não seriam suficientes para fazê-lo.

Ao querido Breno, agradeço pelo carinho legítimo, por tornar a minha vida mais descontraída e menos monótona. Você foi o responsável por não me deixar esquecer de viver sempre que eu reclamava da sobrecarga de trabalho.

Aos amigos em geral, por me incentivarem e sempre se interessarem pelo meu trabalho, o que sempre representou grande estímulo para mim.

Agradeço, enfim, a todos com quem convivo diariamente, assim como àqueles que passaram na minha vida durante esses dois anos. Tenho certeza que meu trabalho leva um pouco de toda a minha experiência de vida, e, portanto, leva um pouco de cada um de vocês.

Finalmente, agradeço aos amantes espalhados pelo Brasil, por serem fonte de inspiração para esse trabalho. Desejo, sinceramente, que na vida e no Direito, prevaleça sempre o amor, e que cada um, à sua maneira, possa alcançar a felicidade.

"Consideramos justa toda forma de amor"

(Toda forma de amor – Lulu Santos)

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de trazer uma compreensão acerca do fenômeno das famílias simultâneas no Direito contemporâneo brasileiro. A família, inicialmente forma específica de agregação humana asseguradora da sobrevivência, modificou-se ao longo dos ciclos de vida, dos contextos culturais e dos conflitos interpessoais e ainda tem passado por transformações que correspondem às mudanças sofridas pela sociedade. Destaca-se como entidade mutável, pois vem se alterando e estruturando nos últimos tempos, fato que impossibilita identificá-la com um modelo único ou ideal. No sistema clássico originário da Codificação Civil de 1916, o modelo familiar desenhado atendia a uma perspectiva institucional da família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado, com a proteção exclusiva das entidades familiares centradas unicamente no matrimônio. Diante da necessidade de adaptação de soluções para os descompassos e conflitos surgidos, especialmente, na seara das relações familiares, o Direito Civil tradicional vai cedendo espaço para a absorção das renovações com o fim de readaptar sua aplicação aos fatos contemporâneos e aos novos fenômenos sociais. A Constituição Federal de 1988, marco no reconhecimento da mudança do Direito de Família do Brasil, reconheceu o pluralismo na formação dos núcleos familiares e uma nova concepção acerca das famílias, as quais passaram a ser consideradas entidades igualitárias, descentralizadas, democráticas, fundadas, essencialmente, em laços de afeto. No entanto, constata-se que os modelos familiares contemplados em nosso ordenamento jurídico ainda não constituem as formas suficientes para atender à demanda social marcada pelo dinamismo das relações humanas. Frente a esse cenário, o estudo será dedicado à concepção plural de família e ao contexto familiar contemporâneo, no qual estão inseridas as famílias simultâneas, objetivando demonstrar que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente à luz das regras e princípios da ordem Civil-Constitucional, aponta para o reconhecimento e atribuição de efeitos jurídicos a essas entidades familiares ainda tão discriminadas.

Palavras-chave: Direito Civil Constitucional. Pluralismo familiar. Famílias simultâneas.

ABSTRACT

This paper aims to point out an understanding about the simultaneous families' phenomenon in contemporary Brazilian Law. The family, once a specific form of human aggregation which assures the survival of its members, changed throughout life cycles, cultural contexts and interpersonal conflicts and it has still gone through transformations that corresponded to changes in the society. Family thus figures as a changeable entity, since it has been modifying and organizing itself, and that's why is difficult to identify family as an unique or ideal model. In the classical system established by the Brazilian Civil Codification of 1916, the familiar model was designed from an institutional perspective of family, with a patriarchal and hierarchical character. Thus, the protection of the familiar entity was solely centered on the matrimony. Traditional Brazilian Civil Law is absorbing renovations with the purpose of readapt its usage to the contemporary facts and to the new social phenomenon, aiming the resolution of the irregularities and conflicts, especially in the family relationships' field. Brazilian Federal Constitution of 1988, which was a milestone in the recognition of changes in Brazilian Family Law, acknowledged the pluralism in the formation of families and also the new conception of family. Families are thus entities considered egalitarian, decentralized, democratic and mainly based on bonds of affection. However, the family models referred to in Brazilian legal system are still not enough to attend the social demand of the dynamism of human relations. In this context, this study focuses on the concept of plural families in modern family life, in which polygamous families are embedded, with the goal to demonstrate that a systematic interpretation of the Brazilian legal system, notably in the terms and principles of the Constitutional Civil Order, points out the acknowledgment and attribution of legal effect to these family entities still so discriminated.

Key-words: Constitutional Civil Law. Familiar pluralism. Simultaneous families.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....10

CAPÍTULO I – A TRAJETÓRIA DA FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....14

1.1 A família dos séculos XVIII e XIX.....14

1.2 O Código Civil brasileiro de 1916.....17

1.3 A constitucionalização do Direito Civil.....19

1.4 A repersonalização do Direito de Família.....26

1.5 Os novos contornos da família.....30

1.5.1 O afeto como valor jurídico na transformação da família.....32

1.5.2 A pluralidade na formação de entidades familiares.....38

CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES FAMILIARES.....43

2.1 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....43

2.2 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: formas e limites da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas...48

2.3 Eficácia dos direitos fundamentais à luz das relações familiares.....52

2.3.1 Os destinatários da proteção constitucional à família.....53

2.3.2 Justificações para a especial proteção da família.....57

2.3.3 Relações familiares e o papel dos direitos fundamentais no Direito de Família constitucionalizado.....59

2.4 Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares e autonomia privada.....61

2.4.1 A aplicação da autonomia privada no âmbito do Direito de Família.....66

2.4.2 O princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família.....70

2.5 Ponderação de interesses: o primado da afetividade em matéria familiar.....73

CAPÍTULO III – TUTELA JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS.....77

3.1 Família e sexualidade na pós-modernidade: breves apontamentos sociológicos.....77

3.1.1 As transformações da modernidade: o que é família?.....77

3.1.2 Arranjos familiares plurais na atualidade e o exercício da sexualidade.....84
3.2 Problematização jurídica da simultaneidade familiar.....91
3.2.1 Ponderações sobre a monogamia.....95
3.2.2 Famílias simultâneas à luz do pluralismo familiar.....99
3.3 Critérios para o reconhecimento das famílias simultâneas enquanto entidades familiares.....105
3.4 Atuação do Estado na concretização da efetiva tutela jurídica das famílias simultâneas.....113

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....127

REFERÊNCIAS.....130

ANEXO.....138

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, um dos segmentos do universo jurídico onde puderam ser verificadas intensas transformações é o Direito de Família, fato que despertou o interesse pela compreensão contemporânea da realidade da família no Direito Brasileiro, passando, inclusive, a ser chamado de "Direito das Famílias".

A família, inicialmente forma específica de agregação humana asseguradora da sobrevivência, modificou-se ao longo dos ciclos de vida, dos contextos culturais e dos conflitos interpessoais, e ainda tem passado por alterações que correspondem às mudanças sofridas pela sociedade. Destaca-se como entidade mutável, pois vem se estruturando nos últimos tempos, fato que impossibilita identificá-la com um modelo único ou ideal.

No sistema clássico originário da Codificação Civil de 1916, o modelo familiar desenhado atendia a uma perspectiva institucional da família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado, com a proteção exclusiva das entidades familiares centradas unicamente no matrimônio. Diante da necessidade de adaptação de soluções para os descompassos e conflitos surgidos, especialmente, na seara das relações familiares, o Direito Civil tradicional vai cedendo espaço para a absorção das renovações com o fim de readaptar sua aplicação aos fatos contemporâneos e aos novos fenômenos sociais.

A família constitui-se em uma realidade social e histórica, fundamental para a formação e coordenação do destino do indivíduo na sociedade. Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, impuseram-se novos paradigmas ao deixar-se de considerar o casamento civil ou religioso com efeitos civis como a única célula mínima e exclusiva na constituição da família, abrindo as portas legais para a contemplação da entidade formada pela união estável entre um homem e uma mulher, bem como qualquer dos pais com os filhos. É dizer: consagraram-se novas realidades familiares que se somam às tradicionais.

Impõe-se compreender a complexidade das relações familiares, e a partir dessa perspectiva, visualizar a construção de uma cultura jurídica que nos conduza a reconhecer que há pluralidade de modelos de famílias merecedoras de proteção jurídica.

Percebe-se a renovação do Direito Civil brasileiro, especialmente do Direito de Família. No Direito Civil, o reconhecimento da incidência dos princípios da dignidade humana e da igualdade e dos valores de proteção ao ser humano, merecedor de respeito e consideração, bem como da isonomia entre as diversas formas escolhidas para a composição de famílias,

reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea.

As normas jurídicas que disciplinam as relações de Direito Privado passaram a ser funcionalizadas em prol da concretização de finalidades que promovam a tutela dos direitos e interesses da pessoa humana. Diante desse quadro, aflora a indiscutível importância da Constituição Federal de 1988, como marco no desdobramento do Direito de Família do Brasil, pois estabeleceu as diretrizes no tratamento da família como um todo, bem como na tutela de cada integrante individualmente.

A busca em tornar concretos e densificados os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade é tarefa de todo o cidadão e, principalmente, os estudos jurídicos que, ancorados na realidade, almejam tornar a vida das pessoas mais feliz, acolhendo a diversidade de escolhas na forma de compor suas relações afetivas e familiares.

Considera-se fundamental essa análise, pois o tratamento dispensado pelo Direito à família é constantemente posto à prova, tendo em vista as renovadas transformações vividas pelo cotidiano das pessoas que reclama tratamento jurídico fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

O trabalho busca contemplar uma concepção familiar apresentando a dignidade humana como critério estruturante do reconhecimento da diversidade de entidades familiares, a partir da noção do afeto que une seus integrantes. O marco teórico do trabalho baseia-se no estudo da possibilidade de, sob uma perspectiva civil-constitucional, o Direito reconhecer, na dinâmica das relações humanas, a multiplicidade de formas de constituição das famílias, notadamente no que tange à situação jurídica das famílias simultâneas.

A metodologia utilizada para a realização deste estudo teve por base o método histórico-hermenêutico, na medida em que se buscou pensar a família como uma realidade histórica, interpretada a partir da sua própria manifestação na sociedade brasileira contemporânea.

Lançou-se mão de substancial pesquisa bibliográfica, de cunho analítico-explicativa. Em face da necessidade da correta assimilação de alguns conceitos e institutos do Direito de Família, tal fato foi perseguido por meio de obras clássicas e contemporâneas, em razão da necessidade de se demonstrar a evolução por que passaram os princípios e regras concernentes à família, notadamente quanto à inovadora perspectiva civil-constitucional. Ademais, visando obter um acompanhamento simultâneo do constante desenvolvimento pelo qual passa esse ramo do Direito, esta pesquisa também se valeu do uso de boletins e

periódicos científicos sazonais especializados em temas que envolvam a realização deste trabalho.

Realizou-se também pesquisa documental, consistente no exame de posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais brasileiros (dos mais vanguardistas aos mais conservadores) acerca dos tópicos a serem abrangidos nessa pesquisa, bem como de leis, projetos de leis e outros tipos normativos, que visam regulamentar fatos relevantes a esse trabalho.

Foram utilizadas fontes primárias e secundárias para realização da pesquisa. As fontes primárias mais utilizadas foram as leis, como a Constituição Federal e o Código Civil, e decisões jurisprudenciais, acórdãos e sentenças do Judiciário brasileiro. As fontes secundárias foram representadas pelos artigos jurídicos, livros, dissertações de mestrado e teses de doutorado, realizando-se, por derradeiro, análise qualitativa do conjunto do material referido.

A fim de se desenvolver apropriadamente o tema das famílias simultâneas, a presente pesquisa foi dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo, estuda-se a trajetória da instituição familiar na ordem jurídica brasileira. Foram analisadas as transformações no conceito, valores, estrutura e relações de poder ocorridas na família desde o Brasil colônia até a contemporaneidade.

Para tanto, abordou-se a travessia da família desde o Código Civil de 1916, influenciado pelo Código de Napoleão, até o advento da Constituição Federal de 1988, quando tem início a repersonalização das relações familiares, fenômeno consequente da constitucionalização do Direito de Família. Nesse passo, apontam-se os novos contornos das estruturas familiares delineados pelo prisma afetivo, cujo resultado é a denominada "família eudemonista".

No segundo capítulo, trabalha-se a temática da vinculação dos particulares aos direito fundamentais, apresentando-se as principais teorias de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a respectiva aceitação que obtiveram na ordem constitucional pátria.

Realizou-se ainda a demonstração da maneira em que os direitos fundamentais incidem especificamente nas relações familiares, demonstrando a relevância dessa perspectiva. Ao depois, tratou-se da garantia fundamental da autonomia privada, com o intuito de demonstrar que, considerando-se a situação de igualdade entre os indivíduos que compõem uma entidade familiar, o exercício da autonomia privada, alinhado à proteção dos direitos fundamentais, representa a irrestrita possibilidade da gestão da vida privada e familiar dos indivíduos, alheia aos moldes previamente impostos pelo Estado, prevalecendo, em detrimento de qualquer outro fator, o afeto.

Por fim, no terceiro capítulo, enfrentou-se a realidade sociológica das famílias simultâneas, sendo abordadas questões elementares à compreensão de tal arranjo afetivo na perspectiva da conjugalidade. Buscou-se contextualizar o fenômeno no âmbito do Estado Democrático que, a partir da cláusula da dignidade da pessoa humana, fez-se reconhecedor da família eudemonista, trabalhando-se então com a concepção do pluralismo familiar assente na ordem constitucional pátria.

Analisou-se, também, de que maneira o Estado desempenha seu papel de protetor das relações familiares no sistema jurídico, realizando-se especial análise de casos que envolvem famílias simultâneas, bem como realizando-se necessária distinção entre as relações paralelas merecedoras de chancela jurídica, novas perspectivas para interpretar, a partir da leitura constitucional, as possibilidades e eventuais limites de seu ingresso no sistema jurídico.

Constatou-se, ao final, um contínuo movimento de adaptação do Direito de Família à realidade social que se transforma e aperfeiçoa seus modos de convivência familiar, diagnosticando-se tímidos, porém pioneiros e essenciais, avanços no tratamento jurídico das famílias simultâneas no cenário jurídico pátrio.

CAPÍTULO I – A TRAJETÓRIA DA FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

1.1 A FAMÍLIA DOS SÉCULOS XVIII E XIX

Partindo-se do entendimento de que somente a História instrui sobre o significado das coisas e que "[...] é preciso sempre reconstituí-la, para incorporar novas realidades e novas ideias ou, em outras palavras, levar-se em conta que o tempo passa e tudo muda", importa que se compreenda a família como uma entidade ancestral, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam a suas estruturas e a sua arquitetura através dos tempos.[1]

Nessa linha, propõe-se identificar as mudanças operadas desde a família tradicional dos séculos XVI a XX até se chegar a família introduzida pela Constituição de 1988.

Renuncia-se, de plano, à pretensão esgotar todas as transformações das famílias no Brasil, mas, diversamente, limitar-se-á àquelas que dizem respeito a evolução dos grupos familiares desde a Colônia à contemporaneidade. O trajeto partirá de breves considerações acerca da família patriarcal,[2] pois, sendo esse o modelo traçado no Código Civil de 1916, será possível identificar as rupturas e descontinuidades até o surgimento da família nuclear.

O padrão familiar tradicional era fundado no matrimônio, sendo o vínculo do casamento a única forma legítima de constituição da família. O caráter instrumental que lhe era conferido estava condicionado a interesses extrínsecos, sobretudo do Estado. A família não estava

[1] FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12.

[2] Ciente das numerosas críticas àqueles que retratam a sociedade brasileira da época da Colônia como composta apenas por famílias patriarcais, no sentido de que tal não refletiria a família brasileira como um todo, importa que se esclareça, no presente estudo, que será esse o modelo inicialmente estudado, não de forma arbitrária, mas tão somente pelo fato de ter sido a base da codificação civil de 1916. A esse propósito, Rui Geraldo Camargo Viana sustenta que a família dita patriarcal foi designação "que se disseminou por causa do peso da cultura, da argumentação e da autoridade de *Gilberto Freire* e *Oliveira Viana*, os quais, focados na família tradicional do Norte e do Nordetes do Brasil, na família setentrional, praticamente delinearam uma família dita patriarcal na sociedade rural, o que, contudo, não reflete a família brasileira como um todo" (VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 32.)

voltada à realização de cada indivíduo dentro do próprio grupo, mas, ao contrario, cada membro era visto como promotor dos interesses dessa instituição. O bom funcionamento da família, a sua prosperidade, era de fundamental importância para o desenvolvimento do Estado.

Enquanto unidade econômica, a família se funcionalizava nesse período para garantir o "ter" em detrimento do "ser". Era, pois, o elemento essencial de produção e crescimento do Estado. Nesse contexto, com o objetivo de assegurar o crescimento econômico e a transmissão do patrimônio, a função primordial do vínculo familiar era a procriação.[3]

A família patriarcal, implantada à época do Brasil Colônia, vigorou no Brasil desde o século XVI até o século passado. Pelo fato de concentrar para si as funções sociais econômicas mais importantes, desempenhou papel fundamental na sociedade colonial. Nesse caráter institucionalizado e transpessoal da família, as vontades individuais cediam lugar aos interesses familiares e do próprio Estado.

O indivíduo vivia para o fortalecimento da instituição, a família não estava a serviço dos seus membros, e sim os seus componentes jungiam-se a ela. Sobre a família patriarcal, Álvaro Villaça ensina:

> Essa família celebrada, santificada, fortalecida era também uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Da família, ele era a honra, dando-lhe seu nome, o chefe e o gerente. Encarnava e representava o grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham. Mulher e filho lhe eram rigorosamente subordinados. A esposa estava destinada ao lar, aos muros de sua casa, à fidelidade absoluta. Os filhos deviam submeter suas escolhas, profissionais e amorosas, às necessidades familiares. As uniões privilegiavam a aliança em vez do amor, a paixão sendo considerada fugaz e destruidora. Para as moças, vigiadas de perto, não havia outro caminho senão o casamento e a vida caseira. Os próprios meios operários só reconheceram às mulheres o direito ao trabalho em função do sustento dos filhos e das necessidades da economia familiar. Família ambígua, essa do século XIX! Ninho e ninho, refúgio caloroso, centro de intercâmbio afetivo e sexual, barreira contra a agressão exterior, enrustida em seu território, a casa, protegida pelo muro espesso da vida privada que ninguém poderia violar – mas também secreta, fechada, exclusiva, palco de incessantes conflitos que tecem uma interminável intriga, fundamento da cultura romanesca do século.[4]

A ideia do homem como chefe da sociedade conjugal deveu-se à necessidade de uma autoridade para assegurar a ordem e a unidade, tão importantes para o sistema de produção da

[3] FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Op. cit.* p. 13.
[4] AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Estatuto da família de fato**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

época. A família patriarcal era, pois, a espinha dorsal da sociedade e desempenhava os papéis de procriação, administração econômica e direção política.

Nesse modelo de família, apenas o chefe era dotado de direitos e cidadania plena. Aos demais membros não eram conferidos os mesmos poderes e direitos, sendo que a mulher[5] e os filhos eram tratados como seres frágeis, dependentes e submissos, encontrando-se em posição de inferioridade, não tendo, como consequência, a mesma dignidade que o homem. A instituição familiar, portanto, estava no ápice da hierarquia, seguida do pai, chefe da família e detentor de toda autoridade.

Isso porque a manutenção da comunidade familiar como fim do Estado relegava a um segundo plano a realização e o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo que a compunha. A opção patrimonializada da família desconsiderou os desejos pessoais, sentimentos, sonhos e quaisquer outros valores particulares e individuais dos seus componentes. Esse interesse familiar superior, sobreposto às vontades individuais, era fruto do entendimento de que a instituição deveria atender prioritariamente aos interesses da propriedade.[6]

No mesmo contexto, em virtude da extensão do poder do patriarca, que não se limitava à mulher e aos filhos, dirigindo-se também à senzala, não era conferida ao Estado a possibilidade de intervenção no espaço privado da instituição familiar, o que tornava os abusos aos mais fracos uma realidade incontestável.

O poderio patriarcal[7] ganhou espaço na estrutura do Brasil Colônia, onde o governo português[8] não se fazia representar de forma satisfatória. Assim, na ausência de um Estado

---

[5] "A esposa tem papel definido nesta estrutura familiar como de subordinação, papel este para qual é criada desde a mais tenra infância". (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 119)

[6] Neste mesmo sentido, aponta Rosana Fachin: "A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas". (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 08.)

[7] Rodrigo da Cunha Pereira, sobre o patriarcalismo, sustenta: "Quando pensamos em patriarcado, nos remetemos a mais que uma forma de família. Ele é, antes de tudo, uma estrutura na qual homens e mulheres têm o seu desenvolvimento com base no mito da superioridade masculina. É a partir daí e nesse contexto que estão construídos os ordenamentos jurídicos. Tornou-se inconcebível uma sociedade que não seja de base patriarcal". (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 81.)

[8] Ao fazer uma análise de nossas raízes, Sérgio Buarque de Hollanda identifica a importância que a colonização portuguesa teve para a formação de nossa cultura. Tais influências não foram as únicas, cabendo ao índio e ao negro o papel importantíssimo. A formação do nosso povo foi uma mistura dessas três raças. Só que os portugueses tinham características próprias, que foram responsáveis pela formação cultural, e, principalmente,

forte, os proprietários de terras foram tomando os espaços e detendo o poder. Essa família patriarcal, baseada na autoridade masculina, estendeu-se por toda a sociedade brasileira, centralizada no senhor de engenhos nos primeiros séculos, e depois nos políticos.

Daí a confusão entre o público e o privado, e a invasão do Estado na família, passando aquele a ser uma constituição desta. A mudança de rumos somente ocorreu a partir do momento que o Estado passou efetivamente a assumir suas funções.

Feitas essas considerações iniciais e reconhecidas as características da família patriarcal, importa que se tenha em mente "que em diferentes épocas, a família se condiciona às necessidades da sociedade".[9]

Nesse passo, na sequência, com o propósito de compreender a evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro, serão apresentados os modelos dessa instituição desenhados no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, sendo que esse último será analisado sob a perspectiva da Constituição de 1988.

1.2 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

Foi sob a influência napoleônica que nasceu o projeto de formação jurídica do Código Civil brasileiro de 1916. Com o propósito de substituir, finalmente, a legislação esparsa de origem portuguesa e seguindo histórico do domínio do patriarcalismo, desde os tempos primitivos, a codificação de 1916, a exemplo da maioria das legislações do mundo ocidental à época, refletiu os interesses e costumes do patriarcado.[10]

Imperava nessa época, o liberalismo. A herança de tal liberalismo patrimonialista pós-revolução francesa produziu a cultura da codificação, cujas raízes remontam ao iluminismo e seu determinismo científico. O Código veio, portanto, como a codificação do homem privado. Nesse contexto, o sujeito, para o Direito, era aquele que desempenhava papéis pré-estabelecidos num corpo codificado. A noção de pessoa se confundia com a ideia de sujeito de direitos tipicamente patrimoniais. Consequentemente, todos os institutos acabavam sendo analisados a partir dos mesmos valores.

Cristina de Oliveira Zamberlan, a propósito, observa que

---

política do Brasil [...]. (HOLLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 82)

[9] AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Op. cit.* p. 105.

[10] "Tratam-se das elites, que ao legislar, refletem o mundo em que se inserem cuja manutenção atende aos seus interesses. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 114.)

> [...] O Código Civil de 1916 representava, quando do momento de sua vigência, a constituição do Direito Privado, a deter a exclusividade de sua regulação. Em tal cenário, o Código aspirava aos ideais de completude, de ausência de lacunas"[11]

A igualdade, fundada na ideia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material.[12]

Tais características da codificação de 1916 retratam a tradição desencadeada pelo modelo francês, prestigiando o individualismo voluntarista e o liberalismo jurídico, que consagrou, no século XIX, a completude e unicidade do Direito, que passou a ter como fonte única o Estado. Mas, como as exigências socioculturais daquela época se alteraram, impôs-se a necessidade de mudar o enfoque.

Já se reconhecia, então, a necessidade de intervenção do Estado para regular as relações sociais e especialmente econômicas. Nessa linha, pode-se afirmar que a edição de estatutos especiais, regulamentadores de temas específicos, foi o início da superação do modelo ideologicamente baseado no individualismo capitalista, regido para regular a vida em sociedade como documento completo e único.

> Estes estudos, designados num primeiro momento como leis extravagantes, foram editados em razões de pressões sociais, para atendimento das mais diversas necessidades, em particular a proteção da parte economicamente mais fraca.[13]

Os estatutos passaram a revogar ou complementar o contido na codificação. A edição de um número cada vez maior de textos de lei especial provoca uma verdadeira descentralização do Direito Privado. Como consequência, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a recepção destas novas fontes de Direito operou uma inversão hermenêutica, tendo em vista

---

[11] ZAMBERLAN, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: uma perspectiva disciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26.

[12] RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 05.

[13] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da Autonomia Liberal à funcionalização do Direito Contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: Atualidades II – Da Autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 232.

que as regras de interpretação se transferiram do instituído pelo sistema de codificação para o âmbito das leis especiais, ainda que mantida a aplicação residual do Código Civil, que se tornou, dessa sorte, um sistema fragmentado, ora excluído, ora complementar à constelação de microssistemas estabelecidos.[14]

No mesmo sentido, Carlos Edson Monteiro do Rêgo explica a importância que foi adquirindo a legislação especial que florescia na penumbra da codificação:

> Pouco a pouco, a legislação de Direito Privado ia se avolumando e se adensando ao redor do Código Civil, de tal sorte que aquele vetusto de completitude restara posto em xeque por observadores mais argutos.[15]

Nessa dimensão vai surgindo uma leitura diferenciada do Direito Privado, com ampla reforma na concepção do Direito Civil. Paulatinamente, a partir da interferência de normas de ordem publica no campo privado, o Direito Civil passa por transformações ao mesmo tempo em que se assiste a passagem do Estado Liberal ao Estado Social.

1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Já se explicitou o modelo de família na época do Brasil Colônia: o patriarcalismo, que a partir de uma perspectiva institucionalista da família e do caráter transpessoal e abstrato dessa instituição, é a estrutura que dominou a realidade social da época e, portanto, refletiu sua racionalidade na codificação de 1916. Inegável, portanto, que a influência decisiva para o modelo de família instituído na codificação civil brasileira de 1916 foi a estrutura patriarcal extensa predominante entre a elite detentora do poder político e econômico do século XIX.[16]

Nesse cenário, antes de se adentrar na verdadeira revolução porque passou a família no transcurso do tempo, registra-se que o presente capítulo não se limitará ao enfoque exclusivamente jurídico sobre os temas de Direito de Família, o que certamente representaria visão estreita sobre as famílias no Direito; buscar-se-á, além disso, a compreensão

---

[14] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral. v. 1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

[15] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

[16] De acordo com Carlos Ruzyk, afirmar isso significa reputar àquele Código "como dotado de um sentido de proteção do agrupamento familiar em uma dimensão abstrata que se depreende da realidade concreta dos membros que a compõem". (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 20.)

interdisciplinar, sobretudo social de tais alterações. Isso porque a família "antecede, sucede e transcende o jurídico. Está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico".[17]

Inicialmente, porém, com vistas a verificar alterações legislativas e da consequente proteção jurídica conferida à família no cenário jurídico brasileiro, far-se-á uma breve análise das origens do Direito Privado nacional. Define-se esse trajeto, não de maneira aleatória, mas, ao contrário, porque o tratamento jurídico dispensado à instituição familiar é, e sempre foi, diretamente influenciado pelas diretrizes do Direito Privado. Daí a necessidade de se apresentar um breve histórico do Direito Civil nacional.

Para tanto, não se pode prescindir do estudo das origens da formação do ordenamento jurídico francês, que teve no Código de Napoleão a grande influência da codificação brasileira de 1916.

A Revolução Francesa buscava não só romper com a monarquia que ditava os rumos da sociedade, mas também se rebelava contra a magistratura francesa. O casuísmo que imperava à época, invariavelmente, contra a vontade da maioria, despertou no revolucionário francês o desejo de uma nova ordem jurídica, obrigatória para todos.

Pretendia-se modernizar a sociedade pela abolição do feudalismo e do paternalismo, substituindo-se por uma ordem legal baseada nos princípios da liberdade individual e da igualdade. No incansável trabalho de codificação, depois de diversos projetos rejeitados – por serem muito extensos, ou muito sucintos, ou até mesmo por serem de difícil compreensão –, finalmente, com Napoleão no poder, é formada uma nova comissão, cujo trabalho resulta no Código Civil francês.

A partir daí, toda a França passa a centrar-se no Código Civil, que significou, no plano privado, o triunfo do positivismo jurídico. Ocorre que essa estrutura, no curso do tempo, vai ser extremamente criticada. Nesse sentido, sustenta o Professor Renan Lotufo:

> O Código francês que deveria refletir os princípios da revolução (Liberdade, Fraternidade e Igualdade), focaliza dois outros valores fundamentais: propriedade e contrato. Admite que a propriedade deva ser para todos. Essa liberdade é entendida como algo inato a todo ser humano, sendo que todo ser humano é livre para contratar como e com quem quiser.
> [...] pois é exatamente essa liberdade dada ao contratante que levou o fraco a ser submetido ao forte, de onde podemos chegar à célere frase de Lacordaire "entre o fraco e o forte liberdade escraviza e a lei liberta".[18]

---

[17] FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14. Nesse mesmo sentido, Guilherme Calmon sustenta que "a família não está dissociada dos fatores exógenos que a cercam, recepcionando acontecimentos e fenômenos que, num primeiro momento, não se relacionariam ao contexto familiar". (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, Síntese, v. 8, nº 39, dez./jan., 2007, p. 155).

Mesmo com críticas, esse Código ganha tamanha repercussão que acaba servindo de modelo para vários outros países. O Código Civil é o centro do Direito Civil e o símbolo da historia e das conquistas do cidadão francês. "O direito francês, com toda sua influência, será exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz será a boca da lei, o escravo da lei. Não pode interpretá-la, deve seguir um raciocínio puramente dedutivo e aplicar estritamente o que está na lei".[19]

Com a redemocratização mundial conquistada a partir do final da Segunda Guerra, sobretudo com a vitória das Nações Unidas e a consequente Declaração Universal dos Direitos do Homem, pôs-se xeque a estrutura firme – baseada na exegese e no raciocínio dedutivo – típica do liberalismo.[20]

O ser humano passa a ser o grande centro emanador de valores, inclusive para o Direito Privado. Começa uma reação aos ideais do liberalismo, que impondo aos sujeitos de direito uma igualdade formal em prol de uma igualdade individual, os impedia de ter acesso às condições básicas de dignidade em favor da ideologia do livre mercado e do capitalismo selvagem.

Ao longo do século XX, com o advento do Estado Social e a percepção crítica da desigualdade entre os indivíduos, o Direito Civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função das instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante à introdução de normas de ordem pública.[21]

A ideologia do Estado Social buscava atender aos direitos sociais básicos de todos os cidadãos, sem excluir os pobres e os economicamente inativos, a partir da realização da igualdade material. Esta verdadeira revolução de ideias e quebra de paradigmas, com

---

[18] LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

[19] Idem. Ibidem, p. 20.

[20] Ainda de acordo com Dieter Grimm, "[...] a primeira função da Declaração de Direitos foi guiar o legislador na adaptação do sistema legal aos novos princípios. Apenas quando o sistema legal já estava liberalizado, puderam tais direitos operar como barreiras negativas e proteger os indivíduos contra o Estado. (GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 152.

[21] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 06 jan. 2012.

reconhecimento dos direitos sociais e a necessidade de sua efetiva realização, refletiu na inclusão destes direitos nas Constituições da maioria dos países democráticas.

Assim, a edição das Constituições, sobretudo com a remodelação trazida pela internalização de Declaração Universal pelas ordens jurídicas, importou na exigência de uma leitura diferenciada do Direito Privado, com ampla reforma na concepção do Direito Civil.

Surge então, um descompasso e a necessidade de um novo estudo, chamado de Direito Civil-Constitucional, "pregando a inteligência do Direito Civil como centro não mais o Código, mas a Constituição dos respectivos países".[22]

Os valores constitucionais efetivaram um grande impacto sobre o Direito Civil. Pode-se afirmar que o maior deles diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a constar dos documentos internacionais. A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado e "promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do Direito Civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos de personalidade, tanto em dimensão física quanto psíquica".[23]

No Brasil não foi diferente. Com o advento da Constituição de 1988, ocorreu um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, por passar a Lei Maior a disciplinar matérias que até então eram de exclusivo tratamento pela lei ordinária. A partir daí, a ordem civil, ordinariamente privada, passa a ser submetida às diretrizes constitucionais.

A respeito da vigorosa transformação do Direito Civil operada pela promulgação da Constituição de 1988, vale a lição de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho:

> A nova Carta ensejou tanto a revogação das disposições normativas incompatíveis com o seu texto e seu espírito, quanto a modificação interpretativa de todas as remanescentes. Rompeu com as bases e valores que até então prevaleciam, de cunho liberal, notadamente o individualismo e o patrimonialismo, e inaugurou nova ordem jurídica, calcada em valores existenciais, não patrimoniais, sobretudo no pluralismo e no solidarismo.[24]

Tal recepção, pela Constituição Federal, de temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, é reconhecida como constitucionalização do direito, que muito mais do que um critério hermenêutico formal, "constitui a etapa mais importante do processo

---

[22] LOTUFO, Renan. *Op. cit.* p. 22.
[23] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 06 jan. 2012.
[24] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Op. cit.* p. 26.

de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o Direito Civil, no trânsito do Estado Liberal para o Estado Social".[25]

Tem-se, portanto, que o marco histórico do novo Direito Constitucional, no Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Nesse sentido, leciona Luis Roberto Barroso:

> [...] Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito.
> [...] a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não sustenta sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do Direito Civil.[26]

A nova ordem constitucional rompe com a racionalidade dos modelos fechados. É o retrato de uma realidade histórica construída ao nível de um tempo social, "que não é constituído de marcos factuais isolados, mas por um movimento conjunto ao longo de muitas décadas, que vem à tona também no direito legislado".[27]

A visão da Constituição como um documento essencialmente político, cujas propostas ficavam invariavelmente condicionadas à vontade do legislador, foi superada pelo reconhecimento de sua força normativa. Não se pode negar, contudo, num país habituado ao autoritarismo, a resistência enfrentada por tal mudança de paradigmas.

Não foi surpresa, portanto, o papel destinado à Constituição de 1988, que aliada à doutrina e a jurisprudência, teve "o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada".[28]

Evidentemente que a diferença de datas entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988 trouxe embates em torno da incompatibilidade axiológica entre o texto

---

[25] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro; Renovar, 2004. p. 11.
[26] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 06 jan. 2012.
[27] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 163.
[28] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 06 jan. 2012.

codificado e a ordem pública constitucional. Nessa linha, ressalta-se os dizeres de Paulo Lôbo:

> Enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado Liberal, persistindo a hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.[29]

O Código Civil de 1916 veio à tona sob os influxos da época. Imperava com todo o vigor a noção de Estado Liberal. Com a Constituição de 1988, o ordenamento jurídico pátrio sofreu grande modificação, indo de encontro ao puro liberalismo e ao individualismo exacerbado das épocas anteriores.

Some-se a isso o surgimento de novos e mais complexos problemas de convívio social, expondo a fraqueza do sistema codificado, sua obsolescência e inadequação à realidade apresentada. Não mais poderia perdurar um Código, que diante das circunstâncias materiais da contemporaneidade, sustentasse a pretensão de completude.

Ante a essas mudanças, finalmente no ano de 2002, passada década e meia da edição da Constituição Federal de 1988, o novo Código Civil desponta como a grande promessa de conferir a máxima eficácia social e consagrar os valores consubstanciados na Constituição.

Assim, na esteira da opção da Carta Magna de 1988, que arquivou o Estado Liberal e corporificou o Estado Social, o novo Código Civil se apresenta muito mais avançado do que o antigo, ainda que se reconheça que tais avanços não sejam homogêneos. Na esteira de Eugênio Facchini Neto, pode-se afirmar que o novo diploma civil não alterou substancialmente o estado de muitas coisas. "Poucas foram as inovações profundas e significativas. A maioria das aparentes alterações legislativas nada mais é do que uma incorporação, à lei, de entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais".[30]

Ocorre que, não obstante as críticas no sentido de que o Código, já na sua edição, tenha se apresentado velho e ultrapassado, não há como negar sua importância na vida do cidadão comum.[31]

---

[29] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 93.

[30] FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 175.

[31] Nesse ponto, interessante o comentário de Carlos Eduardo P. Ruzyk: "É um diploma legal voltado estruturalmente para o passado, com uma racionalidade fundada no sentido unificador de uma parte geral centrada nos moldes abstratos da relação jurídica, mas que contém regras que contemplam muitas das transformações sociais já apreendidas pela Constituição". (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 163)

O fato é que, apesar do ligeiro avanço introduzido em seu contexto, o Código Civil continuou a pecar por não regulamentar várias outras questões extremamente contemporâneas, como, por exemplo, questões relacionadas à genética. A esse propósito, destaca o Prof. Renan Lotufo que no universo da pós-modernidade, não tem sentido um Código totalizador, com pretensão de cobrir a plenitude dos atos e comportamentos possíveis na esfera privada, prevendo soluções às mais varias questões da vida civil em um único corpo legislativo. Sustenta que

> [...] tais temas sequer foram submetidos ao debate acadêmico e temos para nós que a legislação básica deve representar o verdadeiro amadurecimento de ideias da civilização, para então serem incorporados ao texto legislativo. Se regular assuntos não assimilados, corre o sério risco de ser efêmera e rapidamente defasada".[32]

Aliás, a técnica das cláusulas gerais, largamente utilizada na nova sistemática, tem permitido proveitosos desenvolvimentos jurisprudenciais, o que possibilita, inclusive, corrigir insuficiências presentes na obra legislativa. É o que salienta um dos responsáveis pelo Código Civil de 2002, Miguel Reale:

> A estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa, motivo pelo qual o Código surge com a idéia de deixar algo a cuidado da doutrina e da jurisprudência, as quais virão a dar conteúdo vivo às normas, na sua expressão formal, para que se atinja a concreção jurídica, isto é, a correspondência adequada dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar.[33]

Luis Roberto Barroso explica que as cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito, sendo um bom exemplo de como, na nova interpretação constitucional, o intérprete é coparticipante do processo de criação do Direito. De acordo com o autor:

> As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance de uma norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém:

---

[32] LOTUFO, Renan. *Op. cit.* p. 27.
[33] REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 12.

> ele terá de ir além, integrando o comando normativo com sua própria avaliação.[34]

Além disso, a partir do fenômeno da constitucionalização, pelo qual a ordem civil, ordinariamente privada, é submetida às diretrizes da Lei Maior, ainda que inexista regra legislativa, não há dúvida que a interpretação de situações novas será procedida, sempre, sob a perspectiva da Constituição.

Na atualidade, portanto, não se cuida de buscar a demarcação de espaços distintos e contrapostos. "Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil".[35]

Nesse contexto, vale ressaltar o sentido de constitucionalização dado por Luiz Edson Fachin como sendo "[...] ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão".[36]

O que importa é que nada mais será como antes. O Direito Civil, que outrora refletia a efervescência da Revolução Francesa, cujos valores fundamentais eram a liberdade e a individualidade, hoje, na concepção social, a partir da releitura de todo o sistema, tem perfil maleável, com necessidade clara de diálogo com a Constituição e abandono dos dogmas da completude.

1.4 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Na estrutura que sempre abrigou e confortou a família, três pilares basearam a codificação civil sobre o Direito de Família: direito matrimonial, direito parental e direito assistencial. Nessa divisão, há conceitos à semelhança da família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal. Era a família "codificada", inserida num texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo.[37]

---

[34] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 06 jan. 2012.
[35] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.
[36] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41.
[37] FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10.

Na família constitucionalizada,[38] diferentemente, começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. É, pois, reconhecidamente eudemonista. "Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade".[39]

Neste caminho, a família se afasta de uma perspectiva institucional para centralizar-se na realização pessoal de seus membros. Esse processo que avança notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, recebe a denominação de repersonalização das relações jurídicas de família.

A partir desse fenômeno, operado na ordem jurídica brasileira especialmente a partir da Constituição de 1988, a família tradicional, que aparecia através do direito patrimonial, agora é fundada no respeito à dignidade de cada um de seus integrantes, que se obrigam mutuamente em uma comunhão de vida. Nesse sentido, Paulo Lôbo:

> [...] A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distindo: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzido ao fenômeno que denominados repersonalização.[40]

A ruptura da hierarquização com a flexibilização de papéis, reforça a buca por uma família em que o que importa é a satisfação das necessidades afetivas. "A Constituição consagra uma família plural e eudemonista, fundada, ainda, no príncipio da igualdade, que rompe com a hierarquização de papéis e com o patriarcalismo."[41]

Maria Cláudia Crespo Brauner denomina essa nova família que se contrapõe à família tradicional, de família democrática, em que não há direitos sem responsabilidade, nem autoridade sem democracia. De acordo com a autora "[...] a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada".[42]

---

[38] "Migram para a constitucionalização princípios e normas básicos do Direito de Família, espraiados na igualdade, na neutralidade e na dimensão da inocência quanto à filiação". (Idem. Ibidem, p.12)
[39] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, Síntese, v. 6, nº 24, 2007, p. 155.
[40] Idem. Ibidem, p. 151.
[41] RUZYK, Carlos Eduardo P. *Op. cit.* p. 163.
[42] BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: MADALENO, Rolf H.; WELTER, Belmiro Pedro (coords.). **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 263.

Insta salientar, todavia, que repersonalização, posta nesses termos, não significa um retorno ao vago iluminismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: "a realização da dignidade de seus membros como pessoas humanas concretas, do humanismo que só constrói na solidariedade com o outro".[43]

Refletindo sobre a transformação da família, Luiz Edson Fachin anota que o transcurso apanha uma "comunidade de sangue" e celebra a possibilidade de uma "comunidade de afeto". Segundo o autor, está-se diante de "novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível".[44]

Chega-se a sustentar que não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência que o Direito de Família. Não é por outro motivo que a Constituição Federal de 1988, troxe, sobretudo no artigo 226 e seus parágrafos, a concepção da família contemporânea instrumental, em que o fim último é a própria realização da dignidade da pessoa humana, garantindo-se a felicidade dos seus membros.

Vê-se, pois, que muito embora a humanidade sempre tenha sido vista pelo olhar da genética e do patrimônio, os laços de afeto e confiança hoje ganham espaço. A propósito, Belmiro Pedro Welter:

> É o momento de ser descerrado o manto das perspectivas sociológica e ontológica denunciando-se que o ser humano não é só um ser biológico, mas, sobretudo, *práxis social*, composto por um sistema psíquico, em que a linguagem da afetividade tem influência antes mesmo de seu nascimento, no decorrer da vida e até no leito da morte.[45]

A família está sendo socialmente reinventada, nela o afeto e o cuidado não podem ser esquecidos, nela há de haver "a minimalização do patrimônio e a maximização da afetividade".[46] Em sede doutrinária, esta mudança de paradigmas é latente. Na própria jurisprudência também não se pode negar a evolução dos julgados em prol da dignidade da pessoa humana, em que as funções econômica, política, religiosa e procracional da família vêm perdendo lugar às relações de afeto.[47]

---

[43] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 156.
[44] FACHIN. Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 290.
[45] WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo; Revista do Tribunais, 2003, p. 88.
[46] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 152.
[47] Cite-se, a título de exemplo, a recente decisão do STF na ADI 4277, reconhecendo as uniões homoafetivas; e ainda, recente decisão do STJ que condenou um pai a pagar indenizaçâo à filha, no montante de duzentos mil reais, em razão de "abandono afetivo".

A partir da nova modelagem da família – fundada no afeto, na colaboração mútua e na valorização de seus membros – houve maior possibilidade de convívio entre pais e filhos, acentuando-se os sentimentos, alargando a preocupação de uns com os outros. Nesse sentido, Silvana Carbonera aponta:

> A família, aos transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhã de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade.[48]

De um modo geral, a mudança de foco, do patrimônio à pessoa, é o sinal expressivo das transformações mais espetaculares que o Direito Civil passou a ter, desde o advento do individualismo e o liberalismo jurídicos, decorrentes da revolução liberal burguesa dos três últimos séculos.[49]

Diante dessa realidade, o desafio que se coloca a todos os operadores do Direito é a capacidade de tratar das questões que envolvem a família de forma cuidadosa, preocupada e atenta.[50] Sabiamente pondera Luiz Edson Fachin que "o Direito de Família é menos que a família e seus direitos, e é mais que o mero espelho 'juridicizado' de um modo de conviver".[51]

Isso reforça a proeminência dos princípios constitucionais, que são a fonte mais relevante para a análise sistemática do Direito de Família, bem como para a aferição dos limites e possibilidades da apreensão jurídica de situações que refogem aos ditames que outrora emolduravam as relações de família, abrindo-se espaço à característica fundante da família contemporânea: a afetividade.

---

[48] CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 297-298.

[49] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 151.

[50] Tratando da natural resistência que existe à transformação e às necessidades que de impõem pelos fatos, aponta Fachim que "[...] o papel a ser exercido pelo Direito, poderá antecipar, em parte, aquilo que virá. Essa via mesma há de ser submetida à prova: o que está se passando no Direito Civil ('a consitucionalização' e a 'repersonalização', por exemplo) se trata de uma renovação ou são apenas retoques que operam o projeto racionalista que fundou as codificações privadas? Esta interrogação sugere pensar se o passo à frente que se esboça é uma mudança efetiva ou será tão-só a última fronteira de um sistema oitocentista morimbundo que goniza, mas que ainda não se esgotou". (FACHIN. Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 06.)

[51] Idem. Ibidem, p. 19.

1.5 OS NOVOS CONTORNOS DA FAMÍLIA

Não faz muito tempo, a concepção que se tinha sobre a família era fechada em si mesma. Havia um esquema familiar, cujo núcleo central deveria ser formado pelo pai, pela mãe e por seus filhos. Ocorre que essa família não permaneceu estática: "sentiu e fez sentir transformações jurídicas e sociais, atuando como elemento receptor e difusor das mesmas".[52]

Ao invés de meros espectadores ou representantes de papéis sociais, as pessoas começaram a se entender como indivíduos, e não como peças de uma engrenagem familiar. Apropriaram-se de seus desejos e fizeram a sua própria história. Formaram a sua própria família, com seu jeito e seus valores. Sobre a nova concepção de família, salienta Rodrigo da Cunha Pereira:

> Quando o homem entendeu que era possível inventar e escolher seus próprios caminhos, ele deixou de ser mero objeto para tornar-se sujeito. O indivíduo consciente de si assume, no espaço social, a condição de cidadão. Esta ampliação da consciência, disseminada no início do século XX, gerou grandes revoluções sociais [...].[53]

Hoje, a família fundada no casamento não é mais a única consagrada pelo ordenamento pátrio. A Constituição Federal de 1988 harmonizou as normas com a realidade vigente, definindo como entidade familiar também a união estável, assim como a família monoparental.

Partindo-se da ideia de que o Direito atua como instrumento da tutela social e não como um fim em si mesmo, não há lugar, numa sociedade que cada vez mais se transforma, para um conceito único e estagnado de famíia.

Dada a sua importância, a noção de família deve estar em consonância com as alterações sociais. Trata-se de um conceito evolutivo, de modo que não mais perdura o caráter abstrato e hierarquizado entre famílias. Daí que se revelou o reconhecimento do descompasso entre o modelo de família legislado e a pluralidade social existente que, impondo-se frente ao Direito, passou a exigir proteção.[54]

A Constituição de 1988, então, pautada numa concepção diferente da concepção formal do Estado constante no ordenamento anterior, inaugura, no sistema jurídico nacional, a ideia

---

[52] CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.* p. 284.
[53] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. Apresentação. In: PEREIRA. Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 05.
[54] Nesse sentido: CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.* p. 284.

de unidade sistemática, no sentido de um sistema aberto e móvel em face da então reconhecida indeterminação de conceitos.

Depreende-se do texto constitucional que, pouco importando o modelo familiar adotado pelo componentes da entidade familiar, é dever do Estado assegurar sua proteção como garantia de cada integrante da comunidade familiar e prover seus direitos fundamentais.

Pode-se afirmar, portanto, que a Constituição de 1988 concebe a família plural.[55] Abre a possibilidade de reconhecimento de outras famílias, emprestando-lhe um conceito jurídico, aberto, móvel e indeterminado. Qualquer "família", pois, que seja instrumento de realização de seus membros, está protegida pelo comando constitucional. Não se protege a família pelo seu nome, mas pelo seu conteúdo.

Com efeito, a necessidade de valorização da família tem sido entendida como caminho a ser perseguido por todas as nações, como forma de criar uma sociedade sólida, solidária e justa a partir de sua célula-mãe, que é a unidade familiar.

Considerando o texto legal do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal – "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" –, Waldyr Grisard Filho sustenta tratar-se de uma norma de reconhecimento e de imposição:

> A norma de reconhecimento é que não há sociedade sem família, é esta a base da sociedade, vale dizer, toda a Constituição brasileira é voltada, em primeiro lugar, para a valorização da família, pois ela é o alicerce, o fundamento, a "célula-mater" da sociedade.
> O segundo comando maior impõe ao Estado que a proteja. Não qualquer proteção. Não uma proteção genérica, programática, mas específica, e mediata, própria, tanto que o constituinte a qualificou de "especial proteção". Uma proteção, portanto, diferenciada e maior do que aquela ofertada, nos diversos dispositivos, à sociedade em geral".[56]

Essa especial proteção, certamente, não se limita à proteção jurídica, mas à sociedade em geral. A função social da família está diretamente ligada à efetiva proteção que ela recebe do Estado, ao menos no sentido de ser ela a instituição de maior relevância na formação de cada cidadão.

Apresentadas as linhas gerais das transformações da família, buscar-se-á determinar a posição do afeto nas relações jurídicas familiares. Isso porque, se houve transformação na

---

[55] Nesse sentido, sustenta Carlos Ruzyk: "a nova ordem constitucional, ao consagrar a proteção da família na pessoa de cada um de seus membros, rompe com a racionalidade dos modelos fechados, abraçando a concepção plural de família que sempre esteve presente na sociedade, ainda que sujeita a estigmações e à marginalidade". (RUZYK, Carlos Eduardo P. *Op. cit.* p. 163.)

[56] GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69.

importância da noção de afeto na família, necessária uma análise de sua localização e conteúdo no processo de evolução da concepção jurídica e social dessa instituição.

1.5.1 O afeto como valor jurídico na transformação da família

A ampliação do conceito de família reconhecido pelo Direito é fruto da atitude e da pressão exercida pela sociedade. Consciente de seu tempo e de sua história, a família supera a moldura autoritária, monolítica, patriarcal e hierarquizada, com sua dimensão transpessoal e cede espaço para a construção de um sentido apto a captar a magnitude das transformações sociais e alinhavar as novas vestes de uma família compreendida em sua amplitude.

Com relação à trajetória de mudanças percorrida pelo Direito Civil brasileiro ao longo do século XX, leciona Luiz Edson Fachin:

> No modelo herdado dos valores vigorantes no século passado, um ruído, elementos estranhos. Nova, a pauta das discussões. Crises e transformações emergem gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais do Direito Civil: projeto parental (família), trânsito jurídico (contrato) e titularidades (posse, apropriação).
> A família e o Direito de Família alavancam esse novo olhar sobre o governo jurídico dos institutos de base do Direito Privado. A releitura desses estatutos fundamentais é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetaram para a família, o contrato e o patrimônio.
> Mais que fazer a reciclagem do passado, a complexidade desse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos. Mais que novo quebra-cabeça, um caminho que é ao mesmo tempo desafio.
> O ponto de partida pode estar fincado na observação colhida dos fatos, indicadores de manifesta tendência de 'rearranjo' social de modelos. E esse estudo deve considerar a problemática jurídica como problema social e, como tendência, a análise crítica de seus reflexos na legislação, na doutrina e na jurisprudência.[57]

Tendo em vista que a sociedade está em constante movimento, determinados fatos sociais escapam à Ciência Jurídica. Isto porque a norma, que é estática em seu momento de formação, destina-se a regular uma dada realidade social então vigente. De outro lado, o Direito, em certo momento, recepciona aquela realidade social, incorporando-a em seu ordenamento, passando a atribuir juridicidade à situação configurada no meio social e convertendo-a em relações jurídicas. No caso das entidades familiares, o Direito reconhece novas famílias em razão da pressão exercida pelos cidadãos interessados em obter tutela para

[57] FACHIN. Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 44-45.

suas relações. Além disso, por meio de um mecanismo previsto na própria lei – a interpretação – nos limites da generalidade do texto, a norma em sua formulação dinâmica empresta novo sentido e alcance ao seu conteúdo, adaptando-se às novas demandas sociais.

Os novos moldes de famílias constituem situações subjetivas existenciais, normalmente resultado de mudanças de comportamento, ideais e interesses no ambiente social, que reclamam imediata tutela jurídica. Diante disso, o Direito não pode manter-se no campo da neutralidade, pois é um instrumento de organização social, tendente à regulação de fatos sociais e responsável pela preservação das condições de existência do ser humano em sociedade.

Na perspectiva das famílias, as funções do Direito se tornam ainda mais importantes e sensíveis, na medida em que se observam, a cada dia, importantes mudanças nas estruturas familiares que exigem do sistema jurídico um cuidado e adaptação especiais. Tal percepção associa-se à observância que deve ser dada ao princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares que, por si só, já impõe ao Direito o dever de acompanhar as mudanças fáticas e sociais ainda não previstas no ordenamento jurídico.

Segundo Douglas Phillips Freitas

> A noção da dignidade de pessoa humana e da família como espaço e instrumento de sua realização deve, assim, permear toda a leitura dos institutos típicos do direito de família. [...] toda a lei, todo o artigo, parágrafo e alínea devem ser lidos sob a ótica e perspectiva do princípio da dignidade humana.[58]

Considerando-se as transformações operadas no ambiente social e decorrentes do constante processo de expansão a que submetida a sociedade, o Direito Civil tradicional necessita ceder espaço para a absorção das renovações, com a finalidade de readaptar as normas jurídicas e sua aplicação aos fatos contemporâneos e aos novos fenômenos sociais.

Essa preocupação projeta-se de forma acentuada na esfera do Direito de Família, especialmente, porque este ramo dedica-se ao estudo de um fenômeno da natureza e da cultura, responsável pela constituição de uma comunhão de vida e de interesses.

Na família encontram-se os elementos fundamentais da identidade simbólica do indivíduo enquanto ser humano, que o diferenciam de um animal. No espaço da vida familiar, verificam-se experiências humanas básicas que duram no tempo, independentemente da vontade das pessoas envolvidas, tais como a paternidade, a maternidade, a filiação, a

---

[58] FREITAS, Douglas Phillips. **A função sócio-jurídica do(a) amante e outros temas de família**. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 17.

fraternidade, a relação entre as gerações e seu impacto na descoberta do nexo com a geração da vida e com a realidade da morte. Em suma, a família compõe o processo de humanização, que enraíza a pessoa no tempo, por meio das relações de parentesco, destinadas a permanecer durante toda a existência.[59]

A família, inicialmente forma específica de agregação humana asseguradora da sobrevivência, modificou-se ao longo dos ciclos de vida, dos contextos culturais e dos conflitos interpessoais e ainda tem passado por transformações que correspondem às mudanças sofridas pela sociedade.

Tradicionalmente o Direito ocupa-se de disciplinar as relações humanas no âmbito da família.[60] Isto se deve à necessidade de responder às exigências de realização do ser humano no plano relacional e afetivo, o que conduz a perceber a diversidade familiar brasileira, conjugando-se a busca de alternativas concretas para os conflitos nos relacionamentos interpessoais e a construção de uma adequada proteção às entidades familiares.

Nas famílias ocorrerão os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a cessação da vida.[61] Assim, a existência de um ambiente familiar onde se sobressaia a cooperação, a fraternidade, o amor e a convivência harmoniosa e estável entre os membros da família é o abrigo adequado para conduzir-se a educação dos filhos, além de ser o espaço oportuno à troca de experiências, tão importante para a constituição e o desenvolvimento psíquico dos indivíduos.

O ente familiar pode ser entendido como uma espécie de agregação biológica, histórica e cultural, flexível e instrumental, que tem em mira a manutenção do liame subjetivo estabelecido entre os participantes das relações familiares. Nota-se, invariavelmente, a

---

[59] Nesse sentido: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 3 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 79.

[60] A esse respeito, Rodrigo da Cunha Pereira diz: "sobre essa estrutura (família) que o Direito vem, por meio dos tempos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão e trabalhar na constituição de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais". (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10-11).

[61] Nesse ponto, valemo-nos dos apontamento de Giselle C. Groeninga: "Na família, dão-se os fatos básicos da vida: o nascimento, a união entre os sexos, a morte. É a esfera da vida social mais naturalizada pelo senso-comum, onde parece que tudo se dá de acordo com a natureza, porque a família regula atividades de base biológica, como o sexo e a reprodução humana. [...] A família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida; ela se relaciona com o parentesco, mas não se confunde com ele. O parentesco é uma estrutura formal que resulta da combinação de três tipos de relações básicas: a relação de consangüinidade entre irmãos; a relação de descendência entre pai e filho e mãe e filho; e a relação de afinidade que se dá através do casamento. Esta é uma estrutura universal, e qualquer sociedade humana se forma pela combinação destas relações. A família é o grupo social concreto através do qual se realizam estes vínculos". (GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 249.)

valorização da pessoa humana e dos seus interesses de realização afetiva e crescimento pessoal.

A construção de uma nova identidade da família, orientada pelos princípios da dignidade humana e da igualdade, presentes no texto constitucional, possibilitou a percepção do ente familiar em um complexo de formas, como um espaço plural, informado pela presença do afeto, elemento integrador dos indivíduos ao convívio familiar.

Houve o reconhecimento, alicerçado no contexto constitucional, de que a família desempenha vários papéis, dentre os fundamentais, está a função educacional e socializadora, pois insere os indivíduos no ambiente social. A entidade familiar também tem a função de propiciar o crescimento pessoal, por meio da convivência afetiva e da união de projetos de vida, sustentada por relações igualitárias.

Evidencia-se que a família não apresenta mais uma única fisionomia, tornou-se plural. Com a superação do paradigma institucional da família, no qual sobressaia o perfil hierárquico, patriarcal, preponderantemente econômico e de reprodução com a sujeição ao modelo matrimonial, reconheceu-se o predomínio de novas formas de convívio constituintes das concretas formações familiares contemporâneas, conformadas em relações de igualdade, de afeto e de solidariedade.

A partir da identificação das famílias sob essas configurações, implementou-se a concepção eudemonista da família. Segundo tal concepção, não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família existe para o seu desenvolvimento pessoal em busca de sua aspiração à felicidade.[62] Na família eudemonista, a pessoa procura sua realização e bem-estar dentro da entidade familiar.[63]

Além disso, um fator a ser considerado, é o crescente movimento de humanização do Direito, no sentido de demonstrar sensibilidade às questões afetivas nas relações familiares. O Direito de Família brasileiro, ramo responsável por incorporar a recente concepção familiar e redimensionar o tratamento das emergentes realidades das famílias, caminha em busca da tutela de situações fáticas complexas e da produção de uma nova perspectiva legal.

Como o ser humano nasce inserido em uma realidade social, é importante assinalar como a família, organização básica da sociedade, procura redesenhar a sua história e

---

[62] Nesse sentido: FACHIN. Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47.

[63] Para Giselle Câmara Groeninga: "É em relação à família – estruturante do indivíduo – que respeitosamente devem se curvar as disciplinas, de modo a que o conhecimento por elas trazido sirva ao propósito da família, que é o de dar oportunidade aos indivíduos de desenvolver seu potencial de realização e de felicidade". (GROENINGA, Giselle Câmara. *Op. cit.*, p. 257).

desempenhar papel primordial na estruturação psíquica, na transmissão da cultura e no desenvolvimento dos indivíduos.[64]

No plano do Direito brasileiro, verifica-se, progressivamente, que o surgimento do desenho do afeto no plano das relações familiares deu maior subjetivismo ao modelo de família: "de espaço de poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar e como se quer ser ou estar".[65]

A construção de uma convivência familiar entre indivíduos depende da existência e do cultivo da solidariedade, da união, da confiança e do respeito mútuo, elementos essenciais na constituição de relações interpessoais duradouras. Mas mostra-se imprescindível a presença do afeto para que haja a sobrevivência do vínculo familiar, configurado esse pelo compartilhamento de histórias de vida e do crescimento a partir das diferenças educacionais, culturais e sociais.

Silvana Maria Carbonera revela que a noção de afeto, como um elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi ingressando gradativamente no universo jurídico, assim como outras tantas: liberdade, igualdade, solidariedade. Isto se deve às transformações antes referidas, especialmente quanto ao deslocamento do centro de preocupações, da instituição família para aqueles que a compõem. A partir do momento em que o sujeito passou a ocupar uma posição central, era esperado que novos elementos ingressassem na esfera jurídica. E foi o que aconteceu com relação ao afeto. A vontade de estar e de permanecer junto a outra pessoa revelou-se um elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, assim como em sua dissolução. As pessoas passaram a se preocupar mais com o que sentiam do que com a adequação de seus atos ao modelo jurídico.[66]

O afeto desempenha um papel importantíssimo no processo de transformação da família. Na família atual, os laços afetivos constituem o fundamento de existência da própria organização familiar, ou seja, a afetividade é o elemento nuclear e definidor da coesão familiar. É em razão da presença do afeto que os indivíduos aproximam-se e se afastam quando este se exauri.

---

[64] Giselle Câmara Groeninga, levando em consideração a questão psicanalítica do afeto, esclarece: "Espelhamo-nos no olhar de um outro desde o nascimento. Nascemos seres dependentes não só física, mas psicologicamente. O amadurecimento modifica a qualidade da dependência, a qual mantemos sob diversas formas por toda a vida; nos reconhecer nas semelhanças e diferenças que se refletem no olhar do outro é uma necessidade que atravessa nossa existência". (GROENINGA, Giselle Câmara. *Op. cit.*, p. 250).

[65] FACHIN. Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 06.

[66] CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.*, p. 297.

Pietro Perlingieri, ao analisar a formação dos vínculos familiares contemporâneos, observa: "o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar".[67]

Dentre as finalidades das entidades familiares encontra-se a realização afetiva do ser humano no interior do grupo familiar. Em um humanismo que somente se edifica na constante solidariedade, respeito, liberdade e igualdade entre os integrantes da família, nota-se que a afetividade unifica e estabiliza as relações.

A nova configuração da família extrapola a composição meramente biológica, deparando com a intensa valorização do afeto nas relações familiares. Por consequência, a entidade familiar passou a ser vista como uma estrutura subjetiva que integra os componentes do núcleo em relações de sentimentos e vínculos sanguíneos e psicológicos, proporcionando lhes realização afetiva e existencial.

Nas relações humanas familiares não há modelos de composição familiar comuns a todos os indivíduos. Embora a Constituição Federal e as normas de Direito de Família elejam modelos específicos de entidade familiares para fixar a tutela jurídica da família, há plena consciência da existência de outras formas de convivência grupal, igualmente merecedoras da proteção estatal. O ser humano parte de uma realidade biológica, de um determinado grau de parentesco e constroi livremente a estrutura familiar de acordo com seus valores afetivos e psicológicos, unindo-se a outros para que juntos possam crescer e se desenvolver, produzindo resultados favoráveis a toda a família. O afeto assume um lugar na família contemporânea e adquire valor jurídico para o Direito de Família, revelando a pluralidade de manifestações de vida familiar e a autenticidade das relações em família no contexto social brasileiro.

É nesse caminho, aberto e plural, trilhado substancialmente pelo irrestrito respeito à diversidade, que se propõe a enfrentar a realidade das famílias simultâneas que, a despeito de verdades ainda coroadas por dogmas, ainda carecem da devida proteção do Estado.

1.5.2 A pluralidade na formação de entidades familiares

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, no Título VIII, da Ordem Social, dispôs no *caput* do seu art. 226,

[67] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, reconhecendo mais adiante, nos parágrafos 3º e 4º, outras novéis formas de entidades familiares, até então relegadas à margem do ordenamento jurídico.

Quanto ao reconhecimento da inexistência de um modelo único ou referencial de família, Paulo Lôbo entende que:

> [...] cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do Direito de Família aplicáveis e pela contemplação de suas efetividades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de *locus* de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa. Não há, pois na Constituição, modelo preferencial de entidade familiar, do mesmo modo que não há família de fato, pois contempla o direito à diferença. Quando ela trata de família, está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade.[68]

A sociedade contemporânea aberta, plural, dinâmica, multifacetada e globalizada não permite mais a afirmação de um modelo fechado de estruturação familiar. Em meio às múltiplas mudanças axiológicas, torna-se difícil afirmar que exista um modelo oficial para as organizações familiares, uma espécie de "família estatal", forjada no interesse público, em detrimento do desenvolvimento da personalidade de seus membros e violando suas dignidades.

Com efeito, o pluralismo das entidades familiares, uma das mais importantes inovações da Constituição Brasileira, relativamente ao Direito de Família, encontra-se ainda cercado de questionamentos acerca das entidades familiares chanceladas pelo ordenamento, notadamente: constituem elas *numerus clausus*, ou seja, existem só as entidades familiares enumeradas na Carta Constitucional ou podem existir outras formas de entidades familiares admitidas pelo legislador constitucional, mas que não estão explicitamente enumeradas?

Diante desse questionamento, Paulo Lôbo aduz existirem várias áreas do conhecimento que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, bem como identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade

---

[68] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 103.

familiar. As unidades de vivência dos brasileiros são objeto de pesquisa anual e regular do IBGE, intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD). Os dados dessa pesquisa têm revelado um perfil das relações familiares distanciado dos modelos legais. Conforme Paulo Lôbo, podem ser descritas como unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, dentre as quais:

> a) par andrógino, sob regime do casamento, com filhos biológicos;
> b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
> c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
> d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e com filhos adotivos ou apenas adotivos (união estável);
> e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
> f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
> g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após o abandono ou falecimento dos pais;
> h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
> i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
> j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos;
> l) comunidade afetiva formada com "filhos de criação", segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.[69]

Ante a existência de uma gama tão variada de entidades familiares no plano fático, aduz Paulo Lôbo que, para identificar-se uma agrupamento de pessoas como entidade familiar, devem ser detectados os seguintes elementos:

> [...] a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida e c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.[70]

A interpretação dominante do art. 226 da Constituição Federal, entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares explicitamente previstos,

---

[69] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 91. Vale ressaltar que as unidades de vivência constituem-se em núcleos de indivíduos que se ligam por laços de consanguinidade, afetividade e solidariedade, com a finalidade de satisfazer as necessidades humanas enquanto seres de relação, isto é, indivíduos que naturalmente tendem à agregação.

[70] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 92.

configurando *numerus clausus*. Para os adeptos da concepção que visualiza no texto constitucional a não admissão de outros tipos de entidades familiares além dos expressamente previstos, há controvérsia acerca da hierarquização entre eles, resultando duas teses antagônicas. A primeira de que há primazia do casamento, concebido com o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receber tutela jurídica limitada. A segunda, no sentido de que há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade.[71]

A proteção da família, a partir da Constituição Federal de 1988, leva em conta como elemento essencial os laços afetivos, valorizando tanto a família matrimonializada quanto a originada fora do âmbito disciplinado pelo casamento, evidenciando os múltiplos perfis com que se apresentam as relações familiares no meio social.

Vislumbra-se a ocorrência de uma grande transformação no âmbito de vigência da tutela constitucional às famílias. Na explicação de Paulo Lôbo:

> No *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 verifica-se que não há qualquer referência a determinado tipo de família.
> No momento em que houve a supressão da locução "constituída pelo casamento" (locução presente nas disposições do artigo 175, da Constituição Federal de 1967-1969) sem a substituição por outra equivalente, foi colocada sob a tutela constitucional "a família", isto é, qualquer família.
> Quando em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa a reinstituição da cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos".

[71] Conforme preleciona Paulo Lôbo: A tese I, da desigualdade, apresenta como principal argumento o enunciado final do §3º do artigo 226, referente à união estável: "devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". A interpretação literal e estrita enxerga regra de primazia do casamento, pois seria inútil, se de igualdade se cuidasse. Entretanto, o isolamento de expressões contidas em determinada norma constitucional, para extrair o significado, não é a operação hermenêutica mais indicada. Impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere. Ademais, a norma do §3º do artigo 226 da Constituição Federal não contém determinação de qualquer espécie. Não há imposição de requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. No entanto, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. E não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra". A tese II, fundada na igualdade dos tipos de entidades, está em maior consonância com as disposições constitucionais, pois além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pelo Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. A liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à realização existencial do indivíduo consulta a dignidade da pessoa humana. Inobstante, o avanço da tese II, ainda é considerada insuficiente. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 94-95.)

> A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns restringindo direitos subjetivos, porque o objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram.
> O "*caput*" do artigo 226 da Constituição Federal é considerado cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os mencionados requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.
> A regra presente no § 4º do artigo 226 integra-se à cláusula de inclusão, sendo esse o sentido do termo "também" nela contido. "Também" tem o significado de igualmente, de inclusão de fato sem exclusão de outros.
> Quando dois forem os sentidos possíveis (inclusão e exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responde à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.[72]

Conclui-se que o elenco de entidades familiares explicitado nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal é meramente exemplificativo, sem embargo de serem as mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Assim, as demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. E como todo conceito indeterminado, depende de concretização de tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de adaptabilidade. Forçoso compreender, assim, que os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição Federal Brasileira não se tratam de hipóteses *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade, ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo Direito de Família.

A pluralidade de formas na constituição de famílias tornou-se realidade reconhecida no Direito Brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu regras supremas informadoras de todo o ordenamento infraconstitucional, como critérios e parâmetros a orientarem a interpretação e compreensão das questões referentes à família.

Com o enaltecimento do princípio do pluralismo na formação das famílias empreendido pelo texto constitucional, a interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais na tarefa de apaziguar a diversidade de conflitos familiares, deve ser conduzida de forma criativa e aberta, partindo-se da situação fática concreta e em consonância com os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e de proteção à intimidade e à privacidade.

---

[72] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 95-96.

Primordialmente, os laços sanguíneos têm relevância para a constituição de uma entidade familiar, no entanto, a continuidade dos vínculos do grupo familiar encontra sustentação na noção de afeto. Em virtude deste elemento as famílias formam-se ou se desfazem. A respeito dessa ideia, Pietro Perlingieri observa:

> O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida. Para tornar possível a participação também aos menores que não tenham tido ou tenham perdido a possibilidade de uma estável comunhão de afetos, o ordenamento prevê a constituição, com a mesma dignidade em relação à família *iure sanguinis*, de uma formação social onde convivem pessoas ligadas por relações conjugais e/ou de filiação, origine-se esta última da geração no casamento, daquela natural, da legitimação, das adoções.[73]

Os organismos familiares, independentemente do formato, têm uma própria identidade e relevância jurídica e contribuem para propiciar o desenvolvimento da pessoa. Frente a essas considerações, percebe-se que as formas familiares atuais preocupam-se em proteger seus integrantes e promover, em cada um dos estágios de convivência, a proteção psicossocial necessária ao bom relacionamento dos indivíduos entre si e com o meio social.

Como resultado da variedade de arranjos familiares, não pode ser descartada a identificação do fenômeno da simultaneidade familiar.

[73] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* p. 244.

CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES FAMILIARES

2.1 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais na visão liberal burguesa tradicional tinham como finalidade, precisamente, a proteção da sociedade contra as intromissões do poder público. Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a sociedade e o Estado eram considerado dois mundos separados e estanques, os direitos fundamentais eram exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado. Imperava uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ou ao Direito Privado ou a Direito Público.[74]

Essa visão simples e esquemática dos direitos fundamentais, que não poderia resistir imune à mudanças na realidade política e social, somada à aceitação da ideia de que não mais se concebia o Direito Civil analisado apenas a partir dele próprio (devendo sofrer o influxo do Direito Constitucional), deu início ao questionamento sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais poderiam ter no âmbito das relações jurídicas privadas, e, por consequência, nas relações familiares.

Tornando-se patente que os indivíduos não eram contrapostos ao Estado como pressupunham as teorias liberais burguesas[75], a garantia da liberdade como valor pelo qual tinha de se evitar a interferência do Estado na vida econômica e social, mostrou-se insuficiente.

É nesse contexto que se coloca o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. O que está em causa

---

[74] Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos de Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 273.

[75] Sobre o modelo liberal-burguês merece destaque a contribuição de Eugênio Facchini Neto: FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

> [...] é saber se se a solução jurídica destes problemas não deverá testar-se hoje à luz da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, isto é, se ela não depende do fato de os sujeitos privados envolvidos serem titulares de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.[76]

Essa questão radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo.[77] Isso porque a partir do momento que um direito fundamental é constitucionalizado, e independente dos motivos que o levaram a esse patamar, suscitam-se, relativamente a ele como a quaisquer outros direitos fundamentais, o mesmo tipo de interrogações no sentido de quem são os destinatários da correspondente proibição, imposição ou permissão constitucional: os particulares ou o Estado?[78]

Certo é que os aspectos de uma relação entre dois ou mais particulares como titulares de direitos fundamentais assume feições peculiares, inexistentes no âmbito das relações entre particulares e o poder público em geral. No entanto, a despeito de sua relevância, há questões passíveis de análise e ainda carentes de um enfrentamento doutrinário verdadeiramente aprofundado.

Mas, se parece inquestionável a necessidade de extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, polêmica é a discussão relacionada à forma e a intensidade dessa incidência. Nesse particular, sem incorrer no desvio de estender plenamente a aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito privado, pretende-se apreciar, à luz da ordem constitucional vigente, como e em que medida se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, com especial vislumbre às relações familiares.

O enfrentamento do tema parte do questionamento de qual a eficácia desenvolvida pelas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A par disso, tendo em vista a atual tendência para escapar às dificuldades através de uma diferenciação de soluções consoante o tipo de direito fundamental em causa, vale ter em mente a nota de Jorge Reis Novais, ao dizer que "é a de que o problema respeita a todos os direitos fundamentais, incluindo os próprios direitos fundamentais que, constando da

---

[76] ANDRADE, José Carlos de Vieira de. *Op. cit.* p. 277.

[77] Lição apresentada por: CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 227.

[78] Conforme: NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

Constituição, regulam aparentemente e de forma quase exclusiva, relações entre particulares."[79]

Isso porque, conforme ensinamento do autor supracitado, é comum a afirmação de que há certos direitos fundamentais só dirigidos ao Estado e outros só dirigidos aos particulares. O que não deveria ser assim, já que a resposta com pretensões de generalidade só seria praticável se generalizada a todos os direitos fundamentais, sob pena de antecipadamente deixar a critério do operador do caso concreto uma discricionariedade de seleção do tipo de direito fundamental e da correspondente seleção da teoria a aplicar ao caso concreto.[80]

Há, basicamente, quatro teorias acerca da aplicação (ou eficácia) dos direitos fundamentais nas relações privadas, são elas: teoria do *state action*; teoria dualista ou da eficácia mediata ou indireta; teoria monista ou da eficácia imediata ou direta; teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais.

A teoria do *state action*, engendrada na Alemanha e hoje prevalecente nos Estados Unidos e no Canadá "[...] nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que o único sujeito passivo daqueles direitos seria o Estado".[81] Não haveria, portanto, incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois somente o Estado devia respeito a eles (verticalização dos direitos fundamentais). Nesse sentido, a teoria ressalta que, em sendo admitida a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, haveria sérios riscos à sobrevivência da autonomia privada, que ficaria assim subjugada ao Direito Constitucional.

Essa concepção ainda está ligada ao paradigma do Estado Liberal, no qual os direitos fundamentais eram apenas e tão somente aqueles direitos civis e políticos oponíveis exclusivamente ao Estado, em uma relação vertical, como forma de impedir a intervenção deste ente na esfera particular. Não há que se olvidar, porém, que os particulares, sobretudo os detentores dos poderes político e econômico, também podem desrespeitar os direitos fundamentais, como bem adverte Sumaya Saady:

> É, pois, ultrapassado o dogma de que só o Estado pode exasperar-se e atingir abusivamente os direitos fundamentais dos indivíduos. Não só ele os ameaça, agride, oprime. Também os particulares, sobretudo, os munidos de maior poderio, podem espezinhar os mais valorosos bens de seu próximo,

[79] NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 356.
[80] Idem. Ibidem. p. 356.
[81] PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

> razão pela qual sua atuação também deve ser limitada pela exigência de respeito aos direitos fundamentais alheios.[82]

Em razão disso, ampla doutrina rechaça o entendimento dessa primeira teoria, passando a teorias seguintes a defender a ideia de que há, sim, vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, embora em diferentes gradações.

Nessa esteira, a teoria dualista ou da eficácia mediata ou indireta, igualmente criada na Alemanha e predominante na Áustria e na França, sustenta a ideia de que os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, mas de forma indireta ou mediata, ou seja, tal vinculação ocorre por meio da figura do legislador, que servirá como uma espécie de mediador entre a Constituição de um país e os agentes privados. Em outros termos, a Constituição não criaria diretamente para os particulares direitos fundamentais, "[...] mas serve de baliza para o legislador infraconstitucional, que deve tomar como parâmetro os valores constitucionais na elaboração das leis de Direito Privado, e para o juiz que deve interpretar e integrar tais leis conforme as normas constitucionais".[83]

Em síntese, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se daria por meio do legislador, que deveria prestar irrestrita obediência aos comandos constitucionais referentes aos direitos fundamentais. Essa obediência seria cristalizada mediante a instituição pelo legislador privado "[...] de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que incorporem os direitos fundamentais, cabendo ao juiz, ao preenchê-los e aplicá-los, extrair seu sentido valorativo e constitucional".[84]

Ademais, ainda segundo essa teoria, a única hipótese em que seria possível a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas seria no caso de omissão do ordenamento jurídico privado a respeito de determinado tema, exceção esta que acabou criando uma grave contradição para tal teoria, pois eram muitas as situações de omissão.

Por esse motivo, e repudiando também a noção de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas dependeria da mediação do legislador, é criada na Alemanha[85], teoria monista ou da eficácia imediata ou direta, segundo a qual os direitos fundamentais têm "[...] plena aplicação nas relações particulares, podendo ser invocados diretamente, independentemente de qualquer mediação do legislador infraconstitucional".[86]

---

[82] PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Op.cit.*, p. 41.
[83] Idem. Ibidem, p. 42.
[84] Idem. Ibidem, p. 42.
[85] Embora criada na Alemanha, foi consagrada em outros países, tais como Espanha, Portugal, Itália e Argentina.
[86] PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Op.cit.* p. 43.

Com efeito, nos termos dessa teoria, os direitos fundamentais insculpidos em uma Constituição incidiriam diretamente nas relações particulares, independente da atividade do legislador infraconstitucional. Haveria, pois, uma eficácia direta e *erga omnes* dos direitos fundamentais previstos em um dado Texto Constitucional.

Em sede doutrinária, parece ser esta a teoria de preferência da maioria dos autores, a exemplo de Canotilho, Rosenvald, Perlingieri e Sarlet[87] (a quem, inclusive, se deve a expressão "eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares"), todos, porém, demonstrando uma preocupação em ponderar a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito particular com o princípio da autonomia privada.

Pela pertinência dos dizeres, veja-se, a título de ilustração, o que assevera Perlingieri a respeito do tema:

> Não existem, portanto, argumentos que constrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Está é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos.[88]

A quarta teoria, a teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, criada na Alemanha, serve de complemento à terceira teoria, ao propugnar que, embora os direitos fundamentais incidam nas relações privadas, a função de defesa ou promoção dos mesmos deve ser reservada exclusivamente ao Estado. Assim, compete apenas ao Estado o dever de evitar a prática de lesões ou ameaças a esses direitos por parte de terceiros, inclusive os próprios particulares. A estes, apesar de obrigados a respeitar os direitos fundamentais de terceiros, não é atribuído o papel de promovê-los.

No Brasil, verifica-se uma forte tendência à adoção das duas últimas teorias explicitadas, em simultaneidade. De fato, nota-se pela própria organização da Constituição Federal de 1988 que há diversos direitos fundamentais ali consagrados que são automaticamente ou diretamente aplicáveis ao âmbito particular, a exemplo dos direitos à

---

[87] As opiniões dos mencionados autores que fundamentam a afirmação feita podem ser encontradas nas seguintes obras: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 295-309; ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2005; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[88] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

indenização por violação à vida privada, honra e à imagem (art. 5º, inc. X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI), ao sigilo de correspondência (art. 5º, inc. XII) e os direitos trabalhistas previstos no art. 7º. Aliás, seguindo essa corrente de pensamento, não há dúvidas de que o art. 5º, §1º, da Carta Magna[89] permite a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em todas as esferas, inclusive na esfera privada.[90]

Nesse prisma, fica clara a ideia de vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais, devendo, naturalmente, incidir nas relações jurídicas travadas entre particulares, independente de previsão infraconstitucional.

2.2 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: FORMAS E LIMITES DA INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A Constituição brasileira consagra um modelo de Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais não são, portanto, meros limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual. De acordo com Daniel Sarmento "a Constituição e os direitos fundamentais que ela consagra não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos, que têm de conformar seu comportamento aos ditames da Lei Maior".[91]

Considerando a discussão em torno dos efeitos dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, sobretudo no sentido da sujeição do Estado e do cidadão ao mesmo regime de submissão, importa que se verifiquem as formas e limites de incidência dos direitos fundamentais às relações entre particulares na nossa ordem jurídica. Assim, o propósito é extrair, da ordem constitucional brasileira, quais os parâmetros que orientam a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

O sistema de direitos fundamentais inscritos na Constituição brasileira tem caráter fortemente social. A nossa ordem constitucional está voltada para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta um dado relevantíssimo da realidade pátria, e que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é muita injusta e assimétrica, caracterizada por contrastes sociais, econômicos e culturais.

---

[89] Art. 5º, §1º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".
[90] Esta é a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, evidenciado em conhecido julgado prolatado em 2005 (RE nº 201819/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 11/10/2005, publ. 21/10/2006).
[91] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 235.

Essa característica justifica um reforço na tutela dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado. Portanto, ainda que inexista divergência no que respeita à necessidade de proteção desses direitos no âmbito privado, a celeuma no sentido de se tal proteção depende da intermediação do legislador, em homenagem ao valor da certeza e da previsibilidade, ou se os juízes podem aplicar diretamente a norma fundamental, ainda é motivo de embates na prática jurídica.

Ainda assim, pode-se afirmar, como já dito no tópico anterior, que a doutrina majoritária pátria tem se posicionado pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares. A assertiva decorre tanto da característica intervencionista e social da Constituição brasileira, que contém um generoso elenco de direitos sociais e econômicos, bem como da previsão de inúmeros direitos voltados especialmente aos particulares.

Some-se a isso o fato de a Constituição brasileira indicar, como primeiro objetivo da República, "construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I), indicando todos esses fatores que o modelo constitucional brasileiro se afastou daquela visão liberal de que o Estado seria o único violador dos direitos fundamentais".[92]

Cumpre salientar, ainda, que a Constituição de 1988, na forma do seu art. 5º, §1º, limitou-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, não havendo, portanto, na esteira de boa parte da doutrina, nenhum motivo a obstar a eficácia imediata também nas relações entre particulares.

Segundo Gustavo Tepedino, a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a duas características essenciais do próprio ordenamento: unidade e complexidade. Daí decorre, nas palavras do mencionado autor, o entendimento de que o ordenamento não se resume ao direito positivo e que, "para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado".[93]

Explica o civilista que, sendo o ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, se apresenta necessariamente como um sistema heterogêneo e aberto, e daí que, devido a sua complexidade, só alcançará a unidade caso seja assegurada a centralidade

---

[92] SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 239.

[93] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 313.

da Constituição, que, segundo ele, contém a "tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade".[94]

Nessa ordem de ideias, Ingo Sarlet destaca que na ordem constitucional pátria

> [...] inexiste respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público.[95]

Eugênio Facchini Neto, também defensor da eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas, justifica seu posicionamento no seguinte sentido:

> [...] ao contrário da concepção liberal clássica, que vislumbrava na Constituição apenas em um limite ao poder político, sem afetar as relações privadas, regidas pela legislação infraconstitucional, o constitucionalismo contemporâneo atribui à Constituição a função de modelar também as relações sociais e econômicas. Daí porque se defende que a Constituição deva ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que a controvérsia de que se trata não possa ser resolvida com base na lei, seja por ser lei lacunosa, seja porque a lei oferece uma solução aparentemente injusta.[96]

Com efeito, verifica-se, conforme sustenta Ingo Wolfgang Sarlet, "que a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito [...]".[97]

Na realidade, o Estado Democrático de Direito é um Estado comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais. Para tanto, não se aceita a postura passiva que se estabelecia entre Estado e indivíduo, verticalmente, mas faz-se necessária a presença ativa do Estado também nas relações interprivadas, pois a agressão aos direitos fundamentais, no mais das vezes, pode ter origem nos detentores do poder social e econômico.

---

[94] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. *Op. cit.*, p. 313.

[95] SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152.

[96] FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46-47.

[97] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 147.

Cumpre destacar, nesse contexto, que a incidência direta dos direitos individuais nas relações privadas nem sempre se dá através do reconhecimento de um direito subjetivo de um particular em face do outro. Não cabe identificar a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais ao necessário reconhecimento, no caso concreto, de um direito subjetivo no âmbito da relação interprivada em questão. Nesse sentido, ressalte-se a lição de Daniel Sarmento:

> Na verdade, parece-nos que não é possível resumir todas as hipóteses de aplicação direta dos direitos individuais nas relações privadas à moldura, por vezes estreita, do direito subjetivo.
> [...] o operador do direito não deve ser podado na sua criatividade, reconhecendo-se-lhe a possibilidade de, através dos mecanismos ou instrumento que a situação concreta revelar como apropriados, proteger os bens jurídicos tutelados pelas normas garantidoras dos direitos fundamentais.[98]

O autor acima citado reconhece que essa é mais uma consequência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da constatação de que eles valem não apenas como direitos subjetivos, mas também como valores, cuja plasticidade permite que influenciem, através de diversas formas, a resolução das questões jurídicas envolvendo os bens jurídicos por eles protegidos.[99]

Por derradeiro, insta salientar que o fato de se conceber a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares em determinadas hipóteses não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação desses efeitos através da lei. Nessa linha de pensamento também segue Eugênio Facchini Neto, sustentando que o mais conveniente seria que o legislador sempre concretizasse o alcance dos direitos fundamentais nas relações de Direito Privado, ensina que o problema surge quando isso não ocorre:

> [...] Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficacial do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte) [...].[100]

Afirma-se, nesse contexto, que os direitos fundamentais como princípios e valores constitucionais não podem deixar de aplicar-se em toda a ordem jurídica e, por conseguinte,

---

[98] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 257.
[99] Idem. Ibidem, p. 258.
[100] FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51.

também nas áreas do Direito Privado. A propósito, Vieira de Andrade sustenta que "[...] sendo os direitos fundamentais também *princípios de valor objectivos*, tem de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação ao valor-mãe da dignidade da pessoa humana".[101]

Por fim, vale demonstrar, com vistas demonstrar a tendência majoritária no Brasil, a posição de Ingo Sarlet, no sentido de que os direitos fundamentais, ao menos na ordem jurídico-constitucional brasileira,

> [...] geram efeitos *prima facie* no âmbito das relações privadas, o que, além de pressupor uma metódica diferenciada, também implica o reconhecimento de uma relação de complementaridade entre a vinculação dos órgãos estatais e a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais.[102]

2.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Quando se pretende analisar a eficácia dos direitos fundamentais no plano mais restrito das relações privadas e, além disso, quando no âmbito das relações privadas se elege esfera ainda mais específica, como é o caso da esfera familiar, muitos questionamentos emergem em decorrência das peculiaridades das relações jurídicas a serem enfrentadas.

O que efetivamente representa a proteção à família, como direito amparado expressamente pela nossa Constituição Federal? Se a família goza de especial proteção do Estado, nos termos do caput do art. 226[103], por que e a que título merece essa proteção? Considerando a família como um dos espaços mais íntimos do sujeito, pode o Estado interferir nas relações familiares além do que expressamente prevê a legislação infraconstitucional? Se pode (interferir), em que medida, e com que objetivo deve fazê-lo? Qual o papel do legislador na esfera da regulação das relações familiares e quais os limites devem ser respeitados? As reflexões decorrentes destes questionamentos é que nos conduzem a buscar critérios para a solução dos problemas em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações familiares.

---

[101] ANDRADE, José Carlos de Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 291.

[102] SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Op.cit.* p. 28.

[103] Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Para uma melhor compreensão da relação entre direitos fundamentais e entidades familiares, necessário conhecer a forma e os pilares sobre os quais o ordenamento jurídico brasileiro estruturou a proteção jurídica da família e de que maneira essa proteção à família pode ser concebida hoje, à luz da nova ordem constitucional.[104]

É nessa estrutura jurídica que embasa a proteção da família que se deve buscar compreender qual o papel dos direitos fundamentais – e com eles a nova tábua de valores introduzida pela Constituição de 1988 – na identificação do novo eixo de proteção jurídica da família e da razão que justifica a necessidade dessa proteção especial prevista expressamente no texto constitucional.

Além disso, tão ou mais importante que saber da especial proteção que a família recebe em sede constitucional, importa reconhecer os motivos que justificam a necessidade dessa proteção, impondo-se conhecer a que título se dá essa proteção.

2.3.1 Os destinatários da proteção constitucional à família

Quando se estuda o Direito Civil, as relações jurídicas por ele reguladas e os direitos e obrigações decorrentes dessas relações, o ponto de partida deve ser sempre a indagação em torno do conceito de pessoa. Mais do que isso, é importante que se questione quem são, em sentido amplo, os sujeitos considerados possuidores de direito civis.

O Direito Civil brasileiro passou por grandes dificuldades para concretizar sua codificação, alcançada em 1916. A trajetória foi muito mais longa do que os dezessete anos desde o início da elaboração do Projeto Beviláqua em janeiro de 1899. Foram sessenta e um anos, contados desde a contratação de Teixeira de Freitas, em 1855, para realizar a Consolidação das Leis Civis. Noventa e quatro anos, contados desde 1823, quando foi decretada a vigência provisória das Ordenações Filipinas e demais legislações portuguesas no Brasil enquanto não fosse elaborado um Código Civil.[105]

É importante levar em conta essa longa trajetória quando se analisa questão fucral para o Direito Civil, que é exatamente a compreensão e definição de quem são os possuidores de direito civis, quem são os cidadãos. As dificuldades em torno do conceito de cidadania e da

[104] Para tanto, alguns aspectos da evolução histórica da família serão reiterados, de forma superficial, haja vista já terem sido tratados de maneira mais extensa no capítulo 1 deste trabalho.
[105] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral. v. 1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

definição de quem era ou não era cidadão do Brasil, no final do século XIX e início do século XX, foi um dos entraves para a codificação do Direito Civil.[106]

Vale reiterar que a contextualização histórica do Direito Civil e sua codificação no Brasil nos ajuda a entender suas transformações, dentre elas – naquilo que interessa ao tema deste trabalho – as transformações do próprio modelo familiar.

O Direito Civil codificado em 1916 revelava extremo apego à abstração e à generalização. Escudava-se por detrás da definição abstrata de sujeito para negar a sujeitos concretos a titularidade e o exercício de direitos. A noção clássica de sujeito é a compreensão de pessoa abstratamente modelada pela ordem jurídica. Nesse modelo clássico, para ser pessoa era preciso ter, possuir. O *status* de sujeito de direito, e não apenas ser, concretamente, uma pessoa humana. A personalidade – na esfera jurídica – não era caracterizada pelo fato de ser humano, mas pelo fato de ter direitos e obrigações.

Assim, priorizando o "ter" em detrimento do "ser", desconsiderando o sujeito como realidade autônoma, o Direito Civil codificado no século XX volta-se não para o indivíduo concreto que participa das relações jurídicas, mas para os efeitos patrimoniais dessas relações, garantindo o livre tráfego daqueles que seriam os seus únicos protagonistas: o proprietário, o marido, o contratante e o testador.[107]

No âmbito do Direito de Família, a moldura estabelecida pelo Código Civil de 1916 para as relações familiares também atinge elevado grau de abstração, definindo a entrada no *status* de membro da família, qualifica quem é o sujeito titular do direito de dirigir a família (já que a mulher casada perdia sua capacidade para exercer direitos), quem é o sujeito titular do direito de ter um pai (já que nem todos possuíam o *status* jurídico de filho) e, enfim, qual a convivência afetiva era titular do direito de se amparada pelo Estado, uma vez que somente a união entre homem e mulher constituída pelo casamento era considerada família.

---

[106] Conforme: GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 10. Na referida obra, apesar de analisar vários entraves históricos que antecederam a codificação do Direito Civil, a autora centraliza seu enfoque nas dificuldades em se harmonizar a legislação civil com a situação de seres humanos a quem se negava a condição de titular de direitos civis (os escravos), ou ainda com as situações em que, não obstante reconhecida a condição jurídica de pessoa, negava-se totalmente o exercício pessoal de direitos civis, como era o caso das mulheres casadas, que eram consideradas incapazes.

[107] Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. Apresentação. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro; Renovar, 2004.

Em apertada síntese, esse era o modelo clássico de família adotado pelo Código Civil: um modelo unitário, indissolúvel e transpessoal (uma vez que não era centrado na pessoa de seus membros), matrimonializado, patriarcal e hierarquizado.[108]

Nessa moldura não se encaixava nenhuma outra relação afetiva não concluída pelo casamento que, apesar de terem existência real e efeitos pessoais e patrimoniais concretos, não tinham acesso na categoria de relação jurídica, eram situações de fato não reconhecidas nem amparadas juridicamente como família.

E foi esse modelo unitário da família constituído pelo casamento indissolúvel que assumiu, durante muito tempo, o papel de sujeito de direito diante da proteção do Estado, relegando seus membros a importância periférica. É dizer: o alvo da tutela jurídica centrava-se não na pessoa, mas na família como instituição constituída pelo casamento, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, religiosos e econômicos.[109]

As mudanças pelas quais, no último século, passou o Direito Civil – e aqui se inclui, principalmente, também o Direito de Família – voltaram-se para uma revalorização da pessoa humana, não em seu aspecto individualista, mas agregando à ideia de sujeito a noção de cidadania. Como já dito anteriormente, o Direito Civil contemporâneo é marcado por uma "despatrimonialização" e "repersonalização", representada pela tentativa de superar o sujeito (abstrato) de direito com a "construção do sujeito concreto".[110]

Na esteira de mudanças por que passou o Direito Civil no último século, o Direito de Família foi, pouco a pouco, abrindo espaço para o ingresso de outros sujeitos e outras relações que estavam na periferia da moldura jurídica. As grandes modificações, conquistadas por meio da jurisprudência (notadamente, por várias súmulas do Supremo Tribunal Federal) e também introduzidas no ordenamento jurídico por leis dispersas[111], foram centralizadas e incorporadas definitivamente com a Constituição Federal de 1988, que acrescentou, às transformações já consolidadas, aquela que pode ser considerada a mais profunda alteração no vértice do Direito de Família: a mudança de valores.

A nova tábua de valores, que passou com a nova ordem constitucional a constituir o alicerce sobre o qual se sustenta todo o Direito de Família contemporâneo, pode ser

---

[108] Conforme: FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 308.
[109] Conforme: TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro; Renovar, 2004, p. 349.
[110] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 100.
[111] Como exemplos de leis dispersas que tratavam de matéria familiar, destacam-se o Estatuto da Mulher Casada (lei nº 4.121/62) e a Lei do Divórcio (lei nº 6.515/77).

identificada, basicamente em dois aspectos principais: a alteração do papel atribuído às entidades familiares e a alteração do conceito de unidade familiar.[112]

A família passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função da realização das exigências humanas.

Por outro lado, a própria noção de unidade familiar assumiu nova dimensão. Abandonou o conceito formal para adotar conceito flexível e instrumental que reconhece como família outras comunidades afetivas não constituídas pelo casamento e mesmo comunidades materialmente separadas, desde que mantenham como objetivo a função social à qual se destinam.

Dessa forma, a partir do princípio da pluralidade familiar, o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares (decorrentes também do casamento, mas não unicamente dele).

Entretanto, mesmo após o reconhecimento constitucional da pluralidade familiar, permanecem na doutrina civilista divergências sobre o alcance da noção de "pluralidade", colocando-se em questão, a inclusão ou exclusão, para efeito de proteção do Estado, de outros tipos de entidade familiares, não previstos expressamente na Constituição, enquandrando-se nessa perspectiva as famílias simultâneas.

Certamente, a alteração introduzida pela Constituição, se bem compreendidas as transformações sociais introduzidas na ordem dos valores que a inspiram, é efetivamente mais profunda do que o simples reconhecimento de uma "pluralidade" limitada às entidades familiares expressamente mencionadas no texto constitucional, ou seja, a família matrimonial, a união estável e a família monoparental.

Há de se concluir, seguindo entendimento como o do notável jurista pernambucano Paulo Lôbo, que esses tipos de entidades familiares expressamente previstos no texto constitucional não representam rol taxativo, ou, na expressão do próprio jurista, *numerus*

[112] Conforme: TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *Op. cit.* p. 349.

clausus.[113] Nos dizeres de Luiz Edson Fachin, a família, assumindo dimensão plural, tornou-se "ninho sem moldura".[114]

Mas, se por um lado, a moldura do modelo familiar se dilui, permitindo que a textura aberta das normas constitucionais de proteção à família atingissem variedade maior de relações familiares, por outro lado, o centro da tutela constitucional se tornou mais concreto. O enfraquecimento da importância antes atribuída ao vínculo formal, deslocou o questionamento em torno da moldura da proteção jurídica para o conteúdo, o sentido e a finalidade da tutela da família.

2.3.2 Justificações para a especial proteção da família

Não apenas a tutela constitucional se deslocou do casamento para as relações familiares que concretamente existem e não podem manter-se excluídas do ordenamento jurídico, mas essa tutela deixa de se dirigir à família como instituição, dando lugar à proteção dos membros desta instituição.

Como dito antes, os principais aspectos da profunda mudança valorativa por que passou o Direito de Familia são, de um lado, a alteração da noção de unidade familiar e, de outro, a alteração do papel atribuído às entidades familiares. Ambos os aspectos estão intimamente relacionados aos princípios da afetividade e da função serviente da família.

O fator que passa a exercer papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar é o afeto, que liga as pessoas que integram o grupo familiar, que se traduz em plena comunhão de vida, voltada para o desenvolvimento da personalidade e para a realização de seus membros. É esse aspecto que representa a característica comum a todas as entidades familiares, ou seja, toda entidade familiar deve ter em comum a função de servir ao desenvolvimento da pessoa.[115]

O reconhecimento da relevância jurídica da relação familiar, sua constituição, preservação e proteção somente se justifica a partir da função serviente da família. Fala-se, então, da concepção eudemonista da família, de acordo com a qual não é mais o indivíduo que

---

[113] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 91.
[114] FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60.
[115] TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *Op. cit.* p. 350.

existe para a família, mas, ao contrário, a família (e também o casamento) que existe em função do desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração à felicidade.[116]

A tentativa de explicar o sentido da proteção constitucional da família e a finalidade dessa tutela deve superar qualquer ideia de hipotético interesse familiar.

A família não é titular de direito autônomos, não é pessoa jurídica. Nela, a titularidade dos direitos pertence a seus membros. Assim, quando se fala de interesse familiar, não se pode compreendê-lo como algo superior à proteção da personalidade daqueles que integram o grupo familiar. Ao contrário, o interesse familiar deve ser compreendido como interesse comum aos membros de uma mesma relação familiar. Um interesse que não é exclusivo, e por isso mesmo, diz respeito a todos os componentes da família.[117]

O interesse familiar deve ser compreendido como espécie de "cláusula geral" que tem por finalidade a proteção dos direitos dos integrante de uma família contra possíveis arbitrariedades oriundas de um dos polos da relação. O que se protege não é a família titular de interesse separado e autônomo. Mais do que isso,

> Protege-se a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. É a pessoa que ocupa o centro da tutela constitucional que protege a família, não como instituição valorada em si mesma, mas como instrumento de tutela da dignidade humana.[118]

Portanto, o princípio da função serviente da família deve traduzir-se, em linhas gerais, como a necessidade de respeitar o valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar. Mas como formação social inspirada no bem comum de todos os seus componentes, a família deve ser uma comunidade onde se garanta a participação com igual título na condução da vida familiar.

A tutela constitucional da família e a intervenção do Estado na comunidade familiar somente podem ser explicadas a partir da função serviente da família, assim compreendida em harmonia com os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

---

[116] Conforme: FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 291.
[117] Nesse sentido: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 178.
[118] ROCA, Encarna. Familia y cambio social: de la casa a la persona, 1999 *apud* PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93.

2.3.3 Relações familiares e o papel dos direitos fundamentais no Direito de Família constitucionalizado

Diante do que até aqui foi exposto, já é possível apontar as peculiaridades mais marcantes em torno do problema específico deste trabalho. Se o que chamamos de Direito de Família é o Direito de uma "versão de família", pode-se afirmar que a atual versão da família, sem sombra de dúvida, encontra-se definida pelos princípios constitucionais. E é importante que se ressalte, mais uma vez, que o novo perfil constitucional da família não pode ser visto como um "modelo" de família, pois na normativa constitucional não se encontra lugar para o aprisionamento das relações familiares em molduras rígidas, impondo-se, ao contrário, a proteção às comunidades de afeto (independentemente da forma pela qual se apresente) em razão de sua função instrumental a serviço da realização da personalidade de seus membros.

A primeira peculiaridade que se impõe observar nesse novo perfil da família, portanto, é que sua base, seu vértice, deslocou-se do Código Civil para a Constituição. Aliás, fenômeno que se operou, de resto, em todo o Direito Privado, uma vez que as normas civis, fragmentadas em diversas legislações isoladas, somente podem encontrar sua unidade na tábua axiológica da Constituição Federal.[119]

É somente na Lei Maior que se pode localizar o centro do Direito Privado, reunindo suas partes e dando sentido coerente ao seu conteúdo. Nem mesmo a edição de um novo Código Civil, como ocorrido no Brasil, poderia ter o condão de deslocar a Constituição de sua posição de centro do sistema jurídico privado, em primeiro lugar pela posição hierárquica superior de suas normas (o que não poderia ser subvertido pelo legislador ordinário) e pelo fato de que estas normas constitucionais dirigem-se também às relações privadas. Por outro lado, a rigidez da Constituição, considerando intangíveis também os direitos fundamentais que se aplicam às relações privadas (art. 60, §4º, inc. IV) justifica, em nome da estabilidade, a sua manutenção no vértice do sistema. Mas não se pode omitir que essa opção pelo reconhecimento de que a Constituição, e não mais o Código Civil, passou a ocupar o centro do sistema do Direito Privado, reflete, além de posicionamento jurídico, também opção ideológica que leva em consideração os valores que inspiram a Constituição de 1988.[120]

---

[119] Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Op. cit.* p. 17.
[120] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 89.

A família trocou os "códigos" pelo "governo dos princípios", porém essa mudança não deve ser vista como enfraquecimento, e sim, como a demonstração de nova densidade.[121] Enfim, a importância dos princípios constitucionais na chamada constitucionalização do Direito Privado – e relativamente aos princípios constitucionais do Direito de Família não poderia ser diferente – só pode ser compreendida a partir do reconhecimento de sua força normativa, a partir do reconhecimento de que existem para se realizar. Nesse sentido, cabe ao operador do direito a tarefa de buscar mecanismos para sua real aplicação, garantindo sua efetividade e evitando que seus preceitos se transformem em simples proclamações utópicas.[122]

No âmbito das relações familiares, são ainda maiores os argumentos favoráveis à aplicação imediata dos direitos fundamentais, considerando a peculiaridade do tratamento dispensado pela Constituição Federal à proteção da família. No Capítulo VII, do Título VIII ("Da Ordem Social"), a Constituição não apenas apresentou novo perfil às entidades familiares, mas, principalmente, reforçou os princípios e direitos fundamentais enunciados nos títulos I e II, o que nos permite afirmar também o caráter fundamental dos direitos inseridos, expressa e implicitamente, nos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal. Nesse contexto, ainda que não se possa formular enumeração taxativa, é possível citar diversos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal na esfera da proteção à família, os quais, em virtude de sua própria formulação, deixam inquestionável a possibilidade de uma vinculação direta também dos sujeitos privados.

Assim, no âmbito da "especial proteção" à família, expressamente prevista no *caput* artigo 226 da Constituição, o direito de igualdade e o de liberdade justificam materialmente o reconhecimento de um direito de toda e qualquer pessoa em ter uma família e nela buscar, conjuntamente com seus integrantes, ambiente propício ao desenvolvimento de sua personalidade (a partir do princípio da dignidade humana). Ainda, no âmbito da liberdade de constituir família, há de se reconhecer, ainda, não apenas o direito dos indivíudos de se casar, como também se vincular a outras e quantas formas de entidades familiares lhe parecer adequado para o seu desenvolvimento pessoal.

---

[121] Conforme: FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 297.

[122] Sobre o conceito de efetividade ao qual se recorre, ver: BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 82-87.

Ainda que se tenha muito a discorrer sobre os diversos direitos fundamentais no âmbito das relações familiares, é preciso retomar o enfoque ao tema central deste tópico, que se refere mais especificamente à questão de sua eficácia imediata frente aos sujeitos privados.

A questão não é simples e a efetividade das normas constitucionais em cada caso concreto apresenta dificuldades que não podem ser desprezadas pelo intérprete e aplicador do direito. Como já exposto no início deste capítulo, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve atentar para as peculiaridades dessas relações que são regidas pelo princípio da autonomia privada e ao mesmo tempo convivem com a realidade de que todos os sujeitos envolvidos são titulares de direitos fundamentais.

De fato, o reconhecimento da vinculação dos particulares como titulares de dever de respeito aos direitos fundamentais importa em limitação de sua liberdade, no âmbito da autonomia privada. Qualquer que seja a forma de introduzir o respeito aos direitos fundamentais na esfera privada, implicará na necessidade de fixar limites para que a garantia de um direito fundamental não implique em substancial limitação da autonomia pessoal. Entretanto esse argumento há de ser analisado dentro de seus elementos intrínsecos, seja porque a autonomia privada não é absoluta nem ilimitada, seja porque o poder de autodeterminação somente pode ser efetivamente exercido se houver equilíbrio entre os polos de uma relação, isto é, se os sujeitos envolvidos estiverem em situação de substancial igualdade.

Necessário, para tanto, analisar as peculiaridades da autonomia privada nas situações que envolvem os membros de uma comunidade familiar, e o reflexo desse fato no âmbito da eficácia dos direito fundamentais.

2.4 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES E AUTONOMIA PRIVADA

Conforme já frisado, não parece mais discutível a assertiva de que constitui um dever para o poder público a proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídico-privadas.

Partindo da premissa de que o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais não significa que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma forma que vigoram nas relações entre cidadãos e Estado, não se pode

olvidar que nas relações privadas, por desfrutarem os particulares de uma autonomia privada constitucionalmente protegida, a incidência dos direitos fundamentais merece adaptações.

Com efeito, inegável ser juridicamente relevante a preocupação com a preservação da autonomia privada, na medida em que, conforme sustenta Leonardo Barreto

> Não é só um princípio fundamental do direito privado, mas também um princípio relevante para toda a ordem jurídica, porque, em última análise, ela é uma das múltiplas manifestações do *princípio de autonomia da pessoa* – princípio a um só tempo, moral e jurídico.[123]

Considerando que, numa ordem democrática, o indivíduo é essencialmente livre, sendo a sua autonomia um direito fundamental, a extensão dos direitos fundamentais à arena das relações privadas constitui tema que motiva fortes embates na doutrina nacional e estrangeira. O alcance efetivo que deve reconhecer-se ao princípio da autonomia privada enquanto contraponto normativo dos valores jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais é o que se necessita perquirir.

Acerca desse debate, J. M. Bilbao Ubillos destaca a crescente dificuldade para traçar uma linha divisória nítida entre as esferas pública e privada. De acordo com o autor, "não são poucas as atividades que se situam em uma zona cinzenta, fronteiriça, as condutas aparentemente privadas que têm uma transcendência social".[124]

Por autonomia privada, pode-se entender como "a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica".[125] A autonomia privada, portanto, como conteúdo de um direito fundamental, resulta do valor da autodeterminação da pessoa, da sua liberdade. Para além de ser um princípio fundamental do Direito Civil, é também objeto de proteção constitucional.

O núcleo da controvérsia sobre a vinculação dos particulares aos direito fundamentais se manifesta claramente no dissenso, acerca dos limites da autonomia privada, entre a teoria da eficácia mediata e a teoria da eficácia imediata. É o que salienta Leonardo Barreto:

---

[123] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 08.
[124] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Proibição de discriminação nas relações entre particulares. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 406
[125] PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 318.

> Umas das objeções – talvez a principal – à teoria da eficácia imediata diz que uma eficácia mediata, e sem mais, de direitos fundamentais nas relações entre particulares constituiria uma real ameaça ao princípio da autonomia privada e, em razão da fundamentalidade deste princípio para o direito privado, porque poderia perder sua identidade, autonomia e função ante o direito constitucional.[126]

Daí que, para além de tratar a garantia da autonomia privada como um valor absoluto ou reduzi-la aos seus aspectos econômicos, não se pode ignorar que se trata de um conflito entre duas dimensões da igualdade, ou da liberdade com a igualdade. Nesse sentido, Vieira de Andrade sustenta:

> A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstracto valor social, mas, sobretudo, o poder de disposição ou auto-determinação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral ou da liberdade negocial que podem defender-se certas compreensões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares.[127]

O mesmo autor, tratando dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, ensina que "[...] o homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional".[128]

Nessa mesma linha, J. M. Bilbao Ubillos explica que se deve rechaçar a vigência do princípio da igualdade na esfera das relações privadas enquanto proibição de arbitrariedade ou imperativo de razoabilidade no comportamento do particular. Segundo o autor, "a liberdade individual (na sua vertente negocial ou associativa) inclui necessariamente uma margem de arbítrio e não pode ser limitada injustificadamente".[129]

Na doutrina brasileira, Daniel Sarmento, ainda que advogue pela eficácia imediata dos direitos fundamentais, também nas relações privadas, reconhece áreas de imunidade da autonomia privada. Sustenta que "pertence aos seres humanos o direito inalienável de agir com base em nossos sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo, e até

---

[126] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. cit.* p. 42.
[127] ANDRADE, José Carlos de Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 285.
[128] Idem. Ibidem, p. 297.
[129] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *Op. cit.* p. 393.

caprichos, e esta faculdade as autoridades públicas, num Estado de Direito, não podem possuir".[130]

Muito bem adverte Bilbao Ubillos que "a existência dessas válvulas de escape, desses espaços de vida privada nos quais alguém atua sem ter de dar explicações, marca a diferença entre uma sociedade livre e uma sociedade ocupada pelo Estado".[131]

Entende-se, portanto, que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões que envolvam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Em outras palavras, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.[132]

A desigualdade fática entre os particulares, então, constitui fator para o estabelecimento de uma precedência *prima facie* em favor dos direitos fundamentais, mormente considerando a posição preferente destes direitos na ordem constitucional brasileira. É que a perspectiva liberal-burguesa, que outrora refletia a limitação dos direitos fundamentais ao espaço das relações verticais entre cidadão e Estado – na qual a sociedade civil despontava como sendo o reino da vontade privada –, cedeu lugar à necessidade de se erradicar a desigualdade material, tendo em vista a constatação de que a assimetria de poder prejudica a autonomia privada das partes mais frágeis.[133]

Daí que se justifica o reforço à proteção dos direitos fundamentais dos particulares mais vulneráveis em face dos poderes privados. No caso brasileiro, diante da gritante desigualdade social, esta questão assume relevo ímpar. Daniel Sarmento, comentando a enorme vulnerabilidade de amplos setores da nossa população, sustenta que esta justifica um reforço à proteção dos seus direitos fundamentais no âmbito das relações travadas com outros particulares mais poderosos.[134]

---

[130] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 260.
[131] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *Op. cit.* p. 394.
[132] SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 261.
[133] A esse respeito: FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101.
[134] SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 261.

Ao seu turno, Vieira de Andrade refere que o critério da "desigualdade" ou do "poder social" não pode ser entendido como critério classificatório, que permitisse determinar em abstrato as entidades que, além do Estado, seriam sujeitos passivos de direitos fundamentais:

> Os particulares poderão, assim, de acordo com a natureza específica, a razão de ser e a intensidade do poder exercido invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, argüindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados.[135]

É importante destacar, ainda, o entendimento da doutrina majoritária brasileira no sentido de que os direitos fundamentais vinculam diretamente não apenas os chamados poderes sociais, mas também os demais particulares, mesmo em casos de relações paritárias. Também nesses casos, graves violações aos direitos fundamentais podem ser perpetradas, e a tutela destas situações não pode depender exclusivamente do legislador ordinário, nem da colmatação judicial das cláusulas gerais do Direito Privado porventura existentes.[136]

Por mais livre que seja o agente, a ordem jurídica não admite que ele se submeta voluntariamente a situações que atentem contra a sua humanidade. Assim, mesmo em relações privadas paritárias e equilibradas, o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao núcleo essencial dos seus direitos fundamentais, nem tampouco à sua dignidade como pessoa humana, que são consideradas irrenunciáveis.[137]

Vieira de Andrade, em sentido diverso, entende que nas relações privadas típicas, isto é, nas relações entre iguais, os particulares não devem ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, com os deveres típicos correspondentes:

> [...] E entendemos que essa não transposição da figura dos direitos subjectivos fundamentais para as relações de "isonomia" privada – isto é, bem vistas as coisas, a reafirmação da concepção original dos direitos fundamentais como direitos característicos das relações entre os indivíduos e os poderes sociais – deve valer para todos os direitos, mesmo para os direitos mais intimamente ligados à dignidade humana.[138]

O autor acima citado defende que a Constituição tem de ser interpretada no sentido de consagrar o princípio da liberdade como regra das relações entre indivíduos iguais. Segundo ele,

---

[135] ANDRADE, José Carlos de Vieira de. *Op. cit.* p. 288.
[136] Conforme: SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 266.
[137] Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 271.
[138] ANDRADE, José Carlos de Vieira de. *Op. cit.* p. 290.

> [...] os indivíduos, no uso do seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade, devem poder autodeterminar os seus comportamentos e conduzir o seu projeto de vida, tal como lhes compete em primeira linha harmonizar e ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses.[139]

De toda maneira, importa levar a sério a objeção de que não é a existência de uma situação de "poder privado" ou de desigualdade na relação entre particulares que irá alterar o caráter jurídico-privado da relação jurídica em causa,

> [...] nem afastar as circunstância de que, em última análise, estar-se-á – também aqui – diante de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais, já que, à evidência, também o particular ou detentor de certo grau de poder social, não deixa de ser titular de direitos fundamentais.[140]

E, como sustenta Bilbao Ubillos, "o princípio constitucional da igualdade é certamente um princípio maior, porém, não é o único sobre o qual as pessoas podem basear legitimamente suas condutas".[141] A Constituição prescreve os valores que o Estado deve perseguir e respeitar, porém as pessoas e as instituições privadas devem ser livres para atuar de acordo com os múltiplos e contraditórios valores e interesses, que não têm porque coincidir com os adotados na esfera pública.

2.4.1 A aplicação da autonomia privada no âmbito do Direito de Família

O Código Civil de 1916 tutelava a família muito mais sob seu aspecto externo, abordando-a como um instituto jurídico, como uma entidade abstrata, despreocupada com o interesse particular de cada um dos seus membros. Nesse passo, a família não era tratada como célula da sociedade, mas sim do Estado, daí por que este chamava para si praticamente todo o regramento legal do Direito de Família, não deixando quase nenhum espaço para o exercício da liberdade dos seus integrantes.[142]

Assim é que o Estado apenas reconhecia como família a entidade proveniente do casamento (família matrimonializada) e, como consequência, as relações espúrias, adulterinas ou concubinárias eram completamente ignoradas pelo ordenamento jurídico. Além disso, os

---

[139] Idem. Ibidem, 294.
[140] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 129.
[141] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *Op. cit.* p. 432.
[142] Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 27.

filhos havidos fora do casamento eram alvo de injustificado preconceito, não lhes sendo reconhecido qualquer tipo de direito. Ademais, com o escopo de tutelar irrestritamente o sagrado instituto do casamento, único legitimador da família, o Estado vedava a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio e impunha ao cônjuge tido como culpado pela separação judicial desarrazoadas sanções, a exemplo da perda do nome de casado, do direito a alimentos e da guarda judicial dos filhos, isso sem falar nos deveres cominados aos cônjuges, tais como o de vida em comum no domicílio conjugal.

A incidência de normas cogentes no âmbito do Direito de Família era abundante, sendo poucas as hipóteses de permissão do exercício da autonomia privada pelos membros de uma família. Tais hipóteses se davam com maior força na seara patrimonial, a exemplo da liberdade de estipulação do regime matrimonial de bens.

Nesse contexto, parcela significativa da doutrina indicava o Direito de Família como parte integrante do Direito Público, a exemplo dos dizeres de Lourival Serejo:

> Já foi afirmado acima que a família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda a organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Daí a atitude do legislador constitucional, proclamando que a família vive sob a proteção especial do Estado. O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derrogadas pela convenção particulares [...].[143]

Não obstante, todo esse cenário veio a ser profundamente alterado com o advento da Constituição Federal de 1988. Em primeiro lugar, porque a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas fez com que a autonomia privada perdesse a sua conotação exclusivamente patrimonial, típica do período do Estado Liberal, passando a ser aplicada também em relações extrapatrimoniais, a exemplo daquelas travadas no âmbito do Direito de Família. Em segundo lugar – e que aqui mais interessa –, porque o novo perfil da família desenhado pela Carta Magna permitiu que ela se tornasse uma instituição verdadeiramente democrática, na qual a preocupação maior é com a felicidade pessoal dos seus membros, com a implementação da sua dignidade, com a realização dos seus direitos fundamentais, motivo pelo qual ela deixa de ser uma entidade estatal e ganha contornos de

[143] SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 03.

entidade social (célula básica da sociedade), o que autoriza o exercício da autonomia privada no seu âmago.

Em elucidativa passagem, Rodrigo da Cunha Pereira pontifica:

> Sem dúvida, até o advento da Constituição Federal de 1988, os pilares do Direito Civil eram centrados na propriedade e no contrato. Porém, com a nova Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas, cuja tônica e preocupação era com a preservação da dignidade da pessoa humana. Isto fez com que fossem revistos as regras e institutos do Direito Civil, a partir de uma despatrimonialização e de uma ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e conseqüentemente das relações jurídicas. Nesse sentido, ampliou-se o campo da aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo no âmbito das relações familiares [...].
> A partir do momento em que a família se desinstitucionaliza para o Direito – ou seja, que ela não mais se faz relevante enquanto instituição –, e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição [...].[144]

É nesse sentido que ganha destaque o teor do *caput* artigo 226 da Constituição Federal, segundo o qual a família é base da sociedade (e não do Estado), merecendo, justamente por isso, especial proteção (e não monopólio da regulamentação) do Estado.

Sobre o citado mandamento constitucional, esclarece, mais uma vez, Rodrigo da Cunha Pereira:

> Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto sim, é o que deve interessar ao Estado.[145]

Corroborando com esse posicionamento e resumindo todos os argumentos anteriormente apresentados, Rolf Madaleno apregoa:

> No Direito de Família sempre incidiu uma maior intervenção do Estado-juiz na dinâmica familiar, impondo freios e restrições nessa liberdade de ação, mirando sempre a defesa da célula familiar, valor maior a justificar a dignidade da pessoa humana.
> Com o advento da atual Carta Política de 1988, elevando a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em detrimento dos interesses patrimoniais das pessoas, na esteira dessa evolução, o Código Civil de 2002

---

[144] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 154.
[145] Idem. Ibidem, p. 158.

> reviu seus conceitos e institutos para a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas relações jurídicas [...].[146]

É com fundamento nesta concepção que o Estado reconhece como entidade familiar agrupamentos formados sem vínculos jurídicos formais, sem uma solenidade oficial, ou seja, as famílias de fato, perspectiva em que se enquadrariam as famílias simultâneas.

Pode-se falar assim que o Estado veio a reconhecer como uma das marcas – talvez a mais importante – da família moderna o afeto, sem o qual ela realmente não existe, mesmo que formalmente persista um vínculo jurídico ligando determinadas pessoas. Nesse trilhar, Paulo Lôbo afirma que todo esse processo implica uma verdadeira estatização do afeto, pois

> No momento histórico em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, não mais existem razões que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A esfera privada das relações conjugais tende cada vez mais a repudiar a interferência do poder público, não se podendo deixar de concluir que está ocorrendo uma verdadeira estatização do afeto.[147]

De fato, não há dúvidas de que o afeto

> [...] talvez seja apontado, atualmente, como o princípio fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.[148]

Com idêntica perspectiva, aduz Rodrigo da Cunha Pereira:

> Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental [...].
> Diante deste quadro estrutural, o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental [...].[149]

Com efeito, o reconhecimento do afeto implica necessariamente em autorização de exercício da autonomia privada. Assim, se o afeto é o elemento estruturante da família hodierna, somente pode-se reconhecer a existência desta entidade quando tal elemento estiver presente, daí por que não é incoerente falar em liberdade de formação (se presente o afeto) e liberdade de extinção (se ausente o afeto) da família. Nesse sentido, não há dúvida de que

---

[146] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 88.
[147] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 253.
[148] FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 126.
[149] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.* p. 180.

> A liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o princípio da autonomia da vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade.[150]

Certo é que o reconhecimento do afeto tem o condão de definitivamente permitir o exercício da autonomia privada por parte dos componentes da família. Nessa perspectiva, Leonardo Barreto conclui pela aplicação da autonomia privada nas relações familiares:

> Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de Família [...].
> A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhemos, na escala do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente.[151]

Em brilhante apontamento, João Baptista Villela destaca que, nas relações de Direito de Família, notadamente aquelas de cunho extrapatrimonial, se verifica a inaplicabilidade da coerção de uma determinada norma jurídica, prevalecendo-se a responsabilidade de cada cidadão, entendida como uma resposta ética da consciência do homem (interior) para a sociedade (exterior):

> Depois, há que reconhecer a total inaplicabilidade da coerção para um grande número de situações jurídicas. O direito de família, à exclusão dos seus conteúdos de caráter patrimonial, é literalmente um direito impassível de execução coercitiva.
> [...] Todo o direito não-patrimonial de família é prenhe de situações para as quais a coerção não oferece qualquer resposta satisfatória.[152]

Ainda, no que tange à importância de se delimitar a intervenção estatal nas relações familiares

> Não se deve confundir, pois, esta tutela com poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos. Muito menos se pode admitir que esta proteção alce o Direito de Família à categoria de Direito Público, apto a ser regulado por seus critérios técnico-jurídicos. Esta delimitação é de fundamental importância, sobretudo para servir de freio à liberdade do Estado para intervir nas relações familiares.[153]

---

[150] Idem. Ibidem, p. 182.
[151] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. cit.* p. 139.
[152] VILLELA, João Baptista. Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social nãoviolenta. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: UFMG, v. IV, n. 3, 1982, p. 17.
[153] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.* p. 153-154.

Em meio a esse cenário, o grande desafio que se cria é descobrir quando a intervenção do Estado no Direito de Família é positiva e quando ela é negativa. Em outras palavras, apresenta-se a indagação acerca dos limites da intervenção estatal no âmbito das relações familiares.

2.4.2 O princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família

Em sendo a família hodierna uma entidade democrática, aberta, plural, em que a promoção da dignidade dos seus membros é a sua principal missão, não há que se olvidar que a incidência da autonomia privada, no seu âmbito, deve ser uma regra geral, permitindo-se que cada indivíduo cultive e desenvolva uma relação afetiva da maneira que mais lhe interessar, conforme já abordado no tópico anterior.

Isso significa também, como regra geral, que o Estado não deve interferir no âmago familiar, devendo ser reservado espaço íntimo para que seus próprios componentes, por meio do afeto, busquem a felicidade própria, desenvolvam a sua personalidade, e, por consequência, fomentem a satisfação uns dos outros. Nesse sentido, relembre-se mais uma vez que a família, em seu contexto atual, por envolver relações afetivas, é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado, como outrora era tratada.

Assim, não pode o Estado pretender sufocar as relações familiares, devendo permitir o exercício da liberdade afetiva por parte dos seus membros. Há muito tempo a família deixou de constituir célula do Estado, sendo que atualmente a sua participação, como um elemento estranho, externo às relações afetivas, pode prejudicá-las, daí porque deve ser ao máximo evitada. Assim, "tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral".[154]

Nesse mesmo sentir, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

> Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade [...].
> A partir disso, percebe-se, sem embaraçamentos, que o Estado começa a se retirar de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma

[154] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

> ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se que venha, em futuro próximo, a cuidar com mais vigor e competência das atividades que, realmente, precisam de sua direta e efetiva atuação). Foi vencido na guerra. E o vencedor (a pessoa humana, revigorada pelo reconhecimento, em sede constitucional, de sua fundamental privacidade, como expressão de sua dignidade) pode, agora, desenvolver amplamente os seus projetos existenciais e patrimoniais, como corolário de sua liberdade.[155]

Em idêntica linha de abordagem, discorre Paulo Lôbo:

> O direito de família anterior era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. [...] Não havia liberdade para constituir entidade familiar, fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportáveis a vida em comum do casal. [...] As transformações desse paradigma ampliaram radicalmente o exercício da liberdade para todos os atores, substituindo o autoritarismo da família tradicional por um modelo que realiza com mais intensidade a democracia familiar. [...] Mas somente a Constituição de 1988 retirou definitivamente das sombras da exclusão e dos impedimentos legais as entidades não matrimoniais, os filhos legítimos, enfim, a liberdade de escolher o projeto de vida familiar, em maior espaço para exercício das escolhas afetivas. O princípio da liberdade, portanto, está visceralmente ligado ao da igualdade.[156]

Nesses termos, permitir o livre exercício do afeto a entidade familiar significa privilegiar os mais diversos direitos fundamentais dos cidadãos, verdadeiro objetivo não só da própria família, mas, em última instância, do Estado Democrático de Direito. Vivencia-se, portanto, um período de "privatização do Estado" e "desinstitucionalização da família", o que implica o fenômeno de intervenção mínima do Estado no âmbito do Direito de Família.[157]

É justamente essa a concepção do princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família. Por ele se entende que a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extrema, como *ultima ratio*, já que deve prevalecer a regra geral da liberdade dos membros da família.

Por força do reconhecimento do princípio em foco, identifica-se um Direito de Família no qual deve prevalecer, como regra geral, o exercício da autonomia privada dos componentes de uma família, pois somente dessa forma será possível efetivamente lhes garantir o implemento dos seus direitos fundamentais, o desenvolvimento da sua personalidade.

---

[155] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21-22.
[156] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 46-47.
[157] Expressões utilizadas por Rodrigo da Cunha Pereira: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.* p. 157.

Aproxima-se aqui, da tese defendida por Leonardo Barreto, qual seja, a ideia do "Direito de Família Mínimo", em que a atuação do Estado, no âmbito das relações familiares, só poderia se efetivar quando a tutela promovida por outros instrumentos sociais não forem suficientes para tutelar os bens mais caros à sociedade.[158]

E no âmbito desse Direito de Família minimalista, qual seriam as hipóteses de intervenção do Estado nas relações familiares? Haveria algum critério a ser seguido? A resposta é oferecida pelo mencionado autor, para quem

> Em verdade, o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade, etc. –, e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento de sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família.[159]

A ideia é, portanto, permitir que o indivíduo dirija o seu afeto a situações existenciais que lhe permitam alcançar realização pessoal plena, cabendo ao Estado, tão somente, o papel de viabilizar a garantia de direitos decorrentes dessa autonomia privada.

2.5 PONDERAÇÃO DE INTERESSES: O PRIMADO DA AFETIVIDADE EM MATÉRIA FAMILIAR

Ensina Robert Alexy que "um dos tópicos mais importantes no debate corrente sobre a interpretação dos direitos fundamentais é o papel da ponderação ou pesagem".[160] Segundo o autor, a ponderação é um aspecto do princípio da proporcionalidade, sendo que este se divide em três subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito:

> Todos esses princípios expressam a ideia de otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz do principio da proporcionalidade é tratar os direitos fundamentais como mandados de otimização, ou seja, como princípios, não simplesmente como regras. Enquanto mandados de otimização, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas.[161]

---

[158] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 144.
[159] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. cit.*, p. 145.
[160] ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição constitucional e Representação popular. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 295.
[161] Idem. Ibidem, p. 295.

De acordo com referido autor, quanto maior o grau de não satisfação, ou detrimento, de um princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro. Essa regra é por ele denomina "Lei da Ponderação".

Tal Lei de Ponderação pode ser dividida em três estágios:

> O primeiro estágio envolve estabelecer o grau de não-satisfação de, ou interferência em, um primeiro princípio. Esse estagio é seguido por um segundo em que é estabelecido a importância de se satisfazer o principio corretamente. Finalmente, no terceiro estágio, é estabelecido se a importância de se satisfazer o ultimo principio justifica a interferência ou não satisfação do primeiro.[162]

Compreendidas essas premissas acerca da ponderação e reconhecendo-se que não só é possível como de fato ocorrem restrições a direitos fundamentais resultantes de atos de autonomia privada, e se toda e qualquer restrição a direito fundamental está sujeita ao exame da proporcionalidade, independente do "âmbito relacional" (se vertical ou horizontal), pois, conforme leciona Wilson Steinmetz, "mudança do âmbito relacional de aplicação não altera a qualidade jurídicas dos direitos fundamentais"[163], então, os atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais estão sujeitos ao exame de proporcionalidade. Segundo o autor:

> O principio da proporcionalidade em sentido estrito é um mandamento de ponderação propriamente dito. Ele ordena que os meios elegidos devam manter-se em uma relação razoável com resultado perseguido. Esse dever é cumprido mediante o exame da "justa medida" entre a restrição (o meio) e a finalidade pretendida.[164]

Se a autonomia privada é objeto de tutela constitucional, então, os conflitos entre os direitos fundamentais e a autonomia privada – casos em que configuram restrições a direitos fundamentais originadas de atos de autonomia privada – devem ser resolvidos como conflitos entre direitos fundamentais *versus* bem constitucionalmente protegido.[165]

Na realidade, nem todas as manifestações da autonomia privada desfrutam de proteção constitucional dotada da mesma intensidade. Por constituir um valor essencial do Estado

---

[162] ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 297.

[163] STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 23.

[164] Idem. Ibidem, p. 41. Vale ressaltar o esclarecimento do autor em salientar que a expressão "justa medida" é de José Joaquim Gomes Canotilho.

[165] Idem. Ibidem, p. 29.

Democrático do Direito e também por exprimir importante dimensão da ideia de dignidade da pessoa humana, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior deverá ser a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.

Assim pode-se afirmar, seguindo a lição de Daniel Sarmento, "que o peso da autonomia privada, numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mais também em função da natureza da questão examinada".[166]

Lançadas essas considerações, ainda que sem a pretensão de esgotar a temática tanto do efetivo significado quanto da importância na ponderação, entende-se por acertada a posição da grande maioria dos autores que se dedicaram ao assunto, no sentido do reconhecimento de que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve uma ponderação de interesses, em que a autonomia privada estará, quase que invariavelmente, no outro lado da balança. Para além das hipóteses nas quais o poder público é o único destinatário direto, pode-se afirmar que as normas definidoras de direito e garantias fundamentais vinculam sempre os particulares, ainda que se possa contraverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação.[167]

Não se justificam, então, os temores – registrados na teoria da eficácia mediata – em relação a eliminação da autonomia privada e a perda da identidade e função do Direito Privado, porque, sendo ela um bem constitucionalmente protegido, não pode ser simplesmente afastada. Nesse sentido, Wilson Steinmetz aponta que

> [...] assim como os direitos fundamentais podem operar eficácia limitando o principio da autonomia privada, assim também o principio da autonomia privada, a medida que ela tem acento constitucional, pode operar como fundamento de restrição a direitos fundamentais.[168]

Portanto, concorda-se, nesse particular, que a aplicação direta dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares não é necessariamente afrontosa à autonomia privada. Wilson Steinmetz cita duas razões para tanto:

> [...] (i) porque a autonomia privada é, também ela, um bem constitucionalmente protegido e, em razão disso, não pode ser afastada sem

---

[166] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 268.

[167] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 139.

[168] STEINMETZ, Wilson. *Op. cit.* p. 29.

> mais; e (ii) porque na dogmática e na jurisprudência constitucionais contemporâneas já há referencias teóricos e metodológicos construídos – a saber, a teoria dos princípios e o principio da proporcionalidade – para solucionar as colisões entre direitos fundamentais e a autonomia privada de forma racionalmente controlável.[169]

Não se pode olvidar, ainda, que autonomia privada foi remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem publica. É o que sustenta Gustavo Tepedino:

> Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de *zonas francas* para a atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.[170]

Apontadas as ideias conceituais necessárias à noção da ponderação de direitos fundamentais, passa-se então a contextualizar a discussão em relação às famílias simultâneas.

---

[169] Idem. Ibidem, p. 24.

[170] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 310-311.

CAPÍTULO III – TUTELA JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

3.1 FAMÍLIA E SEXUALIDADE NA PÓS-MODERNIDADE: BREVES APONTAMENTOS SOCIOLÓGICOS

3.1.1 As transformações da modernidade: o que é família?

O cenário contemporâneo é marcado por um processo acelerado de transformação e por mudanças ocorridas nas instituições sociais, seja nas relações entre os indivíduos seja nas relações de gênero, entre outras. Junto aos avanços tecnológicos, ruptura de modelos, alterações nos padrões de ética, valorização do consumo e dos padrões de beleza, permeados por sentimentos de insegurança, fragilidade e incertezas, como pensar a família? Assim, torna-se importante ter uma visão panorâmica do contexto da nova organização social da contemporaneidade, e, a partir disso, situar a família no contexto da contemporaneidade.

Anthony Giddens sobre a "modernidade" refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa, a partir do século XVII, e que se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. Porém ele diz que em vez de estarmos entrando na pós-modernidade, estamos em um período em que "as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes".[171]

O mesmo autor afirma, ainda, que tínhamos, até o período posterior à Segunda Guerra Mundial, uma sensação confortável de que vivíamos em um mundo estável. Porém essa

[171] GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 09.

sensação foi abalada pelos processos de mudanças que deram "feições pós-modernas" a esse mundo.[172]

A caracterização da pós-modernidade teve início em um debate em torno da cultura (arquitetura, pintura, romance, cinema, música etc.) e estendeu-se aos campos da filosofia, economia, política, família ou mesmo da intimidade. Estamos vivenciando o fim da sociedade disciplinar (ou modernidade clássica) e o início da sociedade de risco (ou modernidade tardia).

Lipovetsky observou que, no pós-modernismo, a "imagem" domina a realidade.[173] Ser alguém é aparecer na tela e no *website*. Aquilo que é visto define o que deve ser; quase ninguém mais se importa com o que é "realidade". A imagem pública é o objeto de culto.

Ao mesmo tempo, os meios de comunicação de massa e informação formam a opinião pública e prescrevem as normas de consumo e comportamento. O consumidor real torna-se um consumidor de ilusões que efetiva sua ilusão na compra de mercadoria.

A repressão moral, assegurada pela família e pela religião, é vivida como um pseudogozo. A mídia, então, valoriza o que parece real acima dos conceitos de bem e mal. Paradoxalmente, sua influência cresce em meio à crise de comunicação. A mercadoria chega à ocupação total da vida social. Não só a relação com a mercadoria é visível, como nada mais se vê senão ela.

A globalização, enquanto um dos principais efeitos da pós-modernidade, pode ser de várias formas conceituada, mas, a despeito disso, a verdade é que ninguém fica imune aos seus efeitos. A rapidez da troca de informações e as respostas imediatas que esse intercâmbio acarreta nas decisões diárias, qualidades e produtos que ficam obsoletos antes do prazo de vencimento, a incerteza radicalizada em todos os campos da interação humana, a falta de padrões reguladores precisos e duradouros, são evidências compartilhadas por todos os que estão neste barco do mundo pós-moderno. Se esse é o pano de fundo do momento, ele vai imprimir sua marca em todas as possibilidades da experiência, inclusive nos relacionamentos amorosos.

Giddens argumenta que não se trata simplesmente de uma "diminuição" da vida pessoal, mas sim de uma transformação genuína da própria natureza do pessoal. A sociabilidade, informada pela lealdade e autenticidade, é o objetivo das relações pessoais.

---

[172] Idem. *Ibidem*.
[173] LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Lisboa: Relógio D'Água, 1989, p. 52.

Contudo, pela globalização, "a vida pessoal e os laços sociais que ela envolve estão puramente entrelaçados com os sistemas abstratos de longo alcance".[174] O que podemos explicar facilmente pelo fato de que tudo está conectado pela globalização.

Sendo assim, qual forma assume a moralidade no contexto epistemológico e sociocultural do pós-modernismo?

Para Lipovetsky, com o pós-modernismo, em meados do século XX, surgiu uma época de pós-dever que renega o dever absoluto no campo da ética. Tomou forma uma ética que proclama o direito individual à autonomia, felicidade e satisfação individual. O pós-modernismo é uma época de pós-moralidade, porque despreza valores incondicionais mais elevados, tais como o serviço em prol de outrem e a abnegação.[175]

Não obstante, nossa sociedade não exclui a legislação repressiva e eficaz (contra drogas, aborto, corrupção, sonegação, pena de morte, e a favor da proteção da criança, da saúde, do meio ambiente, etc.). Essa mistura de dever e negação do dever na ética pós-modernista torna-se necessária, porque o individualismo absoluto destruiria as condições necessárias para facilitar a busca de prazer e realização individual. Há um esforço para proibir tudo quanto possa limitar os direitos individuais. É por isso que a nova moralidade pode coexistir com o consumismo, o prazer e a busca de realização pessoal.

As conclusões de Lipovetsky sobre a pós-modernidade são importantes, pois ele considera que vivenciamos atualmente uma cultura que na medida em que se tenta gerar um outro, algo novo, acaba-se por produzir o idêntico, o estereótipo, uma "repetição tristonha". O hedonismo se torna o comportamento geral da vida que encoraja "a gastar, a gozar a vida, a obedecer aos impulsos".[176]

Dessa feita, percebe-se a sociedade posicionada no universo da personalização, da valorização narcísica, da efemeridade das relações e aquisições, da era que de tão vazia é superficial e, ao mesmo tempo, expande as arenas de realização pessoal e de segurança. Lipovetsky lança-nos uma questão: quem acredita ainda na família quando as taxas de divórcio não deixam de subir, quando os idosos são colocados nos asilos, quando os pais querem continuar jovens e reclamam a assistência dos psicólogos, quando os casais se tornam

[174] GIDDENS, Anthony. *Op. cit.* p. 108.
[175] LIPOVETSKY, Gilles. *Op. cit.* p. 72.
[176] Idem. *Ibidem*, p. 80.

livres, quando o aborto, a contracepção, a esterilização são legalizados?[177] Nesse sentido, importa tratar sobre alguns pontos relacionados à família ocidental.

O conceito de família tem significados diversos, de acordo com as áreas do conhecimento que tratam deste tema. Há um consenso e uma convicção cada vez maior de que a vida familiar está presente em praticamente todas as sociedades, mesmo naquelas com costumes sexuais e educacionais bem diferentes dos nossos. A verdade é que as organizações familiares estão presentes em toda a história da humanidade e vêm sofrendo modificações ao longo do tempo.

Lévi-Strauss esclarece que a palavra família serve pra designar um grupo social possuidor de, pelo menos, três características:

> [...] 1) tem sua origem no casamento;
> 2) é constituído pelo marido, pela esposa e pelos filhos provenientes de sua união, conquanto seja lícito conceber que outros parentes possam encontrar o seu lugar próximo ao núcleo do grupo;
> 3) os membros da família estão unidos entre si por (a) laços legais, (b) direitos e obrigações econômicas, religiosas ou de outra espécie, (c) um entrelaçamento definido de direitos e proibições sexuais e uma quantidade variada e diversificada de sentimentos psicológicos, tais como amor, afeto, respeito, medo, etc. [...][178]

Do ponto de vista antropológico, portanto, o conceito de família tem sido utilizado para se referir à unidade de reprodução biológica e social, criada por laços de aliança, instituídos pelo casamento, bem como por uniões consensuais, por vínculos de descendência, biológicos ou não, entre pais e filhos e, ainda, por vínculos de consanguinidade entre irmãos.[179]

A família, como unidade social enfrenta uma série de tarefas de desenvolvimento, diferindo quanto aos parâmetros culturais, mas possuindo as mesmas raízes universais. Levi-Strauss menciona a família do ponto de vista simbólico, como algo que se define por uma história que, ao longo do tempo, se conta aos indivíduos desde que nascem, através de palavras, gestos, atitudes ou silêncios e que será por seus membros reproduzida e ressignificada, à maneira de cada um, conforme o seu lugar e momento na família. Vista como uma realidade que se constitui pela linguagem, socialmente elaborada e internalizada pelos indivíduos, a família torna-se um campo privilegiado para se pensar a relação entre o individual e o coletivo, portanto, entre mim e o outro.[180]

---

[177] Idem. *Ibidem*, p. 84.
[178] LEVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 314.
[179] AMENO, Agenita. **A função social dos amantes**: na preservação do casamento monogâmico. Belo Horizonte: Autêntica, 1999, p. 22.
[180] LEVI-STRAUSS, Claude. *Op. cit.* p. 71.

Nesse sentido, sendo unidade de reprodução social, a família constitui-se como um grupo de convivência no qual as formas de sociabilidade e as expressões de afetividade são orientadas por modelos e padrões culturais criados e manipulados pelos sistemas simbólicos.

Não basta, contudo, definir a família apenas do ponto de vista antropológico e simbólico. Vale a pena destacar que no século XV, as regras de casamento se modificaram com a instauração do tabu do incesto, que é a proibição de relação sexual ou marital entre parentes próximos. Levi-Strauss o aponta como a imposição de uma norma, destruindo, assim, a possibilidade de uma manifestação natural da sexualidade, passando a submetê-la a regras e tornando-a um instrumento de criação de vínculos sociais. Dessa forma, o casamento "atribui responsabilidades e direitos específicos sobre a prole de uma mulher a homens determinados".[181]

Surge, então, a família patriarcal para tornar-se a unidade básica para a qual se canaliza a reprodução e concentram-se os cuidados das crianças, também definindo estilos de vida, comportamentos e mentalidade das pessoas e grupos. Era extremamente centralizadora e autoritária. Nesse sentido, a família patriarcal impôs uma imagem de homem que constitui a base do poder familial e social. Estendendo o seu poder para além das fronteiras do grupo doméstico, transformando todas as relações em relações pessoais.

A monogamia passa a garantir a estabilidade matrimonial e também da comunidade, na medida em que garante a fidelidade feminina, a legitimidade dos filhos e a indissolubilidade do casamento.[182] Esse modelo, durante séculos, orientou a constituição de famílias.

Com a Revolução Industrial, no século XIX, alteram-se radicalmente as relações do ser humano com o seu trabalho, com o meio ambiente, com os outros e consigo mesmo. O capitalismo é, então, fortalecido pela industrialização. A família deixa de ser o principal eixo organizador da vida social. À medida que a economia deixa de ser um assunto doméstico e começa a ser regida pelo mercado, as relações econômicas passam a ter uma importância pública, exigindo um espaço próprio.

Edilaine Scabello destaca que a divisão entre o mundo público e o privado se deu em função da transferência da produção econômica dos feudos para as fábricas, com o capitalismo e acrescenta:

---

[181] LEVI-STRAUSS, Claude. *Op. cit.* p. 122.

[182] SCABELLO, Edilaine Helena. **Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal**: discursos de homens e mulheres. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2006, p. 37.

> Os laços entre pais e filhos foram acentuados e essas relações ganharam os contornos da afetividade. Porém, embora essa divisão possa ter contribuído para a emancipação dos indivíduos das restrições sociais e possibilitou a vivência de maior intimidade no núcleo familiar, trouxe, no entanto, limitações especialmente às mulheres e às crianças. Instalou-se uma autoridade privada, patriarcal, dentro da família.[183]

Estabelece-se, então, a divisão sexual do trabalho. Esta colocou a mulher no espaço privado do lar, responsável pelo trabalho doméstico e pelo cuidado com as crianças; enquanto o homem continuou no espaço público, responsável pelo trabalho remunerado. A criança, nesse momento, passa para uma situação de dependência e submissão aos pais. Também a Igreja e o Estado ainda discutiam a necessidade de normatização da família para resguardá-la das ameaças que pareciam vir de todos os lados, inclusive da urbanização.

A proteção da instituição que estaria sob "perigo de degradação" levava à necessidade de reforçar a autoridade masculina, de restringir o trabalho feminino a empregos femininos e ancorados na esfera doméstica da reprodução, conjugados a uma educação que afeiçoaria a mulher ao casamento, tornando-as desejosas da maternidade, competentes da criação dos filhos e capazes da administração da casa.

A pressão de setores conservadores da sociedade atuaria no sentido de recuperar as funções da família patriarcal, na defesa do domínio privado contra o controle e o poder do setor público. Estavam dadas, dessa forma, as condições para a crise nas relações intrafamiliares.

O início da passagem da família patriarcal para aquela que podemos chamar de "família conjugal", fundada sob a égide do casamento se dá quando o casamento ganha outra face, perdendo a natureza divina e se consolidando como um acordo consensual entre um homem e uma mulher, com duração relativa à durabilidade do amor. Supervaloriza-se a prole numerosa, considerada como bênção divina.

A família conjugal é chamada de "família hierarquicamente composta". Nessa família, as novas convenções exigem que o pai seja justo, submisso à lei e que respeite os novos direitos adquiridos. Cumpre esclarecer que os direitos do pai foram limitados, ocorria uma modificação na concepção que os adultos tinham de infância; porém, não significava que a criança tinha um lugar privilegiado na família, caracterizado por ternura e intimidade que ligam os pais aos filhos, como é próprio da contemporaneidade.[184]

---

[183] Idem. *Ibidem*, p. 41.
[184] SCABELLO, Edilaine Helena. *Op. cit.* p. 49.

Nesse intervalo de tempo, passamos do casamento de conveniência para o casamento de amor. O casamento se tornou uma união de indivíduos, haja vista que os jovens conquistaram o direito de casar-se com um mínimo de interferência dos pais, o que se aproxima da definição da chamada "família eudemonista".

Portanto, o século XIX assiste a um retorno às normas, à virtude e à não permissividade. O lar é valorizado como propiciador de emoções, e tem início uma vivência de afetividade nas relações familiares.

Nessa visão, Agenita Ameno afirma que a mãe é promovida a "grande responsável" pela felicidade de seu filho. Isso se tornou uma missão terrível, que acabava por definir seu novo papel. Dessa maneira, as mulheres estavam fechadas em sua natureza e tentavam imitar ao máximo o modelo imposto. A autora acrescenta que o homem, despojado de sua paternidade e relegado a uma função somente econômica, foi se distanciado progressivamente de seu filho e essa imagem de "bom pai mantenedor", responsável pelo conforto da família, sobreviveu até os nossos dias.[185]

Porém, a partir da década de 50, observam-se mudanças mais marcantes no modelo familiar com a crescente horizontalização das relações homem-mulher, paralelas a modificações no exercício da sexualidade e das atividades de trabalho da mulher, que atingiu, também, as relações pais-filhos com a consequente redução da rigidez dos padrões comportamentais e dos castigos corporais e aumento do respeito à individualidade. Esse novo modelo corresponderia à chamada "família igualitária". Nos dizeres de Cristina Zamberlam, homem e mulher se percebem como diferentes, mas como iguais porque são indivíduos, algo que tende a desaparecer com os sinais estereotipados da diferença homem/mulher. As noções de "certo" e "errado" perdem suas fronteiras, e instaura-se, aparentemente, o reino da pluralidade de escolhas, que só são limitadas pelo respeito à individualidade do outro.[186]

Vale, porém, considerar que nenhum dos modelos de família existe em estado "puro". Por isso, a família vista em sua realidade, continua ambígua. Sabemos que as relações e interações do dia-a-dia da família atual (cujo destaque daremos a seguir) oscilam entre os dois modelos: o hierarquizado e o igualitário, em um movimento confuso e muitas vezes contraditório.

---

[185] AMENO, Agenita. *Op. cit.* p 19.
[186] ZAMBERLAN, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: uma perspectiva disciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88.

Há em nossas identidades hierárquicas e seus ideais a garantia da brutalidade de muitos preconceitos sociais, raciais e sexuais. Muito embora, a ideologia igualitarista seja responsável por destruir fronteiras rígidas entre categorias sociais, vivemos cercados por discursos que nos empurram em direção a ideais igualitários e individualistas e inibem nosso pensamento hierarquizado. É o caso de certos modos de falar de homossexuais e negros, por exemplo, que têm sofrido uma inibição confundida com desaparecimento ou erradicação de ideias hierarquizadas em tais áreas.

Conclui-se, assim, que a modernização da família representou um processo complexo que resulta da modernização de ideais e das identificações.

3.1.2 Arranjos familiares plurais na atualidade e o exercício da sexualidade

As pessoas que vivem numa sociedade em mudança social acelerada percebem, mais ou menos claramente, a complexidade do processo no qual estão intimamente envolvidas e podem talvez perceber que tudo só muda rapidamente na superfície, e que o novo e o moderno convivem com o arcaico e antiquado.

Sendo assim, se considerarmos a família atual ou pós-moderna fundamentada no amor e no prazer, veremos que ela caracterizou-se segundo uma lógica de grupo em que a união dura enquanto durar o amor e o prazer. Para Rosana Fachin, outra revolução familiar começou. O projeto desloca-se de novo para o lado do pai, mas, não para recolocar a mãe no obscurantismo e sim para melhor iluminar o pai e a mãe ao mesmo tempo.[187]

Contudo, mudanças ocorreram na sociedade, sobretudo, na segunda metade do século XX e nos países ocidentais, ligadas ao decréscimo dos casamentos, às famílias numerosas, ao crescimento da concubinagem, aos divórcios, aos recasamentos, ao trabalho assalariado das mulheres, ao Movimento Feminista, ao Movimento Negro, ao Movimento Homossexual, à modernização, à urbanização decorrente da industrialização, ao aumento da longevidade, ao elogio da individualidade e do descartável, às uniões cada vez mais tardias, às mudanças dos papéis exercidos pelas mulheres, à possibilidade de controle da fecundidade com a contracepção, à escolha do momento de ter filhos e do número de filhos e, também, às Grandes Guerras Mundiais.

---

[187] FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Op. cit.* p. 75.

Agenita Ameno esclarece que, com relação às mudanças, o sexo deixa de estar ligado à procriação, e o matrimônio se dissocia da família. Além disso, o divórcio é introduzido no ordenamento jurídico como uma opção viável.[188]

O novo discurso feminista teve consequências fundamentais até agora não avaliadas, pois, destruiu o mito da mulher passiva e devotada, nascida para o sacrifício. A contradição entre os desejos femininos e os valores dominantes não pôde deixar de engendrar novas condutas, talvez, mais perturbadoras para a sociedade do que qualquer mudança econômica que se produziu. A mencionada autora esclarece que:

> Na segunda metade do século XX, mulheres opuseram um desmentido irrecusável a essas definições da "natureza" feminina. Provaram com suas ações que não eram constitucionalmente "passivas" ou "masoquistas", nem essencialmente "vaginais". Na verdade, desde que entreabriram as portas de suas casas e invadiram as universidades, os tribunais, os hospitais ou os sindicatos, as mulheres mostraram que o ativismo, a independência e a ambição não eram apanágio dos homens.[189]

Nessa perspectiva, o movimento feminista se vincula ao movimento homossexual, atacando em conjunto os padrões convencionais das relações entre os sexos. Tanto em um quanto no outro, o que está em jogo é a subordinação da sexualidade à reprodução e, mais legitimamente, o controle social sobre a sexualidade.[190]

É interessante ressaltar a reordenação simbólica provocada pelas novas tecnologias reprodutivas que, ao desvincularem a reprodução biológica das relações sexuais e atribuírem um caráter artificial à procriação, um dos mais naturalizados entre os fatos humanos, quebra a identificação do corpo biológico com a ordem natural tão difundida em nossa cultura. Os avanços tecnológicos, tais como a pílula anticoncepcional, ao lado da descoberta do teste de DNA, que permite a comprovação da paternidade biológica, provocam mudanças nas práticas e nos valores familiares.

O período a partir do final dos anos 60, no qual ainda vivemos, corresponde à instauração de um compromisso entre as reivindicações dos indivíduos em se tornarem autônomos, por um lado, e sua vontade de continuar a viver com uma ou várias pessoas na vida privada, por outro. Nesse sentido, Agenita Ameno elucida que a família continua sendo

---

[188] AMENO, Agenita. *Op. cit.* p. 30.
[189] Idem. *Ibidem*, p. 49.
[190] Acerca do movimento feminista e dos reflexos gerados por ele nos direito da mulher, recomenda-se a leitura de MARTINS, Fernando Rodrigues. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.9, nº 33, jan. 2008.

um dos eixos organizadores da vida de homens e mulheres em todas as idades, raças e nacionalidades e aponta, ainda, que, com a crescente participação das mulheres no mercado de trabalho, evidenciou-se ainda mais, no interior das famílias, o questionamento de papéis e responsabilidades de homens e mulheres.[191]

Portanto, o quadro que se apresenta em pleno século XXI é o de uma crise nas referências simbólicas e novas posições e papéis das mulheres, homens e crianças diante das mudanças nos grupos familiares e nas formas de parentesco.

Em relação às mudanças, a variedade de arranjos possíveis de família produz a necessidade de redefinir o conceito de família ou limitar sua aplicabilidade à nossa sociedade. A esse respeito, Edilaine Scabello acrescenta que a extraordinária rapidez de mudança e de maleabilidade nas relações evidencia formas alternativas de conjugalidade. Afirmam que vivemos a transgressão de regras e a ruptura de modelos solidificados. Não há uma representação social definida e homogênea acerca do familiar e do conjugal, "tampouco acerca das concepções do feminino e do masculino que se inscrevem de maneira difusa, diversa, múltipla e efêmera na contemporaneidade".[192]

Essa "flexibilização" dos papéis de gênero abalou a estrutura idealizada da união conjugal de outrora, cedendo espaço a parcerias, aos descasamentos e recasamentos sucessivos, entre outras formas de união e relacionamentos.

Assim, tendências apontam para o enfraquecimento do casamento e para a valorização de conjugalidades centradas nas satisfações individuais.

Contudo, na contemporaneidade, de modo cada vez mais nítido, homens e mulheres se enfrentam como indivíduos aparentemente livres e iguais. Nessas condições, suas diferenças só aparecem em função de atrações sexuais puramente individuais. A dupla "homem provedor" e "mulher cuidadora" vem sendo alterada – embora as mulheres permaneçam como as principais cuidadoras, existe o trânsito entre o espaço doméstico e público, pois elas parecem estar mais sensíveis à esta dualidade dos papéis materno (centralizado na casa, no interior) e feminino (voltado para o exterior). Conclui-se, assim, que

> As faces de relações mais igualitárias e de relações mais tradicionais se mesclam e se evidenciam, indicando aspectos 'modernos' e outros 'conservadores' que revelam as ambigüidades da esperada modernização. [193]

[191] AMENO, Agenita. *Op. cit.* p. 52.
[192] SCABELLO, Edilaine Helena. *Op. cit.* p. 134.
[193] AMENO, Agenita. *Op. cit.* p. 23.

O pai, tendo abandonado a sua figura autoritária, identifica-se cada vez mais com a mulher, isto é, com a figura de mãe; ao mesmo tempo, as mulheres se "virilizam" e se distanciam da maternidade.

Giddens aponta que as mudanças resultam do extenso processo através do qual a conjugalidade se torna independente do espaço familiar, não limitando o exercício da atividade sexual à esfera matrimonial. Contudo, ao dizer que a família ainda ocupa um lugar-chave na socialização das novas gerações, as mudanças na esfera da sexualidade são, segundo ele, comumente associadas à modernização dos costumes sexuais. Contudo, todas estas mudanças não fornecem ao sujeito a oportunidade de modernizar seu funcionamento, real e profundamente, nos seus conteúdos e na sua identidade. Talvez o único modo de conseguir ser "pós-moderno" seja tentar acompanhar as transformações através de uma modernização do comportamento.[194]

Lipovetsky, corroborando o posicionamento de Giddens, afirma que:

> O masculino e o feminino confundem-se, perdem as suas nítidas características de outrora; a homossexualidade de massa de hoje começa a já não ser considerada como uma perversão, todas as sexualidades, ou perto disso, são admitidas e formam combinações inéditas; o comportamento dos jovens e dos menos jovens tende a aproximar-se e, em poucas décadas, os últimos reciclaram-se, com uma velocidade surpreendente.[195]

Ao destacar a "homossexualidade de massa de hoje" e "todas as sexualidades", o autor nos coloca frente a frente com a realidade atual, ou seja, as múltiplas ocorrências familiares e arranjos domésticos possíveis no presente bem como as diversidades sexuais, ainda que não tenhamos "modernizado" internamente nosso comportamento. É nesse amplo espectro de possibilidades que está situada a família que ora buscamos pesquisar: as família simultâneas.

Entendemos que a família é, portanto, constituída no espaço privado, doméstico, onde é possível se instaurar, refutar, construir ou reafirmar valores, conceitos, preconceitos, papéis. Assim, a constituição do gênero nos leva a também verificar que este é um espaço em que nem sempre os diálogos francos e abertos são possíveis, tornando-se ambiente suscetível de instalação da repressão sexual. Isso frequentemente estimula a ocorrência de estigmas dificuldades de relacionamento, punições, reveses quando nos deparamos com desvios à "boa conduta".

---

[194] GIDDENS, Anthony. *Op. cit.* p. 141.
[195] LIPOVETSKY, Gilles. *Op. cit.* p. 103.

Necessário compreender que as famílias não são iguais entre si e se estruturam de maneira complexa e heterogênea. Não existe um padrão único de organização familiar, sendo a urbanização e a industrialização, as migrações externas e internas, a formação do proletariado, a revolução da mídia, a alteração da condição feminina de vida e de trabalho apontados como fatores que influenciam a composição de diferentes modelos, particularmente, no que se refere às famílias brasileiras.[196]

Assim, diante do percurso explicitado até aqui, torna-se importante e necessário destacarmos uma necessária compreensão acerca da sexualidade humana.

A sexualidade é um aspecto complexo da natureza humana, que envolve, além do sexo propriamente dito, elementos psicológicos, emocionais e comportamentais. A forma de abordá-la tem variado ao longo do tempo e sofrido influências variadas das ciências médicas, das teorias psicológicas, das ciências sociais, da filosofia, da política e das tradições religiosas.

Considerando que todas as modificações que perpassam até hoje nossa sociedade e o momento vivido atualmente referem-se ao aparecimento do discurso sobre a sexualidade, tanto quanto às relações conjugais e familiares bem como às diversidades sexuais, consideramos pertinente iniciar pelo que se pode chamar de história da sexualidade, dentro do pensamento foucaultiano.

A sociedade vive desde o século XVIII, com a ascensão da burguesia, uma fase de repressão sexual na qual o sexo se reduz a sua função reprodutora, e o casal procriador passa a ser o modelo. O que sobra vira anormal − é expulso, negado e reduzido ao silêncio. Mas a sociedade burguesa, hipócrita, vê-se forçada a algumas concessões. Ela restringe as sexualidades ilegítimas a lugares onde possam dar lucros, como nas casas de prostituição e hospitais psiquiátricos. A justificativa para isso seria que, em uma época em que a força de trabalho é muito explorada, as energias não podem ser dissipadas nos prazeres.

Porém, segundo Foucault, a hipótese descrita acima é chamada por ele de "hipótese repressiva" e foi aceita quase como uma verdade absoluta, já que serve bem à sociedade atual. Mas o autor desconstrói esse pensamento e formula uma nova hipótese, afirmando que, para nós, é gratificante formular em termos de repressão as relações de sexo e poder por uma série de motivos. Primeiramente, porque, se o sexo é reprimido, o simples fato de falar dele e de sua repressão ganha um ar de transgressão. Segundo, porque, aceitando-se a hipótese

[196] FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Op. cit.* p. 133.

repressiva, pode-se vincular revolução e prazer, pode-se falar num período em que tudo vai ser bom: o da liberação sexual. “O sexo, a revelação da verdade, a inversão da lei do mundo, o anúncio de um novo dia e a promessa de uma certa felicidade” [197], estão todos unidos entre si. Finalmente, insiste-se na hipótese repressiva, porque aí tudo que se diz sobre o sexo ganha valor mercantil.

A afirmação de uma sexualidade reprimida é acompanhada de um discurso destinado a dizer a verdade sobre o sexo numa sociedade que há mais de um século se "fustiga ruidosamente por sua hipocrisia, fala prolixamente de seu próprio silêncio, obstina-se em detalhar o que não se diz e promete-se liberar das leis que a fazem funcionar".[198] A questão básica não é “por que somos reprimidos, mas por que dizemos, com tanta paixão, com tanto rancor contra nosso passado mais próximo, contra nosso presente e contra nós mesmos que somos reprimidos?”.[199]

Não é que Foucault diga que o sexo não vem sendo reprimido; afirma, sim, que essa interdição não é o elemento fundamental e constituinte. Discorre sobre como o poder é produzido por relações particulares com saberes. Estes saberes não são universais, mas se instituem enquanto verdades num processo que produz poder.

Foucault firma que foi o próprio poder que incitou essa proliferação de discursos sobre sexo, a partir do século XVIII, através de instituições como a Igreja, a escola, a família e o consultório médico. Essas instituições não visavam a proibir ou reduzir a prática sexual.

Visavam, sim, ao controle do indivíduo e da população. Tal explosão discursiva sobre sexo veio acompanhada de uma depuração do vocabulário sobre sexo autorizado, assim como de uma definição de onde e de quando podia se falar dele. A Igreja Católica, com a Contra-Reforma, deu início ao processo, ao estimular o aumento das confissões ao padre e também a si mesmo.

Estabeleceram-se, ao redor da temática do sexo, diferentes posturas que engendraram também novos saberes e novas tecnologias de poder, a que Foucault chama de “biopoder”.[200] A medicina, a psiquiatria, a justiça penal, a demografia e a crítica política também passam a se preocupar com o sexo. Portanto, regula-se o sexo não pela proibição, mas por meio de discursos úteis e públicos, produzindo uma sexualidade economicamente útil.

---

[197] FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. v. 1. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 27.
[198] Idem. *Ibidem*, p. 28.
[199] Idem. *Ibidem*, p. 29.
[200] FOUCAULT, Michel. *Op. cit.* p. 66.

Portanto, Foucault constrói uma nova hipótese acerca da sexualidade humana, segundo a qual esta não deve ser concebida como um dado da natureza que o poder tenta reprimir, mas:

> A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas estratégias de saber e de poder.[201]

Deve, sim, ser encarada como um dispositivo histórico e produto do encadeamento. As sexualidades são, assim, socialmente construídas. O autor soma ao "dispositivo da sexualidade" o "dispositivo da aliança", este último encontrado em todas as sociedades e definido em função de casamentos, relações de parentesco, transmissão de bens entre gerações, etc., nos quais são definidos o lícito e o ilícito na atividade sexual. Nas sociedades ocidentais, o dispositivo da sexualidade encontrou na família seu grande *locus*, sua instituição por excelência e esta ao associar-se à sexualidade, a partir do século XVIII, "pacificou o sexo", o domesticou. Segundo Foucault:

> Não se deve entender a família, em sua forma contemporânea, como uma estrutura social, econômica e política de aliança, que exclua a sexualidade ou pelo menos a refreie, atenue tanto quanto possível e só retenha dela as funções úteis. Seu papel, ao contrário, é o de fixá-la e constituir seu suporte permanente. [...] A família é o permutador da sexualidade com a aliança: transporta a lei e a dimensão do jurídico para o dispositivo da sexualidade; e a economia do prazer e a intensidade das sensações para o regime da aliança. Esta fixação do dispositivo de aliança e do dispositivo de sexualidade na forma da família permite compreender um certo número de fatos: que a família se tenha tornado, a partir do século XVIII, lugar obrigatório dos afetos; de sentimentos de amor, que a sexualidade tenha, como ponto privilegiado de eclosão a família; que, por esta razão, ela nasça "incestuosa".[202]

Daí a importância da família, que enquanto instituição que reproduz o dispositivo da sexualidade constitui um espaço de expressão do sexo lícito; família que é também instituição de controle da sexualidade de seus membros. De acordo com Agenita Ameno, "a família tornou-se não o lugar da repressão, mas o espaço fundamental da sexualização dos corpos e de todas as práticas que, aparentemente, ferem a vida familiar".[203]

---

[201] Idem. *Ibidem*, p. 116.
[202] Idem. *Ibidem*, p. 102-103..
[203] AMENO, Agenita. *Op. cit.* p 38.

Entende-se, portanto, a sexualidade como uma construção sócio-histórica e não como algo inerente ao ser humano, "natural". Para Foucault:

> Não podemos esperar entender a sexualidade observando simplesmente seus componentes 'naturais'. Esses só podem ser entendidos e adquirir significado graças a processos inconscientes e formas culturais. A 'sexualidade' é uma experiência histórica e pessoal.[204]

Com base nesse raciocínio, é possível considerar a sexualidade humana como um todo indivisível, em sua visão moderna da sexualidade, pressupõe a existência de dimensões que constituem o ser humano: a biológica, a psicológica e a social.

3.2 PROBLEMATIZAÇÃO JURÍDICA DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR

Reconhecida a vinculação direta *prima facie* dos particulares aos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, em que o Estado, comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direito fundamentais, não mais se submeteu àquela postura passiva que o caracterizava na fase liberal. E, ainda, demonstradas as transformações no conceito, valores, estrutura e relações de poder ocorridas na família desde o Brasil Colônia, até a contemporaneidade, partir-se-á ao estudo de uma realidade presente no contexto da sociedade brasileira, mas que, por razões detalhadas adiante, ainda não ingressou no sistema jurídico de maneira satisfatória, na medida em que a chancela dos seus efeitos não condiz com sua relevância social.

Trata-se do fenômeno da simultaneidade familiar, cuja repercussão no sistema jurídico se faz sentir por meio de demandas que, na porosidade do sistema aberto, impõe-se perante o Direito, desafiando seus estudiosos e operadores a assumirem uma postura apta a, a partir da problematização formulada em concreto, encetar possibilidades de respostas a essas demandas.[205]

Para garantir algumas sistematizações ao estudo, serão abordadas questões elementares à compreensão das famílias simultâneas, delimitando-se, inicialmente, que será centrado o enfoque sob a perspectiva da conjugalidade.[206] Contextualizado o fenômeno no âmbito do Estado Social Democrático de Direito que, a partir da cláusula da dignidade da pessoa

---

[204] FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: o uso dos prazeres. v. 3. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 21.
[205] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 167.
[206] Quando se fala em famílias simultâneas, são dois os vetores possíveis: filiação e conjugalidade. Para os fins desta pesquisa, a par da necessidade de delimitação do tema, a perspectiva da conjugalidade é que será explorada, sem diminuir a relevância social da simultaneidade familiar na perspectiva da filiação, costumeiramente tratado por doutrina e jurisprudência como o fenômeno da "multiparentalidade".

humana, fez-se reconhecedor da família eudemonista, trabalhar-se-á com a concepção de pluralismo familiar assente na ordem constitucional pátria.

Em seguida, analisados elementos mínimos caracterizadores de uma entidade familiar simultânea, com a necessária distinção entre as relações adulterinas eventuais e as relações paralelas merecedoras de chancela jurídica, pretende-se interpretar, a partir da leitura constitucional, as possibilidades e eventuais limites para o ingresso de determinadas situações de simultaneidade familiar no sistema jurídico, bem como o papel a ser desempenhado pelo Estado para albergar institutos aparentemente antagônicos sem, com isso, destruir a lógica do nosso ordenamento jurídico.

De início, é prudente realizar uma contextualização do fenômeno da simultaneidade familiar.

A respeito da resistência social à ideia de famílias paralelas tem-se, ainda hoje, que essa realidade, existente de longa data,[207] permanecendo sob os estigmas do preconceito, recebendo, por essa razão, tratamento marginalizado, como se, "fechando-se os olhos", fosse possível reduzir ou ate exterminar a existência e continuidade de tais relações.

Numa sociedade, por mais que se diga avançada e atenta às mudanças, em que a moral judaico-cristã segue influenciando os comportamentos, ao menos sob a aparência de moralidade, parece ser mais confortável ignorar situações que fogem aos parâmetros daquilo que, pelo senso comum, é considerado normal, correto e consentâneo com os bons costumes.

Daí que a temática das famílias simultâneas se revela tão complexa. Diferentemente de muitas situações em que a população, a mídia, a Igreja, entre outros, reclamam à ordem constitucional proteção efetiva, a ideia de se conceber qualquer tipo de chancela jurídica a determinada relação concomitante a um casamento formal (ou a uma união estável) ainda não recebe nenhuma aprovação do senso comum.

A partir das mudanças na concepção, estruturas e valores da família, ratificadas pelo próprio constituinte, que, ao suprimir o matrimonio como única forma de constituição da família, possibilitou a interpretação – com base na leitura sistemática constitucional[208] – no

---

[207] "Inequívoca, porém, é a presença de outras formas convivência familiar, como, aliás, já ocorria, como visto, na própria Colônia. A diferença que marca a história da família no século XX é a mudança do status social que essas outras formações adquiriram em fins do século passado. As famílias informais, fundadas em uniões não matrimonializadas se tornaram mais comuns e, juntamente com essa ampliação qualitativa, veio à tona um outro modo de olhar essas formações familiares". (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 131.)

[208] A respeito da leitura sistemática, merece referência a lição de Carlos Maximiliano: "[...] É difícil compreender bem um movimento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra

sentido de reconhecimento do pluralismo familiar pela ordem jurídica, vive-se hoje uma espécie de descompasso entre as garantias constantes da Lei Fundamental e o desdobramento de situações concretas, que a par de sua relevância social, repercutem no jurídico com a expectativa de uma resposta que promova efetivamente a dignidade coexistencial de cada pessoa.

Nesse contexto, diante da postura do Estado brasileiro, que se quer democrático e onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da Republica, é de se questionar a impropriedade da omissão estatal, no plano normativo, em face desse arranjo afetivo presente na realidade das famílias.

Reitere-se que o foco de análise da simultaneidade centra-se na pessoa em relação de coexistencialidade, e não propriamente na família vista como instituição. Trata-se da pessoa inserida no núcleo familiar, e não no núcleo tomado de *per se*.[209]

As famílias em situação de simultaneidade a partir do protagonista conjugal são estigmatizadas. A ideia presente, ainda hoje, é no sentido de conceber essas relações como estritamente adulterinas, e, como tal, são todas generalizadas, consideradas como iguais, e, portanto, ignoradas nas suas peculiaridades.

Tal ponto é digno de nota. É que a simultaneidade familiar nas relações conjugais é vista como uma forma de relacionamento moralmente reprovável. Estigmatizada de se conhecer o contexto verdadeiro daquelas pessoas inseridas no núcleo posto em condição de simultaneidade, esta realidade é simplesmente rechaçada, como se todas as formações paralelas estivessem inseridas num único contexto. No imaginário social ainda prepondera a ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triangulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e, "a outra" (ou "o outro"), por conseguinte, satanizada.

O reconhecimento de relações paralelas a uma união formal está, pois, nessa dimensão, muito distante de se concretizar, na medida em que o preconceito preso às tradições mantém o sentido de marginalização que sempre lhes foi atribuído.

---

fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes". (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 105.)

[209] "Esse modo de olhar que recolhe a simultaneidade familiar na perspectiva dos que a compõem implica ao menos duas consequências preliminares: a primeira diz respeito à relação intrínseca entre os sujeitos que coexistem no interior de cada uma das entidades familiares simultâneas; a segunda, que se refere a uma perspectiva extrínseca, recolhe eventuais repercussões juridicamente relevantes da situação de simultaneidade para os componentes que não integram aquela mesma entidade familiar, mas sim, o outro núcleo que se põe em condição de simultaneidade" (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 172.)

Esse é o enfoque a ser explorado no estudo, a perspectiva da simultaneidade não reconhecida socialmente, estigmatizada e carente de proteção efetiva pelo Estado, atentando-se, de início, que nem todas as relações extraconjugais são merecedoras de tutelas, justamente pela ausência de algum elemento essencial, caracterizador de uma verdadeira entidade familiar.

Ressalta-se que o objetivo não reside na avaliação moral e no respectivo julgamento da conduta dos envolvidos em uma relação paralela. Não cabe aos operadores do Direito rotular determinada situação ou atitude como certa ou errada, moral ou imoral, mas buscar a melhor solução para o caso concreto, até porque, sabidamente, os casos existem, geram efeitos sociais e, por isso, não podem ser ignorados pela ordem jurídica.

Enfatiza-se a preocupação, no presente estudo, de se evitar não apenas o demasiado apega à "letra fria da lei", como também o excesso contrário, de forçar a determinada exegese. Busca-se, ao contrário, uma interpretação "[...] objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionaria, aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei".[210] Assim, enfatizando-se a impossibilidade de se definir, aprioristicamente e de modo absoluto, quais as circunstâncias da simultaneidade ensejaria o seu reconhecimento como entidade familiar (o que iria encontro ao lado do sistema aberto), buscar-se-á, em vez disso, na ordem sistemática, princípios e regras que possam repercutir para a chancela jurídica da simultaneidade – ou, então, para obstar – "conforme a situação que se ponha em concreto, a construção de normas que lhe atribuam efeitos jurídicos".[211]

A simultaneidade, levando-se em conta a ausência de um diploma normativo que a defina, é caracterizada como situação de fato. Ocorre que isso não tem condão de significar irrelevância para o Direito. Muito pelo contrário, a partir da abertura operada pelos princípios, a simultaneidade familiar adquire relevância jurídica ela possibilidade de seu ingresso na porosidade do sistema jurídico aberto.

> A princípio, os fatos que geram repercussões no mundo da vida, mesmo que não correspondentes a regras casuísticas, devem ser compreendidos como fatos jurídicos, cabendo ao Direito compatibilizá-los entre si, ou verificar a normativa aplicável ao caso concreto, tendo em vista sua atual textura principiológica. O que não pode ser admissível em um ordenamento que tutela a pessoa humana é a supressão de instrumentos de proteção desta em nomes de ficções jurídicas ou de situações de que o Direito simplesmente escolheu não proteger, mesmo que esta gere efeitos diretos na esfera jurídica do indivíduo. A essência e mais importante do que a forma, razão pela qual

[210] MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 253.
[211] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 172.

> deve ser tutelada como família todo e qualquer núcleo que preencha os requisitos para tal. Afinal, a *ratio* justificadora da ampla tutela familiar é que este núcleo de pessoas, unidas pela afetividade e reciprocidade, proporcione aos seus membros a estruturação familiar necessária para sua formação biopsíquica enquanto sujeito. Só assim, será capaz de servir à promoção da personalidade de seus membros.[212]

O direito a ter uma família tem *status* de direito fundamental, visto que uma estrutura familiar é especial para a concreção da dignidade humana, não importa a "forma" em que tal estrutura seja obtida por qualquer ser humano: casamento, união estável, famílias monoparentais, comunidade de irmãos, casal homoafetivo e outros. O mais importante é que tais núcleos assumam a mesma função e sejam fundados sob o mesmo alicerce. Se assim for, como o Estado poderá tutelar alguns e excluir outros tipos de sua proteção? Por isso, não é possível se pensar em hipóteses taxativas de entidades familiares, sendo hoje a palavra "família" um termo aberto, plural e inesgotável.

Atenta Luiz Edson Fachin para o fato de que família sem casamento é um projeto de vida em comum, em construção e inacabado por definição. Como tal, não se ajusta ao modelo de racionalidade, devendo antes ser provada no mundo dos fatos, para só depois surtir efeitos no plano do Direito.[213]

Tratando-se, portanto, a simultaneidade familiar, de realidade sociológica que se apresenta como situação de fato, apta, todavia, em um sistema aberto, a obter chancela jurídica de seus efeitos, questiona-se sua exclusão pelo próprio Estado.

3.2.1. Ponderações sobre a monogamia

Trata-se a monogamia de uma característica histórico-sociológica reconhecida como padrão de conduta socialmente institucionalizado, reputando-se desviantes comportamentos que não seguem a orientação monogâmica.[214]

Não se pode olvidar, todavia, que a crise do sistema monogâmico apresenta-se patente. Paulatinamente, a situação de exclusividade do casamento e do casamento exclusivo,

---

[212] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 119.
[213] FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 15.
[214] A esse respeito, Carlos Ruzyk observa: "O 'desvio' do padrão médio gera, é certo, perplexidades no ambiente social em que venha a se configurar, já que, como dado histórico-sociológico dotado de razoável estabilidade e internalização social, forja o que se pode denominar de 'moral social média', retroalimentando-se dessa mesma moral". (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 184.)

monogâmico e indissolúvel, vem decrescendo. Na realidade, a família brasileira, no plano social, sempre foi plural, tendo como fonte não apenas o matrimônio, mas também relacionamento de fato, de variados perfis, relacionamentos estes que se manifestavam tanto imitando a família matrimonializada, quanto paralelamente à união conjugal.

A partir das ultimas décadas do século XX, em virtude das mudanças não apenas na família, mas em toda a realidade social, tem-se ambiente ainda mais propício a situações de simultaneidade familiar. Isso porque, se a família extensa e transpessoal reduzia a possibilidade de formação de centros de coexistência familiar autônomos, a família nuclear é condição que torna mais viável a emergência de relações conjugais concomitantes.

A verdade é que a opção pelos amantes[215] têm sido situação cada vez mais recorrente na realidade diuturna das relações afetivas, o que leva a constatar que existe um número incalculável de pessoas, no Brasil e no mundo, que participam de relações paralelas de afeto. Mais especificamente com relação à realidade brasileira, a infidelidade pode ser constatada em dados.

> As mulheres avançam, é verdade. Mas homens ainda reinam absolutos. A traição é em dobro: para cada mulher que trai, há dois homens sendo infiéis. Uma pesquisa do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo mostra que um dos índices menores é o do Paraná, mas é onde 43% dos homens já traíram. Em São Paulo, 44%. Em Minas Gerais, 52%. No Rio Grande do Sul, 60%. No Ceará, 61%. Mas os baianos são os campeões: 64% dos homens se dizem infiéis. Música e sensualidade formam uma mistura que, em Salvador, é sempre bem apimentada. [...][216]

Nesse mesmo sentido, outra pesquisa, veiculada na página virtual do Ministério da Saúde:

> Os baianos são os campeões quando o assunto é traição. Já os paranaenses se dizem os mais fiéis. Entre as mulheres, as fluminenses são as que mais assumem ter casos extraconjugais. Quando se trata de freqüência de relações sexuais por semana, os homens de Mato Grosso do Sul e as mulheres de Pernambuco lideram a lista. Os dados são resultado de uma pesquisa liderada pela psiquiatra Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade (ProSex) do Hospital das Clínicas de São Paulo.[217]

---

[215] O vocábulo "amantes" representa a forma coloquial socialmente utilizada para denominar o concubinato.

[216] Reportagem "Mapa dos relacionamentos". Disponível em: <http://globoreporter.globo.com/Globoreporter/0,19125,VGC0-2703-16395-4-265921,00.html>. Acesso em 25 de abril de 2012.

[217] Pesquisa do Projeto Sexualidade, do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=62009>. Acesso em 17 de setembro de 2011.

Insta aclarar que os conceitos de monogamia e fidelidade não são equivalentes, mas encontram-se absolutamente inter-relacionados. Fato é que para haver monogamia, fidelidade é necessidade que se impõe. Sobre esse respeito, esclarecedoras as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira

> A proibição de relações extraconjugais é uma das formas e instrumentos de garantia do sistema monogâmico, e também do poligâmico. No regime monogâmico brasileiro, a infidelidade constitui o tipo penal de adultério; no regime poligâmico, infiel é aquele que mantém relações extraconjugais, com outrem além do número de cônjuges previsto no ordenamento jurídico. Como se percebe, a variação é sobre a natureza do pacto sociocultural, poli ou monogâmico, mas, de qualquer forma, nesta ou naquela maneira de organização da família, a premissa da fidelidade está sempre presente como uma condenação moral pela infração àquele pacto social.[218]

De plano, vê-se 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.

Nesse particular, merece referência a análise de Rodrigo da Cunha Pereira acerca da organização jurídica da família. Observa que a primeira lei de qualquer organização social é uma lei de Direito de Família, a proibição do incesto. Daí que o Direito legisla sobre isso, estabelecendo o que é legítimo e o que ilegítimo em termos de sexualidade. Segundo o autor:

> Se a lei básica da família tem sua origem em uma proibição sexual, consequentemente toda a organização jurídica sobre ela gira em torno da sexualidade. Portanto, falar sobre o Direito da Família é falar de sexualidade, afetos e consequências patrimoniais daí decorrentes. Esse ramo de ciência jurídica é, principalmente, a tentativa de organização dessas relações, para tornar possível e viabilizar a organização social que é o Estado.[219]

Entende-se, porém, que a legislação brasileira se limita a impor a monogamia por meio da vedação jurídica às múltiplas relações matrimonializadas, restringindo, portanto, a concomitância de vínculos formais instituídos perante o próprio Estado.[220]

---

[218] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 109.

[219] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos Tribunais**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 37.

[220] Importa salientar que com o advento da Constituição Federal de 1988, o então "concubinato puro" foi alçado, expressamente, à categoria de entidade familiar, recebendo a nomenclatura união estável, restando à terminologia "concubinato" para designar tão somente os impedidos de casar. Hipótese típica de concubinato é aquela em que o companheiro integrante exclusivamente da segunda união tem conhecimento da existência da primeira, mas prefere manter-se oculto frente a esse primeiro núcleo. Assim, o cônjuge ou companheiro integrante do primeiro núcleo familiar desconhece a existência de simultaneidade, com a cumplicidade do companheiro integrante do segundo núcleo.

Assim, sob a égide de um juízo de reprovabilidade jurídico, está apenas a bigamia, como simultaneidade de dois casamentos.[221] Ao seu turno, as demais formas de multiplicidade de conjugalidade situam-se apenas no âmbito de juízos morais. Alheias a qualificação de ilicitude, não cabe, nessas situações, a imposição da monogamia como "dever ser" estatal.[222]

E não se está a advogar a negação da orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. Em vez disso, "[...] trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas de coexistência materialmente livre".[223]

Tal postura se justifica na medida em que há de se reconhecer, sempre, que o Direito é um dos mais importantes instrumentos de inclusão e exclusão social das pessoas no laço social. É o Estado que, através de seu reconhecimento jurídico, prescreve normas de apropriação ou expropriação da categoria de cidadãos. "A historia já demonstrou que estes critérios de exclusão trazem consigo um traço ideológico que não pode mais ser desconsiderado pelo Direito, sob pena de continuar repetindo injustiça e muito sofrimento".[224]

Nessa dimensão, considera-se, seguindo a lição de Carlos P. Ruzyk, que

> [...] não se pode afirmar, pois, que a monogamia seja um princípio do direito estatal da família, mas, sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas – e, portanto, constituídas sob a chancela prévia do Estado.[225]

O que não significa que se esteja a negar a opção da ordem jurídica pátria no sentido de ser a monogamia o eixo estrutural da organização jurídica sobre a família, até porque, com tal raciocínio, se estaria a negar a indiscutível influência da religião e da moral ocidental também no Direito.

A verdade é que o princípio da monogamia sempre foi ordenador de nossa sociedade, sendo relevante fator de organização social. Samir Namur explica que a opção de nosso

---

[221] Ressalte-se que a bigamia é situação jurídica que se circunscreve a um âmbito formal. Para sua configuração basta a multiplicidade de vínculos matrimoniais, ainda que não se afigure em concreto, vínculo de coexistência afetiva entre os cônjuges".

[222] Em sentido diverso, Pietro Perlingieri considera ilícita a convivência mesmo que apenas um dos envolvidos seja formalmente casado. "[...] Ilícita, ao contrário, é a convivência que se estabelece quando um dos conviventes seja ligado por um precedente casamento." (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* p. 253.)

[223] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 187.

[224] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos Tribunais**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 39.

[225] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 188.

ordenamento jurídico pelo principio da monogamia funda-se em interesses voltados à realização da segurança jurídica e consequente produção ao patrimônio. Segundo o autor

> O tripé sexo, sangue e família, submeteu as relações interprivadas a um padrão coerente com os interesses burgueses, então dominantes, através da noção de codificação, sempre fechada e excludente, tutelando determinada situações, como o casamento e deixando de fora outras que não interessavam, como a simultaneidade familiar.[226]

Aliás, digno de nota, quando se tratam de questões culturais e religiosas que repercutem no âmbito jurídico[227], são pré-opiniões que invariavelmente entram em cena não apenas no momento legislativo, mas, especialmente, na etapa de compreensão do texto legislado. A esse respeito, sustenta Pietro Perlingieri que

> A pré-compreensão não se pode tornar um preconceito e colocar-se em meio a uma plena compreensão do texto. A guiar a atividade do intérprete não deve ser a sua teimosa orientação subjetiva, mas, antes, o cumprimento de sua tarefa de respeitar e, com a própria ação, de realizar a legalidade constitucional.[228]

É possível, todavia, conciliar a monogamia, enquanto valor compatível com a cultura ocidental, desde que não se pretenda negar – o que seria irreal – a existência de múltiplas conjugalidades, como fenômeno sociológico presente na sociedade contemporânea.

Não cabe ao Estado impor esse "dever ser" a todas as relações familiares, o que "[...] entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade."[229]

Não se entende, portanto, que o princípio da monogamia está em crise e que a sociedade brasileira ou o mundo ocidental tem tendências poligâmicas. Entretanto, os novos arranjos familiares impõem uma interpretação adequada desse princípio, apta a albergar exceções que as peculiaridades do caso concreto possam construir. Dessa forma, não obstante a quebra deste princípio ordenador, a formação de núcleos familiares paralelos deve ser valorizada pelo Direito, pois se através da análise casuística for verificada a existência de uma família, deixar

---

[226] NAMUR, Samir. A tutela das famílias simultâneas. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 577.

[227] Nessa linha de pensamento, Maria Berenice Dias sustenta que "a monogamia é considerada função ordenadora da família", e como tal refere que "a uniconjugalidade não passa de um sistema de regras morais, de interesses antropológicos, psicológicos e jurídicos, embora disponha de valor jurídico". (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 58)

[228] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* p. 69.

[229] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 190.

seus membros ao desamparo seria uma hipótese nefasta, absolutamente contraria à opção personalista do atual ordenamento.

3.2.2 Famílias simultâneas à luz do pluralismo familiar

Considerando todas as ideias já lançadas, é possível sustentar que as noções do Estado Democrático de Direito, Constituição e direitos fundamentais, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente. Muito bem salienta Ingo Wolfgang Sarlet que

> O desafio a ser enfrentado pela experiência constitucional contemporânea segue sendo, notadamente, esta composição, que não admite nem o formalismo nem a tirania, o que a torna de difícil concretização sem o apelo às rupturas.[230]

Tal premissa de identificação da democracia como tensão entre liberdade e a igualdade constitui o abrigo do pluralismo como característica marcante do Estado Democrático de Direito. Em meio à diversidade dialética, marcou a democracia no núcleo essencial da concepção de Estado legítimo na busca pela efetividade dos direito e garantias fundamentais.

Na ordem jurídica pátria, considerando a moldura axiológica da Constituição de 1988, os paradigmas do sexo e do casamento, que refletiam um Direito matrimonializado, patriarcial, patrimonializado e heterossexual, cederam espaço aos novos pilares da repersonalização e da afetividade. Emerge a família instrumental como autêntico espaço de desenvolvimento das potencialidades de todos que a compõe. Assim, qualquer "família" que seja instrumento de realização dos seus membros, está protegida pelo comando constitucional. A família não será protegida pelo seu nome, mas pelo seu conteúdo.

No caso específico das relações familiares simultâneas, pretende-se extrair da ordem constitucional brasileira, verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas[231], quais os parâmetros que orientam a efetiva proteção dos direitos fundamentais dos protagonistas de uma relação posta em situação de simultaneidade digna de ser considerada uma verdadeira

---

[230] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 72.
[231] MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.* p. 06.

entidade familiar, sendo necessário, entretanto, analisar com cuidado o real significado da perspectiva protetiva eudemonista da família.

O eudemonismo, já se disse, é a doutrina que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, de sua felicidade. Na esteira de Ruzyk, citando o francês Andrée Michel, por essa concepção "o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal".[232] Essa busca pela felicidade individual, todavia, não quer significar uma perspectiva utilitarista, que culminaria em um ultra individualismo no âmbito da família. Em vez disso, trata-se de uma felicidade coexistencial, onde o sujeito busca sua realização por meio da convivência familiar.

A Constituição Federal de 1988 operou profunda transformação no sistema jurídico no que tange à disciplina jurídica da família. Ao reconhecer a união estável e as famílias monoparentais como formas de constituição de família, rompe com a orientação das Constituições anteriores no sentido de ser o casamento a única possibilidade de formação familiar idônea a receber proteção estatal.

Pela leitura do artigo 226 da Carta Maior, infere-se, de plano, "o reconhecimento expresso do direito positivo acerca do valor jurídico de formações familiares diversas do modelo matrimonializado que, no Código Civil de 1916, se apresentava como exclusivo".[233] Nesse quadro, a família, como dado jurídico, passa a ser reputada como plural.

Interessante questão preliminar, no entanto, diz respeito ao significado das expressões "entidade familiar" e "família", que não encontram expressa definição na Constituição federal, tampouco na legislação infraconstitucional. Há juristas que defendem que entidade familiar seja algo diverso da família propriamente dita. A partir dessa exegese excludente, a família constituída pelo casamento teria *statu*s jurídico superior à união estável e às famílias monoparentais, estando estas no âmbito da "quase família".[234] O principal argumento da pretensa desigualdade reside na parte final do enunciado trazido pelo §3º do artigo 226 da Constituição, relativo à união estável, quando dispõe "devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Tal linha de argumentação, todavia, não atende à liberdade de escolher e constituir família que é decorrente da própria cláusula da dignidade da pessoa humana. O referido

---

[232] MICHEL, Andrée. Modéles Sociologiques de La Famille das lessociétés contemporaines. *In*: **Archives de Philosophie du Droit: reformes du Droit de la famille**. Tomo 20. Paris: Sirey, 1975, p. 131 *apud* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 26.

[233] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 05.

[234] Expressão utilizada por BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**. 2 ed. São Paulo: Leud, 1990, p. 60.

dispositivo não impõe requisito que subordine a validade ou eficácia da união estável à conversão em casamento. Como bem elucida Paulo Lôbo, que sustenta tratar-se de simples norma de indução que "configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração".[235]

A doutrina majoritária brasileira, no entanto, reputa entidade familiar como sinônimo de família, entendimento com o qual se alinha, por considerar que não cabe ao legislador hierarquizar e definir qual a melhor e mais adequada família. Entende-se a entidade familiar, na esteira de Carlos P. Ruzyk, "como um núcleo de coexistencialidade estável, público e fundado no afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parta do direito positivado, mas, sim, da realidade social à qual o direito se destina".[236]

Ocorre que, entre os que consideram família e entidade familiar como merecedoras do mesmo *status* jurídico, é latente a divergência no que respeita à abertura ou taxatividade do rol constante do artigo 226 da Constituição Federal. Discute-se se o constituinte, ao elencar a união estável e a família monoparental o fez de forma exaustiva, fechando a possibilidade de se reconhecer outras entidades familiares, ou, em vez disso, apresentou apenas um rol exemplificativo, na medida em que, no *caput* do referido artigo, não fez qualquer referência ao tipo de família, estendendo, então, a tutela constitucional a arranjos afetivos diversos daqueles explicitados na Carta Maior.

Tem-se aí um embate hermenêutico que impõe a devida interpretação sistemática a partir dos valores que informam a ordem jurídica pátria. Levando-se em conta que a aplicação do Direito passa pelo processo anterior de interpretação, questão preliminar é reconhecer que a hermenêutica tem um só objeto – a lei, enquanto que a aplicação, dois – o Direito, no sentido objetivo, e o fato. "Aquela é um meio para atingir esta: é um momento da atividade do aplicador do Direito". [237]

Nesse contexto, parte-se do entendimento no sentido de que as normas de proteção da família são normas de inclusão. Isso porque a necessidade de valorização da família tem sido entendida como caminho a ser perseguido por todas as nações, como forma de criar uma sociedade sólida, solidária e justa a partir de sua célula-mãe, que é a unidade familiar.

---

[235] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 93.
[236] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 33.
[237] MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.* p. 07.

A preocupação do constituinte brasileiro não foi diferente. Todo o Capítulo VII do Título Oito da Constituição Federal é destinado à proteção da família. Consta do *caput* do artigo 226 da Constituição que "a família,[238] base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Não se trata de proteção genérica, programática, mas específica, tanto que o constituinte a qualificou de "especial proteção". Uma proteção, portanto, diferenciada e maior do que aquela ofertada, nos diversos dispositivos, à sociedade em geral. A esse respeito, é precisa a reflexão realizada por Gustavo Tepedino:

> À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importante papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao entendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização de seus componentes.[239]

Nessa dimensão, a lição de Paulo Lôbo aponta que, por serem as normas em matéria de família de inclusão, o rol do artigo 226 da Constituição Federal não se submete ao princípio de *numerus clausus*, o que enseja a interpretação extensiva das estruturas familiares mencionadas na Constituição. Sustenta, portanto, que "a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação".[240]

Assim, a essencialidade da condição de entidade familiar está representada pelo fato de que a mesma deve oferecer aos seus integrantes condições para sua máxima realização pessoal. Na medida em que um indivíduo, para sua realização enquanto pessoa, entende necessário se vincular a mais de uma entidade familiar no mesmo espaço de tempo, não cabe ao ordenamento jurídico optar por proteger apenas um desses núcleos familiares, pois, afinal, ambos cumprem sua função sócio-jurídica. Admitir que um desses núcleos familiares não possa ser compreendido enquanto entidade familiar é ofender, frontalmente, os mais basilares conteúdos principiológicos e normativos da Carta Magna.

---

[238] Interessante apontar que Paulo Lôbo sustenta que o constituinte, ao suprimir do *caput* do referido artigo a locução "constituída pelo casamento" (artigo 175 da Constituição de 1967-1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 94)

[239] TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 377.

[240] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 95.

Cabe lembrar aqui, o princípio da máxima efetividade mencionado por Canotilho, para quem "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê".[241] Para além disso, menciona Carlos P. Ruzyk que

> 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.[242]

Nessa ordem de ideias, no que concerne à intervenção estatal no âmbito das entidades familiares, a atuação do Estado deve se dar apenas no sentido da proteção, nunca numa perspectiva de exclusão. Ou seja, "cumpre ao legislador e ao juiz, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades, mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno".[243]

Entende-se, pois, que o sentido hermenêutico que aponta à adequada leitura constitucional é o reconhecimento da pluralidade constitucional da família.

Tomada essa posição, tem-se que a Constituição Federal, ao não elencar e fechar o rol de todas as entidades familiares protegidas pelo Estado, abriu ensejo à discussão, no caso concreto, de quais relações se caracterizam e merecem ser protegidas como família. E assim procedeu o constituinte justamente para atingir um sentido que, em vez de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, torne efetivos e eficientes os valores constitucionais.

Preciosa a lição de Carlos Maximiliano no sentido de que a Carta Maior tem de ser contextualizada, na medida em que tanto prevê no presente como prepara para o futuro. Citando Joseph Story, o autor sustenta a necessidade de a lei fundamental ser entendida inteligentemente, levando-se em conta que os fins que tem em mira poder ter os meios variados de acordo com o tempo e as circunstâncias, de modo que se torna forçoso acompanhar a evolução e adaptar-se a situações imprevistas.

> Faz-se mister que os homens incumbidos na nobre tarefa de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua segurança dos direitos da pessoa e da propriedade tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergências futuras, tanto como às presentes; de sorte que as palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam outras relações mais extensas não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o objetivo geral dos

---

[241] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227. De todo pertinente acrescentar que o mencionado princípio tem ampla aceitação entre os juristas pátrios.
[242] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 35.
[243] MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.* p. 254.

> autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem elas ser estendidas a diferentes relações e circunstâncias criadas por um Estado aperfeiçoado da sociedade.[244]

A verdade é que a família é fato social, complexo e dinâmico, e não cabe no esquadro de normas que pretendem restringir a diversidade decorrente da autonomia humana, sendo, portanto, impossível enquadrá-la em categorias determinadas. Para Samir Namur:

> Assim sendo, imperioso concluir que a posição da família é anterior à do Direito, devendo dar-lhe forma e conteúdo, não o inverso. Por isso, vislumbrá-la apenas através do ordenamento posto seria não compreendê-la em sua totalidade complexa. Dessa forma, imperioso que se adote na solução de problemas, o que não é diferente com as famílias simultâneas, a racionalidade de um sistema jurídico aberto, em que os princípios constitucionais tem influencia direta nas relações da família, especialmente por que as normas infraconstitucionais não caminham no mesmo sentido.[245]

Daí que as famílias simultâneas, a despeito de não se enquadrarem nas possibilidades expressas na Constituição[246], têm de ser analisadas topicamente. Presentes os mesmos elementos caracterizadores, a relação simultânea ingressa no jurídico por meio da porosidade do sistema aberto viabilizado pelo pluralismo familiar, passando, portanto, a gozar do *status* de família, sendo merecedora, como tal, de especial proteção do Estado.

3.3 CRITÉRIOS PARA O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS ENQUANTO ENTIDADES FAMILIARES

Aferida a possibilidade de ingresso de certas situações de simultaneidade familiar no âmbito sistemático de relevância do Direito e tendo em vista, conforme já se enfatizou, que na esfera da família plural, não seria viável apreender por meio de definições absolutas, quais as circunstâncias que o fenômeno da simultaneidade ensejaria o seu reconhecimento como família, necessária a definição de pressupostos mínimos à caracterização, em meio aos

---

[244] STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. 5 ed. v. 1, p. 408 *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.* p. 253.

[245] NAMUR, Samir. *Op. cit*. p. 577.

[246] No mesmo sentido, merece destaque a lição de Paulo Lôbo: "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 da concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 95)

diferentes arranjos de conjugalidades paralelas, de uma verdadeira entidade familiar, digna de proteção do Estado.

Cabe, desde logo, afastar as situações de simultaneidade de conjugalidades que se restrinjam a relacionamento sexual extraconjugal esporádico e clandestino. Essa forma de simultaneidade nada mais representa que um adultério eventual, o que não se confunde com uma efetiva relação que, embora paralela a uma relação formal (casamento ou união estável), constituam coexistências familiares, não podendo, por isso, ser reputadas de antemão como mutuamente excludentes.

Mister se faz ressaltar, também, que o foco de proteção que se advoga, levando-se em conta a ordem principiológica examinada, é no sentido ético imanente à perspectiva de tutela de uma felicidade coexistencial. Isso implica dizer, de acordo com Douglas Phillips Freitas, que

> O Direito não pode proteger aquele que, a pretexto da satisfação egoística do próprio desejo, aniquila a dignidade do outro, mediante um proceder iníquo e desleal, que frustra as expectativas de coexistência afetiva nutridas por conta de uma relação de conjugalidade por eles mantida.[247]

Essas premissas contribuirão para que sejam traçados vetores de identificação de realidades familiares, pois interessa saber, a partir das normas positivadas na Constituição, quais as hipóteses de relações simultâneas que estão tuteladas pela ordem jurídica brasileira.

Conforme já se enfatizou, dentre as diferentes unidades de vivência presentes na experiência brasileira, encontram-se famílias paralelas, que muito embora simultâneas a um casamento formal, reputam-se como entidades familiares. Para se afigurarem como tal, porém, há características comuns e essenciais, sem as quais não haverá reconhecimento da proteção constitucional.

Insta salientar, de início, que se opta por analisar conjuntamente os elementos caracterizadores de uma família simultânea. Tal se justifica por tratarem-se de características que se complementam, sendo que a existência de uma pode ser essencial à configuração de outra. Essa a razão lógica para se englobar a verificação dos vários requisitos num único item do estudo, atentando-se que o grau de relevância de cada um deles há de ser verificado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

---

[247] FREITAS, Douglas Phillips. **A função sócio-jurídica do(a) amante e outros temas de família**. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 29.

Questão preliminar no reconhecimento de parâmetros básicos para identificar certa relação simultânea como entidade familiar é a análise do princípio da boa-fé, que se aplica a duas situações distintas, mas não excludentes: a primeira, a boa-fé subjetiva, denota a ideia de ignorância de determinada situação, sendo que, para sua aplicação, é considerada a intenção do sujeito da relação jurídica; a segunda, boa-fé objetiva, determina certos deveres de conduta fundados na retidão e na lealdade.

De início, cumpre esclarecer situação referente à boa-fé subjetiva, que muito embora represente clara situação de entidade familiar simultânea, encontra respaldo no Código Civil. Estamos falando das situações de casamento ou união estável putativa. Rolf Madaleno assim define o casamento putativo: "diz-se putativo o casamento que, mesmo nulo ou anulável, ainda assim a lei lhe reconhece os efeitos jurídicos àquele que o contraiu de boa-fé, podendo incidir sobre um ou sobre ambos os cônjuges".[248]

Trata-se, portanto, da situação em que um segundo casamento ou união estável (pois nesse caso, a regra incidente é a mesma) é constituído ignorando-se o fato de que um dos componentes dessa entidade familiar já estava formalmente vinculado a uma outra, anteriormente constituída. Nessa hipótese está presente a boa fé subjetiva por parte de pelo menos um dos dois envolvidos, uma vez que ambas as famílias encontram-se em um estado de ignorância, nenhuma sabe da outra, com exceção do componente comum aos dois núcleos. Aqui, a pessoa que se encontra em situação de simultaneidade acredita estar convivendo normalmente com seu parceiro, portanto, não há razão para excluir a segunda entidade familiar pelo simples fato de ser posterior, já que preenche os mesmos requisitos do núcleo original.

Nessas situações, para preservar a boa-fé (subjetiva) e os direitos daquele que ignorava o impedimento legal para constituição de uma entidade familiar sem restrições, o Código Civil de 2002 garante proteção legal, vislumbrada no artigo 1561, *in verbis*:

> Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.
> § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.
> § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

[248] MADALENO, Rolf. *Op. cit*. p. 146.

O sentido que pode obstar o reconhecimento de uma relação simultânea como entidade familiar é inferido a partir do princípio da boa-fé objetiva, o que não quer significar a irrelevância da boa-fé subjetiva. É que toda análise da boa-fé encontra fundamento no dever de confiança, enquanto que na boa-fé subjetiva trata-se de uma confiança própria, na boa-fé objetiva é confiança no outro. Menezes Cordeiro, citado por Nelson Rosenvald, aponta para a aproximação entre confiança e boa-fé, na medida em que aquela tem um alcance moral que não permite encontrar fórmulas concretas. Para deixar claro não corresponder essa confiança sociológica à dimensão da confiança que se espera do Direito, sustenta: "[...] o confeccionar da situação de confiança em si não pode ser imputado à dedução ou indução; compreende sempre a multiplicidade de dados, onde saber e não-saber se mesclam [...]".[249]

A boa-fé objetiva tem seu conceito ligado à noção de lealdade e ao respeito à expectativa alheia, impõe, portanto, respeito à confiança recíproca entre as partes.

Vale, por todos, a definição de Judith Martins-Costa no sentido de que boa-fé objetiva significa "[...] modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade".[250]

Sendo certo que o domínio da boa-fé objetiva é o direito das obrigações, importa reconhecer que, na sua acepção de tutela da confiança, vem se expandindo, progressivamente, sobre outras espécies de relações jurídicas, conduzindo a soluções inovadoras e que substancializam o Direito.

Na lição de Anderson Schreiber

> [...] a boa-fé objetiva parece direcionar-se, por toda parte, à superação da sua última fronteira: a das relações existenciais. De fato, a gênese obrigacional do seu conceito não tem impedido sua invocação em divergências inteiramente apartadas do campo patrimonial, como as que habitualmente surgem no âmbito do direito de família.[251]

Lançadas essas breves considerações sobre o sentido de boa-fé objetiva, entende-se que a ordem jurídica é apta a negar o reconhecimento, como família, de relações simultâneas que violam deveres impostos pela boa-fé.

---

[249] CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menzes. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1242-43 *apud* ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 91.

[250] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

[251] SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Dignidade humana**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 126.

Imperioso atentar-se, todavia, sobretudo nas relações existenciais de família, que

> sobre tais situações, frequentemente incidem outros princípios que, por serem expressões da dignidade da pessoa humana e dos valores fundamentais da Constituição, adquirem quase sempre, um peso maior que à proteção da confiança [...].[252]

Desse modo, a análise das circunstâncias de cada caso se torna imperativa. O conteúdo da boa-fé objetiva é aferível em concreto, e com base na espécie de relação que se está a travar. Por tal motivo, afirma-se que somente é viável reconhecer o sentido de um comportamento segundo a boa-fé a partir das circunstâncias específicas do caso concreto.

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.[253]

Essas premissas podem ensejar, portanto, em uma mesma situação concreta de simultaneidade familiar, a construção de normas que chancelem certos efeitos jurídicos para alguns dos sujeitos que a integram, negando-os, ou ao menos os mitigando, porém, para outros. Daí a viabilidade de relações conjugais simultâneas constituírem família, desde que permeada pelo atendimento recíproco, entre todos os componentes, dos deveres impostos pela boa-fé objetiva.

É nesse mesmo sentido a compreensão de Carlos Ruzyk, sustentando que

> O direito não pode se colocar como alheio às pretensões de felicidade coexistencial dessas pessoas: se a violação da boa-fé pode obstar, por conta do sentido ético que dele emerge, a produção de certos efeitos, esse mesmo sentido ético se coloca, quando a boa-fé resta plenamente atendida, a impor eficácia jurídica à situação de simultaneidade.[254]

Compreendida a boa-fé objetiva como requisito identificador de uma família simultânea, enfatiza-se que o seu sentido, nesses casos, é aferido não isoladamente, mas, ao contrário, a partir do reconhecimento dos demais elementos caracterizadores de uma entidade familiar. Isso quer significar, por exemplo, que não se pode definir a existência ou não da boa-fé objetiva (enquanto dever de comportamento) a partir da conduta de todos os componentes envolvidos – tanto da família original como da relação afetiva paralela – antes de perquirida a presença da ostensibilidade plena, requisito que será tratado adiante.

---

[252] *Idem*. *Ibidem,* p. 262.
[253] MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.* p. 412.
[254] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 198.

Seguindo-se na análise de outros elementos configuradores de uma efetividade entidade familiar simultânea, importa reconhecer que no plano da construção teórica do Direito, a Constituição de 1988 concebeu uma nova família que se estrutura nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, valorizando a realidade construída todos os dias através do cultivo dos vínculos de coexistência entre seus membros.

Isso porque a noção de afeto, no novo modelo de família, é a razão da sua própria constituição, desenvolvimento e sobrevivência, Daí se afirmar que, inobstante o afeto, como sentimento íntimo que é, possa interessar, inicialmente, às pessoas que o sentem e cultivam, tem relevância jurídica destacada nas relações de família.

Nessa esteira, reconhecida sua força jurídica, foi em nome do afeto que se evidenciou que não é uma cerimônia solene ou um contrato de convivência que caracteriza uma entidade familiar; em nome do afeto não existe mais a possibilidade de ignorar a existência de família em relações que, embora se estabeleçam paralelas ao casamento, sejam imbuídas por amor, respeito e, em muitos casos, também, por filhos e netos.

Assim sendo, outro pressuposto essencial a caracterizar como entidade familiar determinada união conjugal paralela a uma união forma é a afetividade, entendida como fundamento e finalidade da relação. Ressalta-se que a "possibilidade de manifestação de afeto se dá através da convivência, que está no sentido de familiaridade, com ou sem coabitação, com ou sem relações íntimas, bastando a convivência".[255]

Convivência que significar, aqui, a coexistência, também elemento caracterizador de uma entidade familiar. É a partir da coexistência que se criam vínculos duradouros. Uma verdadeira comunhão de vidas pressupõe que os membros estejam unidos de forma a coexistir, compartilhando suas vidas e realizando-se mutuamente.

Apenas existe coexistência se configurada a satisfação existencial recíproca, caracterizando-se a união como autêntico espaço de desenvolvimento das potencialidades daqueles que a compõem. Relações baseadas em interesses alheios à comunhão de vida inerente à família não ensejam a formação de uma entidade familiar.

Com efeito, insta esclarecer que coexistir não significa, necessariamente, coabitar. No caso específico das relações simultâneas, revela-se plenamente factível a circunstância de o componente comum, que mantém conjugalidades em dois núcleos familiares distintos,

---

[255] ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania**: o novo CBB e a "vacatio legis". Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 147.

coabitar no espaço da família matrimonializada, sem que com isso esteja a afastar o sentido de coexistencialidade eventualmente presente na segunda relação.

Por óbvio que a verificação de coexistencialidade não se opera isoladamente, mas, sim, em conjunto com os demais elementos indispensáveis à caracterização, como família, da relação posta em situação de simultaneidade. Daí que a estabilidade e durabilidade da união afetiva são, igualmente, critérios imprescindíveis a se verificar, em concreto, a formação, ou não, de uma entidade familiar.

Tratam-se a estabilidade e a durabilidade de elementos de ordem objetiva. Ainda que não se exija aprioristicamente o decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização de uma entidade familiar, a relação não pode ser efêmera, circunstancia. Deve, sim, prolongar-se no tempo, havendo continuidade do vínculo. Afastam-se da definição de entidade familiar, portanto, as relações menos compromissadas, notadamente aquelas que envolvam mero interesse sexual passageiro e fugaz.

A ostensibilidade completa os requisitos para a possibilidade de manifestação uma entidade familiar, de sorte que

> [...] não se requer notoriedade, mas, sim, o conhecimento, ao menos por pessoas mais íntimas, da existência da entidade familiar, o que é facilitado através da durabilidade da relação ou situação, o que não deverá ser determinado com prazo previamente fixado.[256]

Diante desses caracteres, pode-se sustentar, de plano, que apenas se configuram como família aquelas relações de simultaneidade em que se assente a afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com escopo indiscutível de constituição de família; a estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descompromissados; e por fim, a ostensibilidade, que pressupõe uma unidade familiar que se apresente publicamente.

Assim, a relação, ainda que estável, mas mantida às ocultas, sem amplo reconhecimento público, não pode ser caracterizada como entidade familiar. Trata-se de relacionamento sexual, que pode ser fundado no afeto, mas não extrapola o restrito espaço dos sujeitos que a compõem, não se expressando como relação afetiva perante o meio social. Acompanha-se, nesse ponto, os dizeres de Carlos Ruzyk:

> Os que mantêm conjugalidade sob a égide da clandestinidade não demandam reconhecimento público de seu afeto, buscando, ao contrário, ocultar

[256] ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Op. cit.* p. 147. Para exemplificar sua afirmação, o citado autor critica a Lei 8.971/94, que em seu artigo 1º determinava período mínimo de cinco anos de convivência, ou formação de prole, para que a companheira fizesse jus a alimentos. Segundo ele, a lei seria inconstitucional por ter acrescentado requisito essencial não mencionado na Constituição.

> qualquer manifestação exterior por eles encetada. Enclausuram-se na cumplicidade clandestina do vínculo entre o "eu" e o "outro", encoberta por uma aparência social que lhe seja apta a subtrair, se possível, até mesmo o espectro de uma suspeita.[257]

Essa ostensibilidade deve se apresentar amplamente no meio social, sendo a relação formada entre os sujeitos objetivamente aferível, de modo explícito, por qualquer observador, como de natureza familiar. Não basta, pois, que apenas algumas pessoas tenham conhecimento. Para ser reputada como família, entende-se que necessita efetivamente ser conhecida como núcleo familiar a ela simultâneo.

Ainda que tal requisito limite sobremaneira o reconhecimento e a respectiva proteção de relações conjugais paralelas, considera-se que não se pode conceber como família determinada situação simultânea que não seja, ao menos, tolerada pelos componentes dos dois núcleos conjugais dotados de um membro comum. Isso significa que a relação de coexistência afetiva, ainda que estável, há de ser conhecida publicamente, inclusive, e especialmente, sendo ostensiva em face do núcleo original, de modo a não permitir que os componentes daquela primeira entidade familiar incorram em engano.

Com efeito, se há maior liberdade de escolha da forma de conjugalidade que melhor satisfaça às aspirações individuais da coexistência familiar, "também se configura maior liberdade para não permanecer unido ao outro quando do eventual ocaso do amor conjugal que conduziu à união".[258] É a boa-fé objetiva, na qual o indivíduo tem consciência da concomitância de relacionamentos e, ainda assim, persiste na relação.

Nesse cenário, havendo transparência,[259] tomado conhecimento do relacionamento simultâneo – estendendo-se a todos os componentes das entidades familiares, sobretudo os que mantêm relação de conjugalidade com o membro comum – e ainda assim, a despeito da simultaneidade, todos os núcleos familiares e mantêm íntegros, sem o rompimento dos vínculos de coexistência, entende-se que ambos se configuram como entidade familiar, não sendo viável proteger apenas o núcleo original.

Isso porque, possibilitada uma postura no sentido de aceitar ou romper com a concomitância de relacionamentos, opta-se, livremente, por manter os vínculos de

---

[257] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 184.
[258] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Op. cit.* p. 130.
[259] Transparência deve ser entendida como "uma imposição ética de se agir com lealdade em relação às legítimas expectativas que o outro possui acerca da comunhão de vida instituída pela família, que pode implicar, como é evidente, a pretensão de mútua exclusividade no relacionamento sexual entre os cônjuges". (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 206)

coexistencialidade. Em uma situação como essa, "a simultaneidade atenderia, assim, em tese, às pretensões de felicidade coexistencial de todos os componentes das famílias em tela".[260]

Destarte, se houver nas relações paralelas respeito aos deveres da boa-fé, afeto, coexistência estável e plena ostensibilidade, não se poderá negar sua eficácia jurídica, mas também o beneplácito social, posto que incólume a confiança mútua e, especialmente, a dignidade de ambas as famílias e, por consequência, de todos os seus membros.

Restam alheias, portanto, ao objeto de análise do estudo, relações conjugais paralelas eventuais em que ausentes um (ou mais) dos requisitos analisados. Apenas resulta na configuração de famílias simultâneas, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos benéficos, se comprovado o enlaçamento de vida e o comprometimento recíproco, esses conferidos pela presença de todos os elementos acima referidos, que são comuns a qualquer entidade familiar merecedora da proteção do Estado.

3.4 ATUAÇÃO DO ESTADO NA CONCRETIZAÇÃO DA EFETIVA TUTELA JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Vislumbrada a possibilidade, em determinadas circunstâncias concretas, de apreensão jurídica do fenômeno da simultaneidade familiar, viabilizada pela interpretação sistemática da Constituição, necessário torna-se verificar como se concretiza, no cenário jurídico pátrio, a tutela do direito à proteção das famílias simultâneas.

De início, releva salientar que o reconhecimento das famílias simultâneas enquanto verdadeiras entidades familiares ainda encontram muita resistência, tanto no cenário doutrinário quanto no cenário jurisprudencial. Felizmente, a verdade é que os desafios que se colocam não são menores que o desejo de superá-los.

Partindo-se do pressuposto de que o legislador infraconstitucional, numa postura de violação à proibição de medidas insuficientes, está em mora ao não outorgar expressa tutela às famílias simultâneas, a saída para sua efetiva proteção está em exigir-se do Poder Judiciário semelhante providência.

A evolução da sociedade exigiu a jurisdicialização dessas relações informais, não fundadas no casamento. O primeiro passo em busca de alguma chancela jurídica foi a edição, em 03/04/1964, da Súmula 380 do STF, que preconizava que "comprovada a existência de

[260] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.* p. 208.

sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Tal posicionamento, apesar de representar avanço, considerando-se a época em que foi editada, não protegeu de forma plena os interesses das entidades informais. Isso porque a mencionada Súmula dava tratamento de direito obrigacional a situações jurídicas familiares. É dizer: tratava-se como sociedade de fato com fins meramente comerciais, o que na verdade era uma sociedade de afeto com finalidade primordialmente existencial que, consequentemente, gerava efeitos na esfera patrimonial. A esse respeito, merece destaque a elucidativa afirmação de Carlos Cavalcanti, para quem "reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade".[261]

Vale ressaltar que, naquele momento, a expressão "concubinato" ainda definia qualquer tipo de entidade familiar informal, ou seja, qualificava tanto casais impedidos para o casamento, assim como aqueles que, embora desimpedidos, optavam, por qualquer razão, em não formalizar o vínculo familiar. Posteriormente, com a elevação da "união estável" à categoria de entidade familiar constitucionalizada, a expressão "concubinato" passou a ser utilizada para designar apenas aqueles que estejam impedidos de formar entidade familiar formalmente positivada, sendo especialmente utilizada para tratar dos "amantes".

Apesar disso, e como já debatido nesse trabalho, quando da análise de casos concretos que envolvam situações fáticas de famílias simultâneas, o princípio da monogamia ainda tem se apresentado como um dos pontos principais sobre o qual se assenta a argumentação da jurisprudência pátria, negando, assim, efeitos a essas formas de família.

O acórdão abaixo ilustra com clareza a prevalência que os Tribunais têm conferido à monogamia na disciplina do direito familiar brasileiro:

> DIREITO DE FAMILIA. RELACIONAMENTO AFETIVO PARALELO AO CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PRINCIPIO DA MONOGAMIA. RECURSO NÃO PROVIDO. O relacionamento afetivo da apelante com seu amado não se enquadra no conceito de união estável, visto que o principio da monogamia, que rege as relações afetivas familiares, impede o reconhecimento jurídico de um relacionamento afetivo paralelo ao casamento. Neste contexto, por se encontrar ausente elemento essencial para constituição da união estável, qual seja, ausência de impedimento matrimonial entre os companheiros, e como o pai dos apelados não se encontrava separados de fato ou judicialmente, conforme restou suficientemente demonstrado nos autos, não é possível se caracterizar o concubinato existente como uma união estável. Entender o

[261] ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Op. cit.* p. 152.

> contrário seria vulgarizar e destorcer o conceito de união estável, instituto jurídico que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 com a finalidade de proteger relacionamentos constituídos com fito familiar e, ainda, viabilizar a bigamia, já que é possível a conversão da união estável em casamento.[262]

É também esse o entendimento prevalecente nos nossos Tribunais Superiores, o que se pode ilustrar com a transcrição de parte de um voto da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, à época ainda no Superior Tribunal de Justiça, assim disposto:

> [...] Ora, com o maior respeito à interpretação acolhida no acórdão, não enxergo possível admitir a prova de múltipla convivência com a mesma natureza de união estável, isto é, "convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". O objetivo do reconhecimento da união estável e o reconhecimento de que essa união é entidade familiar, na minha concepção, não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob a capa de que haveria também uma união estável putativa. Seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja, a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes [...].[263]

Não obstante tenha sido esta a posição majoritária da doutrina e jurisprudência (e que na verdade, ainda continua a ser), em nosso ordenamento jurídico atual, que se preocupa em tutelar os membros da entidade familiar, seja em seus aspectos existenciais, seja nos patrimoniais, o princípio da monogamia acabou por sofrer alguns abalos, haja vista que sua plena eficácia colide com a ampla proteção da pessoa humana, como sujeito de necessidades e liberdades inerentes à garantia fundamental da autonomia privada.

Foi nesse sentido que começaram a surgir alguns julgados na seara do Direito Previdenciário, apresentando tendências à quebra do absolutismo do princípio da monogamia. O fundamento da maioria dessas decisões encontra-se na própria *ratio* do Direito Previdenciário, porque este ramo se consubstancia no princípio da solidariedade, tendo em vista que sua finalidade é evitar o desamparo material após a morte de um ente do qual se

---

[262] TJMG, Ap. Cív. 1.0024.07.690802-9/001, 5ª CC, Rel.ª Des.ª Maria Elza, julgado em 18/12/2008, publicado no DJMG em 21/01/2009.

[263] Ementa: "UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES CONCOMITANTES. EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO PUTATIVO. LEI Nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido". (STJ, 3ª Turma, REsp n.º 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 16/02/2006, publicado no DJ em 20/03/2006.)

presume a dependência econômica, no âmbito de uma família. Ilustra-se tal afirmação com a jurisprudência a seguir:

> RECURSO ESPECIAL. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTILHA DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA. COEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo. Possibilidades de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social. Acórdão recorrido não liberou à luz dos preceitos legais invocados. Recurso especial não reconhecido.[264]

Pela simples leitura da ementa, percebe-se que ficou clara a impossibilidade do Poder Judiciário ignorar situações que, embora estejam à margem do direito positivado, representam, como salientado na própria ementa, "circunstâncias especiais", que produzem hipóteses concretas geradoras de fatos jurídicos. Pela pertinência, merece destaque breve trecho do acórdão, por demonstrar que, ainda em que situação de simultaneidade, os concubinos se uniram e permaneceram unidos, durante trinta anos, pautados na afetividade:

> [...] Afinal, cumpre repisar: o falecido era casado com a recorrente e dela não se separou, mais, concomitantemente, manteve relação amorosa com a recorrida, durante trinta anos, instituiu-a beneficiária da previdência social, abriu com ela conta conjunta em estabelecimento bancário. São esses fatos incontroversos, acertados em 1º e 2° graus.
> **Ante uma situação de fato dessa ordem, que perdurou por 3 (três) décadas, de que se extrai o reconhecimento de efetiva *affectio societatis*, poderia o magistrado prostar-se inerte, indiferente, apegado ao hermetismo dos textos legais, deslembrando do princípio de que, na aplicação da lei, há de se atender aos fins sociais?**
> É claro que não, máxime em se tratando de benefício meramente assistencial sem envolver direito de herança.
> É certo que, no caso, a relação *ex vi legis* não constitui entidade familiar (CF, art. 226, § 3º, Lei 9.278/96).
> Não menos certo que um liame duradouro, nas circunstâncias e condições em que se desenvolveu, a se pressupor com característica de aparente concubinato con sentido, mitiga a repulsa e a preocupação da lei com as relações travadas fora do casamento e na sua constância. [...][265] (destaques inexistentes no texto original do acórdão)

Discussão da mesma natureza chegou ao Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de caso de relação familiar simultânea que perdurou por trinta e sete anos, até o falecimento do

---

[264] STJ, 5ª Turma, REsp 742.685/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 04/08/2005, publicado em 22/09/2005.
[265] Idem nota anterior: STJ, 5ª Turma, REsp 742.685/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 04/08/2005, publicado em 22/09/2005.

homem que era o indivíduo comum às duas famílias. Porém, foi outro o entendimento dos Ministros que o compõem, conforme se constata:

> COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.[266]

Todavia, a decisão não foi unânime, haja vista que o Ministro Carlos Ayres Britto, compreendendo a complexidade não só de tema, mas principalmente da situação fática apresentada para julgamento, discordou do restante de seus pares, reconhecendo a relação familiar simultânea enquanto verdadeira entidade familiar.

Para o Ministro, ao proteger a família, a maternidade, a infância, a Constituição não faz distinção quanto a casais formais e os impedidos de casar. Assim, salienta que

> [...] À luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois [...]. [267]

A nosso sentir, muito prudente o entendimento do Ministro em seu voto, por entender que as duas mulheres tiveram a mesma perda e sofreram as mesmas consequências sentimentais e financeiras. Sendo assim, porque apenas uma delas mereceria respaldo jurídico?

De todo descabido afastar do âmbito da juridicidade relação que atendeu a todos os requisitos legais, sob o fundamento de que mantinha o varão relacionamento simultâneo com outra pessoa. Esta tentativa de singelamente não ver a realidade, tentar apagá-la do âmbito do Direito é atitude conservadora e preconceituosa, além de gerar injustiças e enriquecimento sem causa.

O só fato de a sociedade prestigiar a monogamia – a ponto de já ter considerado crime o adultério, e continuar considerando a bigamia – não é suficiente para deixar de ver os

---

[266] STF, 1ª Turma, RE 590.779/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/02/2009, publicado no DJe em 27/03/2009.

[267] Idem nota anterior: STF, 1ª Turma, RE 590.779/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/02/2009, publicado no DJe em 27/03/2009.

relacionamentos que não se submetem a esse cânone, não obedecem à dita restrição. Deixar de ver que há situações que se estabelecem à margem dos parâmetros não aceitos pela moral convencional, não as faz desaparecer do mundo dos fatos. Via de consequência, descabe singelamente deixar o sistema jurídico de reconhecê-los.

Ocorre que, cada vez mais, os indivíduos que se encontram inseridos em contexto de famílias simultâneas procuram o Poder Judiciário, demonstrando que, de fato, não se tratam de situações excepcionais, mas sim de uma realidade vigente, que não pode ser simplesmente ignorada. Os casos práticos demonstram que tais situações englobam todos os elementos necessários à caracterização de uma entidade familiar, o que faz com que os magistrados dos Tribunais pátrios não façam uma aplicação "cega" da letra da lei e busquem compreender a realidade dos fatos, para, realizando uma interpretação sistemática da normativa aplicável, compreender que tutelar as famílias simultâneas é decisão absolutamente possível.

Um dois primeiros casos julgados no Brasil, em que houve o reconhecimento de família simultânea, refere-se a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido pelo vanguardismo em suas decisões, razão pela qual far-se-á uma detida análise do caso.

Partindo das premissas acima, de que são as circunstâncias do caso concreto aliadas à principiologia do Direito das Famílias que irão determinar a recepção de famílias simultâneas como entidades familiares, passemos a analisar como se deu a construção da argumentação dos julgadores. Na verdade, o que ficara evidenciado é que não houve aplicação isolada e absoluta do princípio da monogamia, mas a busca por provas e argumentos que denotassem comunhões de vida concomitantes. Ou seja, a análise do julgado demonstra que a articulação dos princípios da dignidade, da afetividade, da igualdade, da solidariedade e da responsabilidade familiar podem afastar o "padrão" da monogamia, exigido por nossa sociedade, em nome da tutela plena do ser humano, através do reconhecimento de núcleos sociais que, a despeito de serem paralelos ou concomitantes, se relevam como *locus* privilegiado de desenvolvimento de personalidade de seus membros e de suas dignidades intersubjetivamente compartilhadas. Sua ementa[268] assim se pronuncia:

> APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO.
>
> PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE

[268] O inteiro teor do acórdão integrará o Anexo I do presente trabalho, a fim de que se possa verificar todas as informações que resumidamente serão apontadas adiante.

> A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante a outra união estável também vivida pelo *de cujus*.
> Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais.
>
> MEAÇÃO ("TRIAÇÃO")
>
> Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o *de cujus*. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões.[269]

Como se vê, trata-se do caso de duas uniões concomitantes. Uma delas com duração de mais de 15 anos, estabelecida no período de 1985 a 2001, e a outra, com duração de 32 anos, estabelecida no período de 1969 a 2001, data em que o companheiro que integrava ambas as conjugalidades faleceu, suscitando a disputa das companheiras sobreviventes por direito à meação, usufruto de bens, direitos hereditários e reconhecimento de indenização de seguro de vida.

A apelação foi interposta pela companheira que viveu 15 anos com o *de cujus* e não obteve o reconhecimento de sua entidade familiar em primeira instância na ação promovida contra o espólio do falecido, do qual a outra companheira foi nomeada inventariante. Em suas razões recursais, a companheira apelante aduziu que sua união estável era pública e notória, apesar de ser caracterizada como uma segunda união paralela à primeira que já existia há cerca de 16 anos antes. Segundo a apelante, os familiares do companheiro falecido – sobretudo sua mãe – e até mesmo a primeira companheira tinham ciência de sua relação. Além disso, o fato de o relacionamento ter durado por mais de 15 anos denotava o intuito de estabilidade e o âmbito duradouro de fundar uma convivência tipicamente marital. Havia ainda coabitação entre ambos, o que ficou fartamente comprovado nos autos, e indícios claros de mútua assistência moral e material. Em relação à assistência moral, esta ficou evidenciada pela circunstância da segunda companheira ter acompanhado e auxiliado na doença e morte de seu companheiro, fato comprovado por testemunhas e pela mãe do falecido. Quanto à assistência material, documentos comprovam que a segunda companheira aparecia como beneficiária do falecido em seguro de vida, em ficha de saúde familiar e em carteira da Fundação de Educação Social e Comunitária.

---

[269] TJRS, Ap. Civ. nº 700112258605, 8ª CC, Des. Rel. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 25/08/2005, publicado em 04/11/2005.

Portanto, pesavam a favor da apelante, provas e argumentos no sentido de que seu relacionamento com o *de cujus* era marcado por estabilidade, ostensibilidade, afetividade, mútua assistência moral e material e, ainda, coabitação.

Por outro lado, a primeira companheira contra-argumentou a apelação afirmando que seu relacionamento era anterior e mais antigo, tendo se estabelecido no período entre os anos de 1969 e 2001. Na verdade, o que ficou provado é que foram 32 anos de relacionamento, incluindo amizade, namoro e união estável, todavia, esta apenas se estabeleceu a partir do ano de 1987, oportunidade em que conceberam uma filha, nascida no ano de 1988. Portanto, nesse relacionamento, foi considerado também o elemento prole comum, como uma das características da entidade familiar.

Para além disso, a apelada demonstrou que juntamente com o falecido adquiriu imóvel para a coabitação; que não só conhecia, mas convivia com os familiares do falecido, dentre eles sua mãe e seus outros três filhos. A mãe do falecido, aliás, conhecia ambas e frequentava as duas residências de seu filho, afirmando nos autos que, embora tenha mencionado que a apelante era a companheira de seu filho, "contou que nas festas de aniversário na sua casa, o filho chegou a levar a apelada. A apelante nunca quis ir, não sabe o porque. Chegou a frequentar a casa da apelante e apelada e quando o filho morreu residia com a apelada".[270]

Da mesma forma, comprovou a existência de mútua assistência moral e material, sendo titular da pensão por morte do Instituto de Previdência Estadual na condição de companheira do falecido e aparecendo, ainda, como dependente na Associação dos Funcionários Públicos do Estado e, da mesma forma, a apelante também era cobeneficiária do seguro de vida deixado por ele.

Por tudo isso, também pesavam a favor da apelada as mesmas circunstâncias necessárias para caracterizar uma entidade familiar: estabilidade, ostensibilidade, afetividade, mútua assistência moral e matéria e, ainda, coabitação. Além disso, havia prole comum: uma filha nascida no ano de 1988, argumento que, a nosso sentir, fez com o Desembargador Relator "desempatasse" o caso em favor da apelada:

> [...] No presente caso, diante do conjunto dos fatos retratados nos autos, não resta duvida que a relação mantida pelo falecido com a apelante não é a melhor que se ajusta à união estável, porquanto foi com a apelada com quem o falecido teve uma filha.[271]

---

[270] TJRS, Ap. Civ. nº 700112258605, 8ª CC, Des. Rel. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 25/08/2005, publicado em 04/11/2005.
[271] Idem nota anterior.

Todavia, discorda-se da posição do Relator, sobretudo, porque sabido é que a reprodução e a consequente existência de prole comum não são elementos essenciais de uma entidade familiar contemporânea, tão pouco sua finalidade precípua.

O que se denota no caso em tela é que o falecido, na condição de membro das duas conjugalidades, tinha tanto na apelada quanto na apelante a referencia da companheira de vida, procurando deixar ambas amparadas com pensões, planos de saúde e seguros de vida. Possuía residência com ambas e com elas permaneceu com o ânimo de definitividade. Aliás, fato inusitado é que por ocasião do pagamento do seguro de vida, tendo em vista a controvérsia existente entre as duas companheiras, a companhia seguradora ajuizou a ação de consignação em pagamento da indenização e, nos autos desta ação, ambas as companheiras firmaram o acordo com o intuito de ratear os valores do seguro.

O Desembargador Relator foi voto vencido, sendo que os outros julgadores votaram pela existência de uma união dúplice, diante da evidência clara de que as duas relações tinham características específicas de relações familiares. Com isso, decidiram pelo "direito de triação" entre apelante, apelada e o falecido, presumindo serem bens comuns todos aqueles adquiridos na constância paralela das duas uniões estáveis, devendo haver divisões em três partes iguais:

> Meação ("triação")
> Quando se trata de uma união está consagrado o uso da palavra "meação". Contudo, como estamos diante de uma divisão por três estou utilizando a palavra "triação". Com efeito, não pode haver divisão pelo meio que dá origem à palavra "meação". A presente decisão, em face da peculiaridade, fará uma divisão por três. Logo, "triação".[272]

Percebemos que, apesar da vedação à poligamia, a argumentação do caso concreto apontou que a aplicação do principio da monogamia não seria suficiente para obter uma resposta adequada para a hipótese apresentada. Foi preciso investigar a existência de comunhões de vida, ali cercadas sobre todos os elementos apontados nesse trabalho. O caso concreto colocou em cheque uma questão de ordem pública, tal qual a monogamia em nome da autonomia dos membros dessas conjugalidades paralelas e de sua dignidade.

Em idêntico sentido, tem-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, também considerando as peculiaridades do caso concreto, decidiu pelo reconhecimento da família simultânea, conforme se vislumbra na ementa:

---

[272] TJRS, Ap. Civ. nº 700112258605, 8ª CC, Des. Rel. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 25/08/2005, publicado em 04/11/2005.

> DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSOS PARCEALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva – pública, contínua e duradoura – um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polemico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos seus aspectos. Ela não é concubina – palavra preconceituosa – mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões esta em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidade e o enriquecimento ilícito de um companheiro em favor do outro.[273]

Como se vê, nesse caso, o reconhecimento da simultaneidade familiar pelo TJMG se deu com base em dois fundamentos: (i) a impossibilidade do Direito aceitar o enriquecimento ilícito, o que ocorreria independentemente do tipo de trabalho que a mulher exerce, fora ou dentro do lar conjugal, uma vez que o Direito atribuiu o valor econômico ao trabalho domestico, já que valoriza a contribuição indireta dos consortes; (ii) princípio da solidariedade, fonte de responsabilidade, porquanto determina o reconhecimento de uma situação jurídica apta a gerar efeitos de direito familiar, pois, afinal, o reconhecimento da existência de uma família é fonte de responsabilidade, advinda, também, da afetividade familiar, pois esta, quando existente, também é fonte irradiadora de efeitos jurídicos.

O caso decidido pelo acórdão reconheceu de forma clara a existência de uma união estável, posto que presentes todos os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil. Mas o óbice aparente seria a existência de um casamento concomitante, que faz questionar: a existência de

[273] TJMG, Ap. Civ. 1.0017.05.016882-6/003(1), 5ª CC, Rel.ª Des.ª Maria Elza, julgada em 20/11/2008, publicada no DJMG em 10/12/2008.

uma outra entidade familiar conjugal é o suficiente para ilidir o objetivo de constituição de família, inerente à união estável? Entende-se que não. Afinal, o tratamento recíproco dos companheiros como tal é que confere a este núcleo a feição de entidade familiar. Agir de forma diversa significa atribuir às formalidades necessárias para a formação de uma família maior importância do que família em si, ofendendo assim toda a principiologia constitucional tão amplamente discutida, já que não há razão para o direito tutelar de forma diversa núcleos que cumprem a mesma função.

Não se olvida que, por si só, ou seja, em uma interpretação isolada, o princípio da monogamia tem a função de evitar, como regra geral, o estabelecimento de famílias paralelas como fruto de um desejo normal de organizar a sociedade as relações conjugais de uma determinada maneira. Cabe argumentar, inclusive, que o princípio da monogamia, ao ser jurisdicizado, reproduziu um modelo de sociedade que tinha como valores centrais a segurança jurídica e o patrimônio. Todavia, embora estes continuem tendo uma grande importância no contexto sociocultural contemporâneo, compartilham espaços com as situações existenciais, que realizam a dignidade humana de maneira mais direta.

A esperança é que, aos poucos, os operadores do Direito, principalmente os magistrados brasileiros, consigam vislumbrar as famílias simultâneas com a devida atenção que merecem, fazendo com que, cada vez mais, essas famílias recebam o tratamento jurídico adequado.

A depender da influência social, é possível que o avanço no tratamento da matéria seja mais rápido do que se possa imaginar. Tal afirmação se faz em razão da grande discussão, acerca da temática das famílias simultâneas, ocorrida na sociedade brasileira durante o ano de 2012. Isso porque, entre os meses de março e outubro de 2012, foi transmitida a telenovela "Avenida Brasil", pela Rede Globo de Televisão. Dentre o núcleo de personagens existentes na fictícia estória, havia o personagem "Cadinho", representado pelo ator Alexandre Borges. Na trama, Cadinho manteve relação simultânea com três esposas: Verônica, Noêmia e Alexia.

Ao longo da trama, o personagem polígamo conviveu com as três "esposas" em verdadeira relação familiar, sem fazer qualquer tipo de distinção entre o ambiente familiar oferecido por cada uma delas. A partir de certo ponto no desenrolar da estória, o personagem de "Cadinho", todas as três "esposas" e filhos passaram a conviver dentro da mesma residência, fato caracterizador de verdadeira família. No final da trama, ficticiamente, considerando a impossibilidade de oficializar formalmente a relação perante o Estado, "Cadinho" e suas "três esposas" realizam uma cerimônia informal para "formalizar" a união entre todos eles, perante todas as pessoas do círculo de convívio dos personagens na trama.

A repercussão social do caso foi gigantesca, de maneira que várias foram as reportagens publicadas na imprensa, tanto falada quanto escrita, tratando das famílias simultâneas. Ao que parece, a pretensa aceitação social gerada pelo personagem "Cadinho" gerou um efeito encorajador nas pessoas que viviam em situação de simultaneidade, fazendo com que todas elas assumissem, na imprensa, a situação que viviam.[274]

Prova dessa repercussão foi o fato ocorrido na cidade paulista de Tupã, em que um trio de pessoas procurou uma tabeliã da cidade para lavrar uma escritura pública referente à união afetiva em que os três estavam envolvidos. E, a despeito de inexistir qualquer respaldo legal para a situação apresentada, a tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues assim o fez, lavrando uma "Escritura Pública de União Poliafetiva".

Um pequeno trecho do mencionado instrumento foi divulgado, conforme se transcreve:

> Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.[275]

A frase retirada da Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva resume bem o desejo das partes em tornar pública uma relação que consideram familiar e de união estável. A partir dessa premissa, a escritura trata sobre os direitos e deveres dos conviventes, sobre as relações patrimoniais bem como dispõe sobre a dissolução da união poliafetiva e sobre os efeitos jurídicos desse tipo de união.

A situação ainda não foi analisada pelo Poder Judiciário, mas é de se questionar a possibilidade de uma eventual declaração de nulidade da Escritura produzida e consequente não atribuição de quaisquer efeitos à relação tríplice. Tece-se essa afirmação considerando que os indivíduos envolvidos, no âmbito do exercício de suas autonomias privadas, reconhecem e declaram a situação por eles vivida, o que faz acreditar, nesse caso, que todos os requisitos para a caracterização de simultaneidade familiar estejam preenchidos, bem como não causam qualquer tipo de prejuízo, moral ou material, aos envolvidos.

---

[274] Exemplificativamente, aponta-se a reportagem sobre os "Cadinhos da vida real", apresentada no programa Fantástico da Rede Globo, exibida no dia 26/08/2012. A reportagem pode ser acessada no link <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1681623-15605,00.html>.

[275] As informações relatadas e o pequeno excerto da Escritura foram retiradas de notícia publicada no site do IBDFAM. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>. Acesso em 12/11/2012. Outra interessante reportagem sobre o tema, com ponto de vista de alguns juristas, está disponível através do link: <http://br.mulher.yahoo.com/pode-beijar-noivas-uni-o-poliafetiva-justi-e-182200868.html>.

Insta salientar que as perspectivas para o futuro são animadoras. Isso porque, no ano de 2007, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), importante instituição do cenário jurídico brasileiro, capitaneado pelos principais juristas especializados no ramo do Direito das Famílias, apresentou Projeto de Lei à Câmara dos Deputados, com o intuito de reformular e modernizar todas as normas jurídicas aplicáveis às famílias.

O Projeto de Lei 674/2007, conhecido como "Estatuto das Famílias", pretende corrigir erros e omissões existentes no Código Civil de 2002, bem como avançar e modernizar, ainda mais, o ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao Direito das Famílias.

Interessa apontar que o mencionado Projeto de Lei, ainda que de forma tímida, contempla as famílias simultâneas, no parágrafo único do artigo 64, ao preconizar que "a união formada em desacordo aos impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha de bens". Portanto, ainda que o tratamento jurídico dado às famílias simultâneas não seja minucioso, é de se comemorar o fato de que tais famílias passem a ser minimamente tuteladas pelo ordenamento jurídico.

Por óbvio que a presente disposição causou farta discussão na imprensa, notadamente com a divulgação de notícias absolutamente sensacionalistas e equivocadas. O Deputado Sérgio Carneiro (PT), responsável pela apresentação do Projeto de Lei 674/2007 à Câmara dos Deputados, esclareceu, de maneira simples e objetiva, às irresponsáveis notícias que foram divulgadas:

> [...] Um jornal de grande circulação, concorrente ao *Estado de S. Paulo*, ao fazer a cobertura do projeto, apesar da correta reportagem da jornalista que assina a matéria, pecou no título ao afirmar que o mesmo permitiria o pagamento de pensão para "amantes". Isso não é verdade. Relação com amante não gera efeito jurídico, pois não tem o *animus* da procriação, de constituir patrimônio em comum, nem de se ter uma família. Este tipo de relação se assemelha a uma relação de namoro havida entre pessoas no ambiente de trabalho, de estudos, na academia ou na vizinhança, em que uma delas não é desimpedida legalmente, o que difere totalmente da união estável.
>
> No Estatuto das Famílias, o capítulo referente à União Estável, com as condições qualificadoras de tal situação, quais sejam, relação pública, duradoura e estável, explicita em seu Artigo 61, parágrafo primeiro, que se uma das pessoas estiver em desacordo com a lei, a outra não pode pagar por este erro, sendo devida à assistência, se necessário. É óbvio que esta não é a regra. Quem quer mudar de parceiro deve primeiro desfazer o vínculo matrimonial e, por isso, lutamos e aprovamos a Emenda 66 do Divórcio. Entretanto, se, à exceção, alguém mantém duplo relacionamento, um de fato e outro de direito, tem que ser responsabilizado por tal atitude, o que é diferente de dizer que o projeto incentiva a prática do adultério e da bigamia.

> O que está posto no texto é o que a jurisprudência tem consagrado. Só isso. [...][276]

Atualmente, o Projeto de Lei 674/2007 continua em trâmite na Câmara dos Deputados, sendo que sua atual situação, segundo consulta realizada na página virtual da Câmara, é "aguardando deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados".[277]

Diante de todo o exposto, verifica-se que, aos poucos, sociedade e Estado passam a olhar, com mais atenção, à situação das famílias simultâneas. Antes absolutamente ignoradas e rechaçadas, já encontram algum respaldo jurisprudencial, bem como poderão receber tímida regulamentação em caso de aprovação do Estatuto das Famílias, fato que represente tímido, porém essencial avanço.

---

[276] Reportagem virtual veiculada pelo portal "Calila Notícias", cujo inteiro teor encontra-se disponível no link <http://www.calilanoticias.com/2010/12/sergio-carneiro-esclarece-o-caso-estatuto-das-familias.html>.

[277] A consulta foi realizada no dia 11/01/2013 através do link <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de exploração do presente tema surgiu da expectativa de encontrar instrumentos que possibilitem formas constitucionalmente adequadas de gerir determinados conflitos familiares que desaguam no Poder Judiciário, deixando de lado os dogmatismos conceituais em torno das relações afetivas.

Em matéria de família, tal postura reflete uma consequência direta: o respeito à pluralidade de formas de constituição de entidade familiar. Isso porque, além daquelas expressamente reconhecimento pela Constituição de 1988, outros arranjos afetivos constituem família, sendo, como tal, titulares de especial proteção do Estado.

Nessa seara de pluralidade, revelou-se o espaço de investigação percorrido ao longo do estudo. A família institucional, transpessoal, hierarquizada e matrimonializada alterou-se em sua estrutura e substância, diante dos avanços sociais e de nova disciplina de suas relações no âmbito do sistema jurídico constitucionalizado, impondo uma modificação para o paradigma eudemonista, pelo qual os membros de um grupo familiar buscam sua felicidade e realização.

Decorre da feição da família aberta e plural uma mutabilidade inexorável, não sendo compatível com os valores que informam a pretensão de inalterabilidade conceitual. A abertura sistemática implica renúncia à pretensão de aprisionar os arranjos familiares a modelos fechados, abstratos e excludentes.

Para a análise do Direito de Família atual, portanto, é necessário que se atente à constitucionalização e à repersonalização das relações familiares. O sistema jurídico se afastou dos valores burgueses, liberais, centrados no patrimônio, para voltar-se à dignidade da pessoa humana.

No Direito de Família atual a ação do Estado como coação legítima somente deve se dar com vista a evitar ofensa a direitos fundamentais ou a promover a sua eficácia. Não deve, todavia, apresentar-se de modo a dirigir comportamentos e aniquilar, *a priori*, morais individuais.

Não se pode desvincular, nesta perspectiva de mudanças, o papel do Estado que, superando a pretensa neutralidade do liberalismo, começa a intervir de modo direto nas relações privadas, assumindo uma postura ativa na tutela e na promoção dos direitos fundamentais.

Para concretizar os direitos fundamentais da pessoa humana, na busca de felicidade, e em consonância axiológica com os princípios constitucionais, sistematicamente analisados,

assume importância, portanto, o reconhecimento das formas e limites da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

No caso específico das famílias simultâneas, a par do reconhecimento do pluralismo familiar pela ordem jurídica, há um descompasso entre as garantias constantes da Constituição e o desdobramento de situações concretas que, em virtude de relevância social, repercutem no jurídico com expectativa de uma resposta que promova efetivamente a dignidade coexistencial de cada pessoa.

Daí que a família simultânea, justamente pelo fato de não se enquadrar nas possibilidades expressas na Constituição, tem de ser analisada topicamente. Presentes os elementos caracterizadores, a relação simultânea ingressa no jurídico por meio da porosidade do sistema aberto, passando, portanto, a gozar do *status* de família, sendo merecedora, como tal, da especial proteção do Estado.

Para se afigurar como tal, porém, há características comuns e essenciais, sem as quais não haverá o reconhecimento da proteção constitucional. A boa-fé objetiva, a afetividade, a coexistência, a estabilidade e a ostensibilidade plena constituem elementos indispensáveis a comprovar a comunhão de vida e o comprometimento recíproco, que são comuns a qualquer entidade familiar merecedora da tutela estatal.

Nesse passo, superado o momento inicial de verificação dos elementos essenciais a caracterizar a relação conjugal simultânea como entidade familiar, incumbe ao Estado, que se quer democrático e onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da República, promover a tutela dessas entidades familiares não reconhecidas socialmente, estigmatizadas e carentes de efetiva proteção estatal. Aquilo que constituir família em uma perspectiva sociológica também assim há de ser reputado perante o Direito.

No cenário atual, a doutrina, em sua maioria, ainda se mostra resistente em atribuir às famílias simultâneas a chancela jurídica de entidade familiar, alegando aparente lacuna ou falta de permissivo legal para tutela de tais relações afetivas. Na mesma linha, por muito tempo, e ainda hoje, o Legislativo relegou ao Judiciário a árdua tarefa de concretizar a sua proteção, eis que de forma excludente e omissa, silenciou a respeito do tema. Dessa forma, mantendo a superada concepção de família, deixou de realizar os anseios por uma efetiva igualdade de tratamento entre os diversos arranjos familiares.

A par dessa omissão do legislador infraconstitucional que não outorgou expressa tutela às famílias simultâneas, o caminho para sua efetiva proteção está em exigir-se do Estado, via Poder Judiciário, a providência necessária.

Da mesma forma, o Poder Judiciário apresenta certa resistência em interpretar as normas reguladoras das relações familiares de maneira favorável ao reconhecimento das famílias simultâneas enquanto entidades familiares. Apesar disso, verifica-se que, aos poucos, a forma de olhar cada caso com suas minúcias e peculiaridades fez com que, timidamente, o cenário de uma completa negativa ao reconhecimento de direitos familiares às famílias simultâneas venha se modificando, sendo possível, cada vez mais, encontrar nos Tribunais país afora decisões que privilegie a moderna concepção plural de família.

Prudente ressaltar que, após tantas lutas e frente à grande repercussão social gerada pela discussão do tema, tanto nos mais variados Tribunais, como no seio social em si, hoje encontra-se tramitando no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei 674/2007 que, visando reformular e atualizar as regras do Código Civil de 2002 atinentes às relações familiares, possui singela, porém inicial, regulamentação das regras aplicáveis às famílias simultâneas.

O tema em estudo reafirma que a família hoje, de fato, é plural. Ela assume formas e arranjos que o Direito jamais conseguiria prever, antecipando-se à realidade, o que reforça a função do Direito de jurisdicionar os fatos sociais através de uma interpretação prospectiva das normas. Aos aplicadores do Direito deve interessar primordialmente o conteúdo das normas jurídicas em detrimento da forma, assumindo-se como proveitosas as contribuições que viabilizem a concretização, de forma realista, dos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente daqueles que estejam envolvidos em uma relação familiar simultânea.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania**: o novo CBB e a "vacatio legis". Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição constitucional e Representação popular. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 295-304.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMENO, Agenita. **A função social dos amantes**: na preservação do casamento monogâmico. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

ANDRADE, José Carlos de Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 241-262.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, nº 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 06 jan. 2012.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**. 2 ed. São Paulo: Leud, 1990.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: MADALENO, Rolf H.; WELTER, Belmiro Pedro

(coords.). **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 255-278.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 205-220.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-313.

DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%E9rio%2C_bigamia_e_uni%E3o_est%E1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em 04 de setembro de 2012.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: MADALENO, Rolf H.; WELTER, Belmiro Pedro (coords.). **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 321-340.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-76.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Princípios constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 121-130.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97-110.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. v. 1. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. **História da sexualidade**: o uso dos prazeres. v. 3. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FREITAS, Douglas Phillips. **A função sócio-jurídica do(a) amante e outros temas de família**. Florianópolis: Conceito, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral. v. 1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo curso de Direito Civil**: as famílias em perspectiva constitucional. v. 6. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, Síntese, v. 8, nº 39, dez./jan., 2007.

_____. **A nova filiação**: o Biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora UNESP, 1993.

_____. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 249-264.

_____. Afetos, sexualidade e violência – a família desmistificada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 67-80.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, v. 1, nº 1, abr./jun. 1999, p. 7-17.

HOLLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

LIMA, Jairo Néia. Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 5, 2009. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/208/171>. Acesso em: 19 mar. 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Lisboa: Relógio D'Água, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 251-258.

_____. A repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, Síntese, v. 6, nº 24, 2007, p. 142-164.

_____. **Direito Civil**: Famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89-107.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.9, nº 33, jan. 2008, p. 97-109.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil,** São Paulo, nº 65, 1993, p. 21-33.

NAMUR, Samir. A tutela das famílias simultâneas. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da Autonomia Liberal à funcionalização do Direito Contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: Atualidades II – Da Autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 229-252.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 355-390.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos Tribunais**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Apresentação. In: PEREIRA. Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 05-06.

_____. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 275-282.

_____. **Concubinato e união estável.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 311-344.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 03-29.

REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2005.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Direitos fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-164.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCABELLO, Edilaine Helena. **Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal**: discursos de homens e mulheres. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2006.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Dignidade humana**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Apresentação. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 371-394.

_____. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro; Renovar, 2004. p. 1-22.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Proibição de discriminação nas relações entre particulares. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 391-434.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro de filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 325-332.

VILLELA, João Baptista. Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social nãoviolenta. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: UFMG, v. IV, n. 3, 1982, p. 13-38.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da União Estável**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

_____. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo; Revista do Tribunais, 2003.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: MADALENO, Rolf H.; WELTER, Belmiro Pedro (coords.). **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 171-188.

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

ANEXO

RP
Nº 70011258605
2005/CÍVEL

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

PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE

A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante a outra união estável também vivida pelo *de cujus*.
Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais.

MEAÇÃO ("TRIAÇÃO")

Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o *de cujus*. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões.

DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA.

APELAÇÃO CÍVEL	OITAVA CÂMARA CÍVEL
Nº 70011258605	COMARCA DE PORTO ALEGRE
H.H.G.S.	APELANTE;
.	
E.B.G.	APELADA;
.	
E.S.G.O. P.S.I.	
.	APELADO;
A.L.O.	1ª INTERESSADA;
.	
E.G.O. K.G.O.	
..	2º s INTERESSADOS.
A.C.	OITAVA CÂMARA CÍVEL
.	

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em dar provimento, vencido o Des. Relator.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE**.

Porto Alegre, 25 de agosto de 2005.

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT,
Relator, voto vencido.

DES. RUI PORTANOVA,
Redator para o acórdão.

RELATÓRIO

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT (PRESIDENTE E RELATOR) -

Trata-se de apelação interposta por Heloisa Helena da S., inconformada com a sentença que julgou improcedente ação declaratória de união estável movida contra a sucessão de Sérgio G. de O. e Ereni B. G.

Alega a recorrente que viveu em união pública e notória com o falecido Sérgio por mais de 15 (quinze) anos, relação comprovada pela farta documentação acostada aos autos, bem como pelos depoimentos das testemunhas, inclusive da própria mãe do falecido, a qual afirmou que a apelante era a verdadeira companheira do filho. Por vez, Ereni não apresentou nenhuma testemunha de sua alegada união com o *de cujus* e admitiu ter havido rompimento da relação durante certo tempo. Por fim, ingressou com pedido de habilitação no processo de inventário, entretanto o mesmo transcorreu normalmente, mesmo havendo contestação à legitimidade da inventariante, pedido de reserva de bens e de apensamento do processo de

união estável, o que enseja a nulidade do feito. Requer seja declarada a existência de união estável entre a apelante e o falecido Sérgio.

Foram apresentadas contra-razões, referindo o espólio que os filhos do falecido não conheciam a recorrente e sequer Sérgio havia comentado a respeito do relacionamento. Do contrário não se pode dizer com relação a Ereni, a qual foi inventariante e meeira dos bens de Sérgio com anuência dos filhos deste, já que possuía patrimônio em conjunto com o extinto, uma filha e conhecia toda a família, participando da vida social em conjunto. Requer seja negado provimento ao recurso.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT (PRESIDENTE E RELATOR) -

Preliminarmente, questões atinentes ao inventário dos bens do falecido Sérgio devem ser reclamadas em via própria, não nos presentes autos, limitado ao exame da existência de união estável.

Na inicial da ação, alegou a recorrente ter vivido maritalmente com o falecido Sérgio por mais de 15 anos, união que perdurou até o momento de sua morte (ocorrida em 30-03-2001, fl. 43), fato de conhecimento de todos os familiares e da própria inventariante (Ereni).

Ocorre que, em contestação (fls. 45/49), Ereni B. G. afirmou também ter vivido com o falecido, contando amizade, namoro e união estável, em torno de 32 (trinta e dois) anos, tendo conhecido o mesmo no ano de 1969. Entretanto, só no ano de 1987 assumiram a união estável e conceberam a filha Paloma.

Em depoimento, declarou a apelante Heloisa (fls. 169/171) que conheceu Sérgio no ano de 1980 e foram morar juntos, na Rua Basil Sefton, nº

242, no ano de 1985, onde ficaram até o falecimento do mesmo. Quando o conheceu ele não tinha companheira e vivia com a mãe. Em 1990 ficou adoentado, com câncer. No ano de 2000 a doença agravou, vindo a morrer em 2001, tendo ajudado a cuidar dele, inclusive no hospital. Sérgio sempre foi um homem caseiro. Somente conheceu Ereni e a filha Paloma no ano em que Sérgio morreu, em 2001. Durante o tempo que em viveram juntos não adquiriram nada. Somente depois da morte de Sérgio apareceu na sua casa Emerson, um dos filhos dele. Adriane e Kelly nunca visitaram o pai. A mãe de Sérgio, Zulma, costumava visitar ambos.

Se por um lado afirmou a apelante que desde 1985, até a morte de Sérgio, em 2001, viveram juntos, juntando documentos (fls. 17, 19, 25, 30 e 31) que comprovam o mesmo endereço, não pode ser esquecido que Ereni também produziu provas (fls. 109/114, 120/125) que confirmam a convivência. Demonstrou (fls. 88/107), igualmente, que era ela quem ficou cuidando de Sérgio até seu falecimento, atestando a Médica Débora C. B. (fl. 104) que "*Ereni acompanhou diariamente durante as fases de hospitalização o Sr. Sérgio G. de O.*"

Ouvida em juízo, disse Ereni (fls. 172/173) que conheceu Sérgio em 1969. A partir do nascimento de Paloma, ocorrido em 1988, resolveram morar juntos na Rua Domingos Seguézio, apartamento nº 347, o qual foi comprado por ela. Como ficou pequeno para o casal, Sérgio comprou o apartamento do lado, nº 346, e uniram os dois imóveis. Quando Sérgio faleceu ainda estavam vivendo juntos. Conhecia os três filhos de Sérgio, Adriane, Kelly e Emerson, mas Adriane não freqüentava a casa, somente os outros dois filhos. Só veio a conhecer Heloisa pouco antes da morte de Sérgio. Durante os 06 (seis) meses em que Sérgio permaneceu adoentado era ela quem corria atrás de médicos e hospitais.

Zulma G. de O., mãe de Sérgio, embora tenha mencionado que Heloisa era tida como companheira do filho, contou (fls. 174/176) que nas

festas de aniversário na sua casa, Sérgio chegou a levar Ereni, Heloisa nunca quis ir, não sabe porque. Chegou a freqüentar a casa de Heloisa e Ereni. Quando Sérgio faleceu morava com Ereni.

A filha do falecido, Adriane, asseverou (fl. 168) que conheceu Heloisa só no dia do velório. Nunca tinha visto ela antes e não tinha conhecimento do envolvimento do pai com a mesma. Quando Sérgio esteve hospitalizado, quem cuidou dele foi Ereni e Zulma.

As demais testemunhas (fls. 177/179) informaram que Heloisa viveu com Sérgio até sua morte.

Não se desconhece o fato de que Heloisa aparece como beneficiária de Sérgio em seguro de vida (fl. 20), de 22-01-2001, a ficha de saúde familiar de ambos (fls. 21, 27), de 1994 até 1996, a carteira da Fundação de Educação Social e Comunitária de Sérgio no endereço da apelante (fl. 18), do ano de 1989, e outros documentos de mesmo endereço (fls. 16, 17, 19, 25, 26, 28/ 31).

Por outro lado, Ereni teve uma filha com Sérgio em 1988 (fl. 51), recebe pensão do IPE na condição de companheira do falecido (fl. 115), aparece como dependente na Associação dos Funcionários Públicos do Estado (fl. 124) e beneficiária, da mesma forma, em seguro de vida (fl. 123).

A realidade é que o falecido Sérgio manteve dois relacionamentos por muitos anos, fato admitido por sua mãe, Zulma.

Tanto era notório ambos os relacionamentos que nos autos da ação de consignação em pagamento movida pela Seguradora Aliança do Brasil, Heloisa e Ereni firmaram acordo para ratear, em partes iguais, juntamente com os herdeiros, os valores do seguro de vida.

Todavia, nosso sistema jurídico repele a poligamia, o que torna inviável o reconhecimento de duas entidades familiares.

Nesse sentido a jurisprudência:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. DUPLO RELACIONAMENTO. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, EM SEDE FORMALISTA, SE ASSENTA NA MONOGAMIA, NÃO SE JUSTIFICANDO A CONCOMITÂNCIA DE DUAS ENTIDADES FAMILIARES CONSTITUCIONALIZADAS, SALVO QUANDO EM UMA DELAS JÁ EXISTE SEPARAÇÃO DE FATO. É CERTO QUE A RELAÇÃO LATERAL, PARA NÃO LOCUPLETAR ALGUÉM, PODE SER SOLVIDA NO CAMPO OBRIGACIONAL. EMBARGOS ACOLHIDOS."* *(Embargos Infringentes Nº 70004395836, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 13/09/2002)*

No presente caso, diante do conjunto dos fatos retratados nos autos, não resta dúvida que a relação mantida pelo falecido com Heloisa não é a que melhor se ajusta à união estável, porquanto foi com Ereni que Sérgio teve uma filha, moraram juntos e quem o cuidou até os últimos dias de vida. Foi ela a inventariante e meeira dos bens deixados por seu falecimento. As fotos carreadas ao processo (fls. 08/14, 57/87), igualmente, evidenciam que Sérgio tinha um convívio familiar bem mais consistente com Ereni do que com Heloisa.

Assim sendo, ***nego provimento*** ao recurso.

DES. RUI PORTANOVA (REVISOR E REDATOR) -

Para entender o caso

HELOISA HELENA ajuizou ação declaratória de união estável cumulada com partilha de bens contra o ESPÓLIO DE SÉRGIO.

HELOISA HELENA relatou que conviveu em união estável com SÉRGIO de **março de 1986 até 30/03/2001**, data da morte (certidão de óbito de fl. 43).

O feito foi instruído com prova documental (fls. 08/31 e 52/121) e testemunhal (fls. 168/179).

A sentença foi de improcedência.

HELOISA HELENA apela, requerendo a reforma da sentença para:

a) reconhecimento da união estável com o *de cujus*, pelo período de 15 anos (março de 1986 a **30/03/2001**, data da morte);

b) meação de todos os bens deixados e;

c) direito hereditário dos bens do espólio.

Apelação

Convém tomar em consideração, por primeiro, que no presente caso não estamos diante de um casamento (de papel) em concomitância com uma união estável.

Estamos diante de duas uniões estáveis.

Ao depois, também não se pode perder de vista que tanto a sentença como o voto do eminente relator confirmam a existência de uniões estáveis dúplice (que também podem se chamadas de paralelas ou concomitantes).

Assim a sentença (fl. 230):

Sérgio em vida, escolheu viver com as duas mulheres. Zulma, não faltou com a verdade. E foram estas duas mulheres, mais a própria mãe do falecido, mas a filha Adriane, e mais a outra dependente, Sueli, que acabaram aceitando dividir, na ação de consignação, ajuizada pela seguradora Aliança Brasil, fl. 139, o valor da indenização. Ora, se aceitaram dividir o prêmio, tinham consciência destas relações, havidas, ao mesmo tempo, pelo falecido, não havendo falar, como postulado pela autora, em união, com Sérgio Garcia.

No mesmo passo, o voto do eminente Relator:

As demais testemunhas (fls. 177/179) informaram que Heloisa viveu com Sérgio até sua morte.

Não se desconhece o fato de que Heloisa aparece como beneficiária de Sérgio em seguro de vida (fl. 20), de 22-01-2001, a ficha de saúde familiar de ambos (fls. 21, 27), de 1994 até 1996, a carteira da Fundação de Educação Social e Comunitária de Sérgio no endereço da apelante (fl. 18), do ano de 1989, e outros documentos de mesmo endereço (fls. 16, 17, 19, 25, 26, 28/ 31).

Por outro lado, Ereni teve uma filha com Sérgio em 1988 (fl. 51), recebe pensão do IPE na condição de companheira do falecido (fl. 115), aparece como dependente na Associação dos Funcionários Públicos do Estado (fl. 124) e beneficiária, da mesma forma, em seguro de vida (fl. 123).

A realidade é que o falecido Sérgio manteve dois relacionamentos por muitos anos, fato admitido por sua mãe, Zulma.

Tanto era notório ambos os relacionamentos que nos autos da ação de consignação em pagamento movida pela Seguradora Aliança do Brasil, Heloisa e Ereni firmaram acordo para ratear, em partes iguais, juntamente com os herdeiros, os valores do seguro de vida.

Todavia, nosso sistema jurídico repele a poligamia, o que torna inviável o reconhecimento de duas entidades familiares.

Enfim, não pode haver dúvida o *de cujus* vivia efetivamente uma duplicidade de uniões estáveis. Uma união com ERENI e outra união com HELOISA HELENA, aqui apelante.

Com efeito, a análise da prova dos autos demonstrará a efetiva existência da união dúplice e, o mais importante, o período em que ocorreu.

Assim, rogando vênia, estou reconhecendo efeitos patrimoniais para esta realidade familiar que viviam ERENI, HELOISA HELENA e o "de cujus".

Conseqüentemente, ter-se-á que examinar os direitos a meações e o direito hereditário dos bens deixados.

FATO CONSTITUTIVO: A UNIÃO ESTÁVEL DA AUTORA COM O "*DE CUJUS*".

Análise das Provas

Fotos

Às fls. 08/15 há várias fotos de HELOÍSA HELENA com o *de cujus*, entre familiares.

As fotos revelam a participação de HELOÍSA HELENA e de SÉRGIO em festas de aniversários, formatura, batizados, primeira comunhão.

Ou seja, se extrai das fotos, no mínimo, relação de proximidade e intimidade.

Documentos e Endereços

Na fl. 17 há registro de ocorrência policial comunicado por SÉRGIO, informando perda de documentos, em que referiu como residência a Rua Bazil Sefton, nº 242, em Porto Alegre.

Na fl. 16, HELOISA HELENA juntou comprovante de residência, em que também consta o endereço da Rua Bazil Sefton, nº 242, em Porto Alegre.

A ocorrência policial comunicada por SÉRGIO é datada de abril de 1992, e o comprovante de residência juntado por HELOÍSA HELENA é de abril de 2001.

Ou seja, desse par de documentos também já se extrai que a apelante e o *de cujus* viviam juntos, ao menos em algum período.

No documento de fl. 19 há também uma nota fiscal emitida em nome de SÉRGIO, em que consta o mesmo endereço acima referido. Essa nota é de abril de 2000.

No documento de fl. 25 está nota fiscal emitida em favor de HELOÍSA HELENA, datada de agosto de 1997, em que também consta o mesmo endereço descrito acima.

Ainda, são exemplos a demonstrar o lar comum, certidão do Departamento Municipal de Água e Esgotos - DEMAE (fl. 26) e da Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE (fls. 30/31).

Declaração da Mãe do *de cujus*

À fl. 22 há declaração firmada pela mãe do *de cujus*, em maio de 2001, em que afirma que HELOISA HELENA vivia com seu filho SÉRGIO.

Eis os termos da declaração:

> *Eu, ZULMA GARCIA DE OLIVEIRA, brasileira, viúva, aposentada, residente e domiciliada nesta Capital, na rua Dr. Alcides Cruz, 180, na qualidade de mãe de SERGIO GARCIA DE OLIVEIRA, brasileiro, solteiro, maior,*

> *aposentado, nascido dia 21.12.1943 e falecido dia 30.03.2001, declaro para os devidos fins e efeitos, sob as penas da lei, que conheço pessoalmente a Sra. HELOISA HELENA GONÇALVES DA SILVA, brasileira, solteira, maior, do lar, residente e domiciliada nesta Capital, na rua Professor Basil Seften, 242, bairro Vila D. Elisabeth – Sarandi.*
>
> *Que no endereço indicado residem meu filho Sérgio e Heloísa, há mais de 15 anos. Antes de residirem neste endereço, o casal já vivia junto, como marido e mulher, sem qualquer separação.*
>
> *Da união não tiveram filhos.*
>
> *Sem mais a declarar, firmo o presente para que produza seus devidos fins.*

A assinatura do documento reconhecida por Tabelionato de Notas, por autenticidade.

Ou seja, a própria mãe do *de cujus*, sogra da apelante, confirma que a apelante teve relação com seu filho, por mais de 15 anos.

Seguro de Vida

O *de cujus* fez seguro de vida, estipulando como uma das beneficiárias a apelante (fl. 20).

Nesse documento constam como beneficiárias do seguro de vida do de cujus, a mãe (Zulma), Adriane (filha), Sueli (dependente) e a apelante HELOISA HELENA.

Este documento é outro elemento de forte convicção da existência de união entre SERGIO e HELOÍSA HELENA.

Por outro lado, ficou também demonstrado que a apelada ERENI também viveu uma união com *de cujus*.

ERENI teve uma filha com SÉRGIO (fl. 51).

ERENI trouxe várias fotos que também demonstram relações familiares com SÉRGIO (fls. 57/87).

Testemunhas

Os depoimentos das testemunhas reforçam a convicção formada pela prova documental, e dão lastro a definir a data inicial da relação.

A testemunha ZULMA, mãe do *de cujus* diz (fl. 174):

> *A depoente diz que Sérgio morou com Heloisa há muitos anos.*
>
> *(...)*
>
> *A depoente ao ser perguntada qual a verdade já que havia dito que pouco antes da morte de Sérgio ele também estava se relacionando com a Ereni, respondeu que o Sérgio era homem, mas garante que era com a Heloisa que ele estava vivendo.*

Mais à frente, a testemunha corrobora também a união havida entre o *de cujus* e Ereni (fl. 179):

> *A depoente tem conhecimento que o Sérgio uniu o apartamento com a Ereni. A depoente diz que o Sérgio abriu a parede entre os dois imóveis para a que a filha Paloma pudesse usar o dormitório.*

Ao final, a mãe do *de cujus* complementa:

> *A depoente diz que poucos dias antes da morte do filho, ele chegou a morar com Ereni. A depoente garante que o Sérgio nunca se separou da Heloisa.*

A testemunha LUIZA diz (fl. 177):

> *A depoente diz que conheceu a Heloisa vivendo com o Sérgio, que era escrivão aposentado.*
>
> *A depoente assegura que quando o Sérgio morreu ele vivia na companhia da autora. A depoente diz que o que tinha dentro de casa o Sérgio comprava.*

A testemunha VERA diz (fl. 178):

> *A depoente diz que conheceu o Sérgio e a Heloisa morando juntos, quando foi morar nas imediações da casa deles em 1985. a depoente assegura que de lá para cá nunca houve separação do casal. Quando Sérgio morreu ele vivia com Heloisa.*

A testemunha PAULO diz (fl. 179):

> *O depoente diz a autora mora na mesma rua que a testemunha. O depoente diz que desde 1985 conheceu o Sérgio morando na companhia da autora.*
>
> *(...)*
>
> *Para a testemunha o Sérgio nunca se separou da autora.*

Por fim, a apelada – ERENI - trouxe três declarações, nas quais se afirma que ERENI vivia com o *de cujus* (fls. 180/182).

Assim, de toda a análise da prova se conclui que havia duplicidade de uniões estáveis. Uma união de SÉRGIO com a apelante HELOISA, e outra união de SÉRGIO com a apelada ERENI. Dessa conclusão não se pode afastar.

O cotejo das datas referidas pelas testemunhas tem-se que a relação entre SÉRGIO e a apelante HELOÍSA teve início em 1985 e findou em 2001, quando da morte de SÉRGIO.

Logo, estou por fixar o ano de 1985 como marco inicial da união estável.

Assim, há aqui a ocorrência de união dúplice, já enfrentada por esta Câmara.

UNIÃO DÚPLICE.

Na verdade, o que restou efetivamente provado nos autos é que o *de cujus* tinha uma união dúplice.

Do reconhecimento de uniões dúplices

De logo, é bom dizer, que tem-se reconhecido a possibilidade de uniões dúplices.

Trago à colação decisões recentes dessa Câmara que demonstram o posicionamento:

> *APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. AGRAVO RETIDO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CURADOR ESPECIAL. EFEITOS. Agravo Retido. A apresentação de rol de testemunhas fora do prazo legal é superado quando em discussão ação de estado. Agravo retido que se nega*

provimento. Preliminar. Caso em que a alegação de impossibilidade jurídica do pedido se confunde com o mérito. Inocorrente afronta ao devido processo legal por rejeição dos embargos declaratórios que visavam rediscutir a prova produzida nos autos. Matéria de apelação. Os interesses patrimoniais da mãe e da criança apresentam, em tese, colidência, na medida em que o direito sucessório disputado pela mãe reflete de alguma maneira no direito sucessório da filha. Assim, correta a atuação do curador especial que repele a pretensão da autora, ainda que o `interesse familiar¿ entre mãe e filha seja convergente. A curadoria especial não é munus exclusivo da Defensoria Pública. E, ainda que fosse, não veio prova de que a comarca é atendida pela instituição. Mérito. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes da Corte . A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70009786419, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 03/03/2005)

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. CASAMENTO DE PAPEL UNIÃO DÚPLICE. Caso em que se reconhece a união estável da autora-apelada com o de cujus apesar de até o falecimento o casamento dela com o apelante estar registrado no registro civil. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006046122, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RUI PORTANOVA, JULGADO EM 23/10/2003)

APELAÇÃO. CASAMENTO E CONCUBINATO. UNIÃO DÚPLICE. EFEITOS. Notório estado de união estável do de cujus com a apelada, enquanto casado com a apelante. De se reconhecer o pretendido direito ao pensionamento junto ao IPERGS. NEGARAM PROVIMENTO. POR MAIORIA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006936900, OITAVA CÂMARA CIVEL, REL. DES. RUI PORTANOVA, J. 13/11/2003).

Do voto da apelação acima transcrita fiz menção a outro julgado:

O fato se assemelha a outro já julgado pela Câmara com reconhecimento de efeitos patrimoniais em união dúplice como a presente.

Assim:

CONCUBINATO E CASAMENTO. DUPLICIDADE DE UNIÃO AFETIVA. EFEITOS.

> *Caso em que se reconhece que o 'de cujus' vivia concomitantemente em estado de união estável com a apelante (inclusive com filiação) e casamento com a apelada.*
>
> *Caso concreto em que, em face da realidade das vidas, se reconhece direito à concubina a 25% dos bens adquiridos na constância do concubinato.*
>
> *DERAM PARCIAL PROVIMENTO."*
>
> *(Apelação Cível nº 70004306197 – 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, rel. Des. Rui Portanova, j. 27/02/2003)*

Mas não é só Judiciário gaúcho que inaugura esse novo entendimento. A apelante trouxe decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que também foi reconhecida a união dúplice.

A decisão foi assim ementada:

> *Deve o juiz encarregado de julgar ação que versa sobre a meação de homem com hábitos incomuns e que manteve vida concubinária dúplice por mais de trinta anos, guiar-se pelos princípios gerais de direito (arts. 4º da LICC e 126 do Código de Processo Civil).*
>
> *Dividir a meação significa decisão de justiça social (art. 226, §3º, da Constituição Federal). Provimento do recurso, em parte, da autora para atribuir-lhe 25% do patrimônio do "de cujus", prejudicado os demais recursos.*

Permito-me transcrever algumas passagens do voto do Desembargador ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, em razão das similaridades entre esses casos de união dúplice:

> *... exigindo rigorosa avaliação da conduta incomum do solteirão convicto que, sem assumir os compromissos dos homens normais, dominou e dirigiu a existência de duas mulheres com perfis similares por quase três décadas.*
>
> *(...)*
>
> *A r. sentença está afinada com a jurisprudência moderna.*

> *Surgiu de uma política social o direito das concubinas. Os juízes não poderiam fechar os olhos diante da realidade, como se não fosse maioria o relacionamento informar com fim dramático e injusto. A lógica da moral judiciária recomendava julgamentos favoráveis às companheiras que, iguais em tudo às esposas com papel passado em Cartório, ficavam à mercê da sorte com o término da união.*
>
> *Justamente por esse enfoque é que não tem sentido descartar o direito da autora porque Amilcar não dormia todas as noites em sua casa.*
>
> *(...)*
>
> *O sentido de entidade familiar de uma relação de pessoas deve, neste caso, ser extraído da atitude da mulher e não pela opção de um homem de hábitos extravagantes. Importa que Anésia acreditou e viveu uma vida a dois e isso ficou provado pelo inabalável projeto de produzir uma comunhão de interesses recíprocos, com assistência mútua e conjugação de esforços. Aí a estrutura da entidade familiar que o Estado protege (§3º do art. 226 da Constituição Federal)*

Ou seja, é possível reconhecer a existência de união dúplice e dela retirar efeitos.

EFEITOS

Quanto aos efeitos, é preciso definir qual o regramento que incide no caso: se o Código Civil de 1916 ou o Código Civil de 2002. Essa definição do regramento importa na medida em que o *de cujus* faleceu na vigência do Código Civil de 1916.

Assim, para análise dos efeitos do reconhecimento da união dúplice, de rigor trazer comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, em relação à meação e sucessão, das companheiras, de modo a bem esclarecer a questão.

CÓDIGO CIVIL DE 1916

NO DIREITO DE FAMÍLIA

Meação
No Código anterior nada se falava em relação do direito à meação da companheira. Na esteira do §3º do artigo 226 da Constituição da República vieram as Leis 8.971/94 e 9.278/96. O artigo 5º, da Lei 9.278/96 estabeleceu o direito à meação para a companheira.

NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Herança
A companheira não tem direito sucessório. Terá apenas direito ao usufruto vidual da quarta parte dos bens deixados, no caso de haver filhos comuns.

CÓDIGO CIVIL DE 2002

NO DIREITO DE FAMÍLIA

Meação
A companheira tem direito à meação, conforme artigo 1.725 do NCC.

NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Herança
A companheira herda, nos termos do artigo 1.790 do NCC.

CASO CONCRETO

Assim, diante do regramento acima e do caso concreto, pode-se definir os efeitos da meação e da sucessão.

Meação (“Triação”)

Quando se trata de uma união está consagrada o uso da palavra “meação”. Contudo, como estamos diante de uma divisão por três estou utilizando a palavra “triação”. Com efeito, não pode haver divisão pelo “meio” que dá origem à palavra “meação”. A presente decisão, em face da peculiaridade, fará uma divisão por três. Logo, “triação”.

A apelante requereu na inicial a meação dos bens adquiridos na constância da união com o *de cujus*.

Não há dúvida que se comunicam os bens adquiridos no curso da união entre a apelante e o *de cujus*, a teor da combinação das normas do artigo 1.658 e 1.725, do Código Civil de 2002:

> *Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.*
>
> *Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*

No caso, há união dúplice. Ou seja, período em que houve duas uniões estáveis concomitantes. Por isso, tudo que o *de cujus* adquiriu com a esposa e com a companheira nesse período forma um patrimônio comum, a ser dividido entre os três (1/3 para a esposa, 1/3 para a companheira e 1/3 pertencente ao *de cujus*, que é a herança – espólio).

Logo, a meação requerida pela apelante (companheira) corresponde a 1/3 do patrimônio formado no período concomitante, sem prejuízo de seu direito hereditário.

Ressalte-se que somente será objeto de divisão entre as companheiras a fração do patrimônio total que foi adquirida no período de convivência comum das uniões. Portanto, a apelante, ou apelada, não tem

direito à meação em relação aos bens adquiridos antes do início da união do *de cujus.*

Não obstante, o companheiro faleceu. Portanto, temos que tratar das repercussões do reconhecimento da união dúplice também no Direito Sucessório. Isso é possível nessa sede, pois os herdeiros do *de cujus* vieram ao presente processo.

Sucessão

A morte ocorreu na vigência do Código Civil de 1916. Assim, nos termos do artigo 1.577 do Código anterior, combinado com o artigo 2.041 do atual Código, é o Código de 1916 que vai regrar a sucessão.

As companheiras não têm direito à herança. No Código Civil de 1916 a cônjuge, e por equiparação a companheira, era a terceira na ordem de vocação hereditária, preterida pelos descendentes e pelos ascendentes do *de cujus*. No caso, o *de cujus* deixou filhos, que excluem o direito hereditário das companheiras.

O Código anterior, que rege o caso, não estabelecia direito sucessório à (ao) companheiro. Com o advento da Constituição da República, reconhecendo a união estável, em seu §3º, do artigo 226, vieram as Leis 8.971/94 e 9.278/96 para regrar as relações entre companheiros.

Tais leis também não estabeleceram verdadeiro direito hereditário.

Contudo, abriram a possibilidade da(o) companheira(o) participar da sucessão do outro, conforme a existência ou não de filhos, e a existência ou não de ascendentes.

No que importa ao presente caso, o *de cujus* deixou filhos.

Assim, fica afastado qualquer direito hereditário das companheiras, mas aberta a porta para eventual direito ao usufruto previsto na lei.

ANTE O EXPOSTO, dou provimento à apelação para:

a) declarar a união entre a apelante e o *de cujus* de **março de 1986 até a data do óbito, em 30 de março de 2001** e;

b) declarar seu direito à meação, em conjunto com a outra companheira, nos termos acima expostos.

DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE - De acordo com o Des. Portanova.

APELAÇÃO CÍVEL 70011258605 – PORTO ALEGRE

"POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O DES.-RELATOR."

Julgador(a) de 1º Grau: NELSON JOSE GONZAGA