

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Gabriela Pedroni

A MAÇÃ PROIBIDA:
a ausência de tutela jurídica para as famílias simultâneas.

Porto Alegre
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

Gabriela Pedroni

A MAÇÃ PROIBIDA:

a ausência de tutela jurídica para as famílias simultâneas.

Trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Roberta Baggio

Porto Alegre

2013

Gabriela Pedroni

A MAÇÃ PROIBIDA:

a ausência de tutela jurídica para as famílias simultâneas.

Trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada pela Banca Examinadora em 16 de dezembro de 2013

BANCA EXAMINADORA:

Professora Roberta Baggio

Orientadora

Professor Rodrigo Valin

Professor Paulo Macdonald

A maçã

Se esse amor
Ficar entre nós dois
Vai ser tão pobre amor
Vai se gastar...

Se eu te amo e tu me amas
Um amor a dois profana
O amor de todos os mortais
Porque quem gosta de maçã
Irá gostar de todas
Porque todas são iguais...

Se eu te amo e tu me amas
E outro vem quando tu chamas
Como poderei te condenar
Infinita tua beleza
Como podes ficar presa
Que nem santa num altar...

Quando eu te escolhi
Para morar junto de mim
Eu quis ser tua alma
Ter seu corpo, tudo enfim
Mas compreendi
Que além de dois existem mais...

Amor só dura em liberdade
O ciúme é só vaidade
Sofro, mas eu vou te libertar
O que é que eu quero
Se eu te privo
Do que eu mais venero
Que é a beleza de deitar...

Quando eu te escolhi
Para morar junto de mim
Eu quis ser tua alma
Ter seu corpo, tudo enfim
Mas compreendi
Que além de dois existem mais...

Amor só dura em liberdade
O ciúme é só vaidade
Sofro, mas eu vou te libertar
O que é que eu quero
Se eu te privo
Do que eu mais venero
Que é a beleza de deitar...

Raul Seixas

Dedico esse trabalho aos meus pais e às minhas irmãs por me ensinarem o sentido de uma família eudemonista.

Em especial à minha mãe pela cumplicidade ao longo de todos esses anos.

Agradeço ao Rodrigo por permitir compartilhar minhas ideologias através de nossas vivências

Agradeço à Raquel por me salvar de todas as formas possíveis e por fazer desse trabalho uma possibilidade de mudança.

À Carol e à Fran que, muito mais que colegas, foram minha família baseada no afeto.

RESUMO

A presente monografia tem como tema as famílias simultâneas no que diz respeito à tutela das múltiplas conjugalidades, tanto nos casos em que há casamento, quanto nos casos de companheirismo. Primeiramente, fará uma análise das bases legais do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como marco a Constituição Federal de 1988, e, após, discorrerá sobre a legislação infraconstitucional, traçando um paralelo com o Código Civil de 1916. Posteriormente, passa-se ao exame da monogamia como elemento estruturante das sociedades ocidentais e as suas interferências legislativas, como forma de adentrar as possíveis resoluções dos casos de simultaneidade familiar, a partir de uma visão doutrinária. Por fim, far-se-á levantamento jurisprudencial das decisões sobre o tema no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificando suas respectivas correntes.

Palavras-chave: Família. Simultaneidade. Monogamia. Pluralidade.

ABSTRACT

This monograph is themed concurrent families with regard to the protection of multiple conjugalities, both in cases where has a marriage, as in cases for companionship. First, will make an analysis of the legal bases of Brazilian law, and based on the Federal Constitution of 1988 and after, will discuss the constitutional legislation, drawing a parallel with the Civil Code of 1916. Later, go pass to the examination of monogamy as a structuring element of Western societies and its legislative interferences, as a way of entering the possible resolutions of cases of simultaneous families, from a doctrinal vision. Finally, will make itself the survey the judicial decisions on the issue before the Court of Justice of Rio Grande do Sul, checking their respective currents.

Keywords: Family. Concurrency. Monogamy. Eudaimonism. Plurality.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. Introdução..... | 8 |
| 2. Direito das famílias contemporâneo..... | 13 |
| 2.1. A abertura constitucional de 1988..... | 16 |
| 2.2. As mudanças familiares na legislação infraconstitucional brasileira..... | 22 |
| 3. A monogamia e a simultaneidade familiar..... | 29 |
| 3.1. Monomania..... | 29 |
| 3.2. Família e famílias..... | 34 |
| 4. Consequências jurisprudenciais..... | 44 |
| 4.1. Da ausência de reconhecimento frente ao princípio da monogamia..... | 44 |
| 4.2. O reconhecimento de uniões dúplices..... | 49 |
| 5. Conclusões..... | 55 |
| Referências..... | 58 |

1. Introdução

O direito de família contemporâneo teve diversas transformações ao longo dos anos, tendo suas bases renovadas com a implementação de novos princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

Como fundamento de todo o regime jurídico e social brasileiro temos a dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º da Carta Política de 1988, a qual deverá ser observada para a constituição da justiça. É a partir da pessoa que devemos olhar para as relações familiares, isto, é, a família formada pelas pessoas que dela fazem parte e que dela absorvem os ideais de felicidade, contrapondo a visão de família enquanto instituição abstrata.

É através da busca da felicidade dos seres humanos nas relações familiares que está fundado o direito familiar contemporâneo. A família institucional que era mantida sem considerar a felicidade de seus membros cedeu lugar para a família eudemonista, que apenas será mantida pela vontade dos indivíduos na medida em que contemplar seus desejos e na busca de bem estar.

Desta forma, através desse estudo pretendemos observar todos os indivíduos envolvidos nesses entrelaces familiares sem privilegiarmos um sujeito em detrimento de outro. Para tanto, pretende-se trazer para o centro das discussões aqueles indivíduos que foram invisibilizados pelo direito, na tentativa de que a sua dignidade humana seja garantida pelos operadores do direito.

Ao tratarmos do tema da simultaneidade familiar estaremos adentrando em um campo controverso, calcado por significados até então conservadores, de forma que a família tradicionalmente descrita no campo legal era privilegiada, isto é, a família nuclear burguesa, visto que seus pressupostos que eram estendidos para os demais arranjos familiares.

Implementou-se na ordem constitucional o princípio do pluralismo familiar, as constituições brasileiras anteriores estabeleciam um único modelo familiar como passível de tutela jurídica, contudo a Carta Política de 1988 rompeu com este

modelo ao colocar sob tutela as famílias, não apenas aquelas decorrentes do casamento. Consagrou expressamente a união estável e as famílias monoparentais, porém, não apenas isso, protegeu a família sem defini-la, deixando aberta sua proteção para todas as famílias faticamente estabelecidas.

A família matrimonializada cedeu seu lugar de exclusividade no direito de família para ser colocada como uma das formas familiares protegidas pelo direito, porém, ainda que tenha perdido sua posição unitária, o direito ainda tem suas raízes no casamento, o que reverbera na aceitação de outros arranjos familiares que contrapõe seu dogma mais arcaico: a monogamia.

Ademais, as famílias dentro da sociedade brasileira são constituídas de forma plural, sendo possível verificar a formação de diversos arranjos familiares. Arranjos estes que são elaborados espontaneamente, independentes da interferência estatal, mas que neste buscam a sua proteção.

Sendo exatamente este o ponto a ser tratado por esta monografia: arranjos familiares que não estão descritos nos textos legais, mas que procuram no judiciário uma forma de resolução de conflitos. Ao buscarem uma forma de proteção não partem das normas legais que estão postas, e, sim, da realidade fática em que se encontram.

No entanto, os operadores do direito não podem olvidar-se de resolver estas situações alegando ausência de normas legais que tratem especificamente desses arranjos, deverá, portanto, solucionar estas demandas com base nos ditames legais e constitucionais que o ordenamento jurídico possui, tendo como princípio a efetivação da dignidade das pessoas envolvidas neste conflito.

A simultaneidade familiar caracteriza-se pelo envolvimento de uma mesma pessoa em dois ou mais núcleos familiares. Diversos podem ser os arranjos em que esta situação poderá se fazer presente, porém faremos o recorte neste trabalho acerca da simultaneidade das relações na perspectiva da conjugalidade.

Na doutrina, quando se trata deste tema, duas situações são as mais evidentes: a simultaneidade na perspectiva da relação entre pais e filhos e a simultaneidade na perspectiva das relações conjugais. Será dessa segunda forma familiar que o presente trabalho se restringirá, que poderão ser verificadas como a forma da bigamia, de casamento paralelo à união estável ou, ainda, duas uniões estáveis concomitantes.

A realidade fática desses arranjos familiares é caracterizada, na maioria dos casos, por um homem na posição de elo entre as duas famílias, isto é, um homem se relacionado concomitantemente com duas mulheres. Ressaltamos que os termos mulher e homem nesse trabalho deverão ser entendidos como indivíduos com identidade de gênero masculina e feminina, respectivamente, e não a partir da definição biológica de sexo. Ademais, entendemos que estes indivíduos são culturalmente construídos para desempenharem estes papéis, os quais geraram historicamente desigualdade entre eles, sendo sintomático o fato dos homens estarem na posição de duplicidade familiar.

Nesse sentido, o desafio que se impõe é de encontrar uma solução justa para a resolução dos casos de múltiplas conjugalidades, tendo como elemento central o princípio da dignidade da pessoa humana. A tentativa será de apreensão dessas formas familiares com o intuito de garantir que esse princípio seja efetivado de maneira mais completa possível para todos os elementos desta relação. Com isso, queremos dizer que um dos elementos não poderá ter sua dignidade completamente reduzida para a efetivação da dignidade de outro componente da relação.

Por conseguinte, o primeiro capítulo tem como objetivo elencar as bases teóricas utilizadas para que, posteriormente, a partir desses pressupostos, possamos analisar as situações de simultaneidade familiar e como poderá ser elaborada suas resoluções. Para tanto, analisar-se-á o direito das famílias contemporâneo, quais são os seus fundamentos e inovações em relação aos antigos dispositivos legais, para que possamos verificar a porosidade existente no nosso sistema que possibilite a apreensão de formas familiares não convencionais.

Assim, começaremos com a observação da Constituição Federal de 1988, quais as inovações teóricas trazidas para o direito, mais especificamente, para o direito das famílias. Sendo relevantes os meios pelos quais se darão a aplicação de seus princípios nos casos concretos, como forma de maximizar a efetivação dos seus ditames legais, através de sua interpretação sistemática.

Após, tentaremos estabelecer um paralelo entre o Código Civil de 1916, que era o parâmetro de aplicação das normas de direito no século anterior, e o Código Civil de 2002 e as normas infraconstitucionais não codificadas. Observando historicamente as transformações ocorridas nos textos legais, o que possibilita o entendimento da mentalidade que muitas vezes não se mostra superada.

Já o segundo capítulo iniciará com uma abordagem sociológica do tema, passando pelo elemento central para a discussão sobre o reconhecimento, ou não, das famílias paralelas, qual seja a monogamia. A monogamia estará sendo tratada tanto numa perspectiva social, quanto em seus pressupostos legais.

A partir disso, passaremos para o tema da simultaneidade familiar e suas possíveis resoluções. Quais os pressupostos para a sua caracterização e como consequência sua configuração de efeitos jurídicos. Através de uma linha teórica, tentaremos expor as linhas doutrinárias presentes no direito pátrio, ao mesmo tempo em que incitamos as críticas existentes, como forma de encontrar o melhor tratamento para os casos de paralelismo familiar.

Para finalmente, no último capítulo, observarmos como o judiciário tem solucionado estas demandas. Para tanto, a metodologia utilizada deu-se através do levantamento dos julgamentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos últimos anos. Este recorte ocorreu como forma de análise delicada dos argumentos exposto pelos Desembargadores, que, mesmo regionalmente delimitados, expõem pontos de vista presente nos demais âmbitos jurisprudenciais brasileiros. Além disso, este tribunal historicamente se coloca como inovador no tratamento de questões de direito familiar, sendo em decorrência disso significativo e interessante essa delimitação.

A partir dessa introdução, passamos a explicar de forma aprofundada as particularidades dos casos de conjugalidades múltiplas, as bases legais e sociológicas que nos permitirão auferir a possibilidade de apreensão jurídica desta realidade familiar.

2. Direito das famílias contemporâneo

O direito de família contemporâneo é totalmente diverso daquele que existia no Século XX, seus paradigmas e seus alicerces foram transformados, arcaicos dogmas e preconceitos estão sendo deixados para trás, trazendo uma nova forma de ver a família.

O Estado sempre se colocou de maneira a determinar a forma que as pessoas deveriam se relacionar no âmbito familiar, ao tutelar apenas as relações provindas do casamento, escolhendo uma única forma familiar a surtir efeitos jurídicos. Colocando, deste modo, todas as outras relações afetivas na margem, de forma a consubstanciar inúmeras injustiças.

É importante destacar, de forma breve, que tal escolha legislativa teve amparo na doutrina religiosa hegemônica que existia na época. Mesmo que em nosso texto constitucional esteja formalmente estabelecida a laicidade do Estado, a influência dos dogmas romano-cristãos se infiltrou na forma da ordenação das famílias de modo impor um modelo de família que esta entendia como legítimo.

A influência religiosa gerou grande impacto no modo de agir e de pensar das sociedades, além de estabelecer suas próprias regras acerca do que seria socialmente aceitável. No caso, a moral pregada pela igreja era de que o casamento seria a sagrada união entre um homem e uma mulher, indissolúvel e monogâmica. Desde então, restou instalada no sistema jurídico ocidental as regras de monogamia e de indissolubilidade das uniões. (FACCENDA, 2011, p. 12)

Ao percebermos as diretrizes que foram dadas para a elaboração dos textos normativos brasileiro resta clara a influência dos princípios religiosos, tendo o legislador dificuldade em apreender a realidade social das famílias brasileiras, que sempre foram plurais, mesmo que não representadas nos dispositivos normativos. (SILVA, 2012, p. 13)

É interessante questionarmos a interferência do Estado na propositura de um padrão de família, se não único, adstrito àqueles taxativamente mencionados, posto que a delimitação de forma fechada sempre acarretará algum modo de exclusão.

Talvez não mais existam razões, que morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. (DIAS, 2011, p. 29)

Como afirma Maria Berenice Dias, ainda que o Estado tenha interesse na preservação da família, cabe indagar em que medida este possui legitimidade para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas determinando a forma de seus relacionamentos. E conclui afirmando que é necessário redesenhar o papel do Estado, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na prática, um papel minimizante de sua faceta interventora no seio familiar. (DIAS, 2011, p. 30)

Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p. 164) apresenta um ponto de vista inovador ao falar em Direito de Família Mínimo, estudando a aplicação da autonomia privada no campo do direito familiar, considerando que as pessoas são livres para planejar a sua forma familiar da maneira que entenderem.

Neste íterim, consideramos que a intervenção estatal deve ser apenas no sentido da proteção e não em uma perspectiva de exclusão. (SILVA, 2012, p.12) Na medida em que o direito de família elenca modelos de família que irão receber a sua chancela, exclui as diversas formas de se constituir família de sua proteção.

Assim, faz-se necessário que o Direito abandone a sua pretensão de delimitar os relacionamentos afetivos e passe a abarcar a realidade, deixando para trás os modelos pré-determinados e apreendendo as famílias existentes em suas pluralidades, pautado pelos princípios constitucionais que as regem. (SILVA, 2012, p. 45/46)

Em termos sociológicos, a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierárquico e independente de laços consanguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados. (MORAES, 2006, p. 617.)

Por conseguinte, visualiza-se uma mutação na perspectiva do direito das famílias, que ocorreu de forma gradual ao longo das últimas décadas, trazendo novos alicerces para este ramo do ordenamento pátrio, tendo como marco principal dessa metamorfose a Constituição Federal de 1988. A começar pela sua funcionalização dentro do ordenamento, sendo muito mais eficiente e penetrante, com o intuito de maximização da incidência de seus princípios.

Houve uma inversão na hermenêutica jurídica brasileira com o advindo do princípio da interpretação conforme a Constituição, ou seja, o jurista deve interpretar o Código Civil conforme a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência. (LÔBO, 1999, p. 103)

O princípio da unidade da ordem jurídica considera a Constituição como o contexto superior das demais normas, devendo as leis e as normas secundárias serem interpretadas em consonância com ela, configurando a chamada interpretação sistemática. (GALIA, 2004, p; 104)

Assim, na atualidade não cabe mais demarcar espaços dicotômicos, em decorrência da unidade hermenêutica, sendo que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado de maneira sistemática, sendo a constituição o “ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil”. (LÔBO, 1999, p. 103)

Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do interprete em concordância com os valores e interesses por ele abrigados. Daí a necessidade de revisitar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-se para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica. (DIAS, 2011, P. 62)

Consideramos o entendimento que busque extremar, de forma absoluta, o campo de incidência direta da Constituição Federal na resolução dos casos concretos, em consonância com as regras do Código Civil, utilizando os princípios constitucionais para a ampliação destas regras como forma de efetivar os fundamentos constitucionais. (RUZYK, 2005, p. 19/20)

Trata-se de uma constitucionalização do direito civil, visto que a constituição fornece o norte para a interpretação de todo o sistema jurídico. Rompendo com a visão de que a constituição seria apenas guia do legislador na elaboração de novos diplomas infraconstitucionais, sendo o Código Civil a Constituição da vida privada.

(GALIA, 2004, p. 89)

Por isso, a aplicação de qualquer norma jurídica de direito de família exige a presença de fundamento de validade constitucional. (DIAS, 2012, p. 36). Não é mais admitido que uma norma infraconstitucional, na aplicação do caso concreto, seja contrária aos princípios constitucionais, isto é, essa só terá validade em sua aplicação na medida em que se encontra preenchida pelos fundamentos do Estado Social.

As normas constitucionais devem ser consideradas como coesas e mutuamente imbricadas, não se interpretando determinada regra isoladamente, pois a Constituição é documento supremo de uma nação, estando às normas em iguais condições. Norma alguma poderá se sobrepor à outra, para afastar o seu cumprimento, uma vez que cada norma subsuma-se e complementa-se com princípios constitucionais, neles procurando encontrar seu perfil último. (DIAS, 2011, p. 37)

Para tanto, evidente a necessidade de apreciação dos princípios constitucionais para, posteriormente, auferir as transformações na legislação infraconstitucional na forma de interpretação unificada destes ditames de modo observar o tratamento adequado para as famílias simultâneas.

2.1. A abertura constitucional de 1988

As bases legais atuais foram alternadas, os arcaicos dogmas do direito das famílias estão sendo revogados para entrar em cena uma nova perspectiva mais acolhedora e menos repressiva das relações afetivas.

A Constituição Federal de 1988 é considerada pela doutrina brasileira, em suas mais diversas áreas, como protagonista na nova ordem brasileira, considerando que teve a capacidade de “entender as demandas sociais e promover mudanças principio lógicas há muito esperadas pela sociedade”. (SILVA, 2012, p.20)

Têm no seu âmago os direitos humanos como fundamento para a vida social. E, nas palavras de Sérgio Resende de Barros, o direito de família é o mais humano dos direitos, pois é aquele que lida com as relações mais íntimas da pessoa. (2004,

p. 607). É na família que o ser humano se forma e é nela que obtém o suporte para o seu crescimento, sendo fundamental que essa visão humanitária esteja presente na efetivação dos direitos do cidadão.

Já em seu artigo primeiro a Constituição demarca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, princípio que deverá nortear todo o ordenamento jurídico.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Desta forma, a constituição traz para o centro de todo ordenamento jurídico brasileiro a pessoa humana, garantindo a sua dignidade. O princípio da dignidade da pessoa humana seria um macro princípio de onde decorrem todos os outros: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, solidariedade, entre outros. Invertendo, assim, a lógica patrimonialista do Direito, para colocar a pessoa numa posição central deste. (DIAS, 2011, p. 62)

Corroborado a isso, o legislador rompe com o modelo unitário e consagra o princípio da pluralidade familiar. Deixando de privilegiar uma única entidade familiar para ampliar o seu conceito, protegendo de forma extensiva da família. Esses novos parâmetros incorporados ao direito de família decorrem de uma interpretação sistemática da constituição.

Anteriormente, o direito brasileiro consagrava como única forma possível de família aquela que fosse matrimonializada. Apenas recebia tutela jurídica as organizações familiares que provinham do casamento, todas as outras formas eram condenadas à invisibilidade. Paulatinamente o direito, através, principalmente da jurisprudência, foi alargando o conceito de família, ao trazer para o direito familiar outros arranjos afetivos que não estavam previstos na legislação expressa, como, por exemplo, a união estável.

É interessante destacar que antes da positivação a aceitação da união estável

como entidade familiar era limitada. Seu tratamento pelos operadores do direito, na maioria dos casos, não era de inclusão no direito das famílias, mas de equiparação à sociedade de fato, transferindo tal relação para o direito obrigacional. Interessante referir tal elemento visto ser oferecido tratamento semelhante às famílias simultâneas pelo judiciário.

A família foi identificada pela nova carta magna como a base da sociedade, merecendo por isso a proteção do Estado, conforme caput do artigo 226¹. O legislador com esta semântica, não definiu qual entidade familiar receberá esta proteção, em decorrência disso, entendemos que merecem proteção todos os arranjos familiares. Ademais, notória é a supressão da locução “constituída pelo casamento” existente no art. 175 da Constituição de 1967-69, demonstrando que o casamento não é única forma possível de constituição da família juridicamente tutelada. (LÔBO, 2002)

Ainda no artigo 226, em seus parágrafos², incorpora-se, definitivamente, a união estável e as famílias mono-parentais ao direito de família, colocando termo na discussão sobre a tutela jurídica desses institutos.

Tais inovações no direito de família projetam discussões sobre a interpretação destas normas, se família seriam apenas aquelas expressamente definidas na constituição ou se este rol seria apenas exemplificativo. Entendemos tratar-se de normas de inclusão, como forma de tutelar as mais diversas formas familiares, não apenas aquelas definidas expressamente. Rompendo, assim, a tradição de unicidade e de proteção apenas dos indivíduos matrimonializados.

Para corroborar este entendimento, no parágrafo 8º do mesmo artigo,³ a constituição consagra a proteção da família na pessoa de seus indivíduos. Assim, não está mais a proteger a família enquanto instituição abstrata, mas, sim, os

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

² § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

³ § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

indivíduos que dela participam. Deste modo, a Constituição mudou o foco para as pessoas que integram a família, rompendo com a tradição ocidental e das constituições anteriores de proteção da instituição família.

O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias “ilícitas”, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. (LÔBO, 2002)

Com essa mudança de foco, a proteção do Estado se dará com objetivo de garantir a dignidade das pessoas que estão dentro da família, não sendo possível que em nome da família abstrata se afaste o bem estar dos membros daquela entidade familiar. Não se justifica mais que uma situação familiar seja mantida em detrimento da felicidade e do bem estar daquelas pessoas que compõem tal núcleo.

Em consonância com esses pressupostos, seria incoerente tutelar apenas de determinadas famílias, aquelas taxativamente descritas nas normas, para deixar desamparadas as demais formas familiares. Afinal, tal exclusão refletiria nas pessoas que as integra, por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. (LÔBO, 2002)

Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. (LÔBO, 2002)

Isto posto, o bem estar dos indivíduos que a compõe se sobrepôs ao que ocorria anteriormente, isto é, o privilégio do vínculo matrimonial sobre a vontade dos indivíduos. Sendo que, a afetividade passa a ser o elemento central para a manutenção da família.

Com o reconhecimento de novos vínculos familiares, a formalização do divórcio, a igualdade entre os companheiros, a vedação de discriminação entre filhos biológicos e adotivos, temos um direito de família voltado para a realização afetiva das pessoas, diferente do que acontecia anteriormente, que se privilegiava a instituição, na forma de vínculos vitalícios e da ausência de proteção dos indivíduos

que não se enquadravam no modelo matrimonial.(DIAS, 2011, p. 62)

Embora a palavra afeto não esteja explícita na Constituição, ao ter reconhecido a união estável como merecedora de tutela jurídica, sendo apenas a afetividade que une duas pessoas, sem maiores componentes institucionais, significa que a ordem jurídica está voltada para o interesse de seus membros em detrimento da institucionalização da relação afetiva.

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Despontam novos modelos de família mais igualitária nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo, na expressão de Michel Perrot. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa concepção eudemonista da família, que progride à medida com que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão do afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, de família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas. (DIAS, 2011, p. 70)

Assim, a família começa a ter outro significado na sociedade e no direito, não sendo mais o indivíduo que existe para a família, mas a família que existe para o seu desenvolvimento pessoal, na busca pela sua felicidade. (FERRARINE, 2010, p. 73)

Entra em cena a família eudemonista, que identifica a família pelo vínculo afetivo, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. Essa nova forma familiar apenas foi possível ser pensada na medida em que a família hierarquizada cedeu lugar à família democrática. Esta família democrática coloca seus membros em um patamar de igualdade, sem colocar o homem em uma posição mais elevada que a mulher e os demais membros familiares.

O princípio da igualdade também desconstrói o modelo patriarcal instituído nos protótipos legais familiares. Nas legislações brasileiras anteriores, os homens detinham uma posição hierarquicamente superior em relação aos demais membros, inclusive à mulher, que foi encerrada em uma colocação subalterna. Entretanto, tais elementos foram abolidos dos diplomas legais, para colocar em seu lugar a

igualdade de gêneros em nossos fundamentos jurídicos⁴.

Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macro princípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada. (LÔBO, 2002)

Deve ser garantido às pessoas escolherem a forma de relacionamento afetivo que desejarem, sem que para isso sejam privadas da tutela estatal. O que por muitos séculos ocorreu foi um intervencionismo excessivo por parte do Estado na forma como as pessoas se relacionam, ao tutelar apenas uma forma familiar, o Estado impõe um padrão a ser seguido.

Este padrão deve ser rompido, pois a liberdade de escolha se sobrepõe ao interesse do estado em determinar a relação afetiva das pessoas. Por diversos séculos a única forma juridicamente tutelada era forma da família constituída pelo casamento, o que representava a ausência de liberdade das pessoas decidirem sobre suas vidas, visto que integrar uma entidade familiar que não fosse a modelo significaria a exclusão dos efeitos do mundo jurídico.

Portanto, verificamos que os princípios fundamentais constitucionais revolucionaram o direito das famílias, na medida em que delimitou uma roupagem nova para velhos institutos e abriu a possibilidade de aferição de outros arranjos familiares, na medida em que abandonou a proteção exclusiva do casamento.

Os princípios constitucionais acerca da família, sobretudo o que rompe com a rigidez dos modelos ao instituir a pluralidade, e o eudemonismo, que implica a proteção da família na pessoa, e no interesse de cada um de seus membros – que também dificulta o estabelecimento de modelos fechados, na medida em que rompe com uma concepção institucionalizada da família – proporcionam a necessária abertura para que realidades familiares não descritas estritamente pelo direito positivo possam ser reputadas como

⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

juridicamente relevantes. (RUZYK, 2005, p. 65/66)

A seguir, passaremos a analisar os ditames infraconstitucionais, numa perspectiva constitucional, visto que, suas normas devem ser lidas com base nos princípios acima elencados, visto ser a interpretação conforme a constituição um princípio do ordenamento brasileiro – e também deste trabalho.

2.2. As mudanças familiares na legislação infraconstitucional brasileira

Na esteira da Carta Política de 1988, o Código Civil de 1916 era dissoante da nova ordem, o que fez emergir a elaboração do Código de 2002. Este “apresentou-se mais avançado do que o anterior, ainda que se possa dizer que estes avanços não são homogêneos. No entanto, não há como negar que a atualização foi produtiva, mesmo diante de algumas falhas”. (BUCHE, 2011, p. 04)

Na verdade, projeto original do código atual data de 1975, tramitou no Congresso Nacional antes de ser promulgada a Constituição Federal de 1988. Assim, todo o arcabouço de novidades trazidos por esta constituição, inovando o formato do direito de família foi incorporada ao código através de modificações e retaliações, muitas para tentar se adequar aos novos paradigmas constitucionais. Por isso, este instrumento não se trata de algo inovador, visto que em sua gênese contêm a mesma forma arcaica e tradicional de encara as relações familiares.

Para que entendamos melhor os dispositivos codificados, precisamos fazer um paralelo com o Código Civil de 1916, como forma de verificar as mudanças que ocorreram e porque a mentalidade dos juristas em relação às famílias, na maioria das vezes, se apresenta de forma a privilegiar apenas os modelos expressos e terem como centro do direito de família o casamento⁵.

A família patriarcal⁶, hierarquizada e machista foi o modelo que imperou na codificação anterior, a partir da visão de família trazida pelas elites brasileiras

⁵ Como afirma Maria Berenice Dias, por muito tempo o direito de família foi confundido com o direito sobre o casamento, m decorrência da posição central e unitária que possuía nas antigas legislações.

⁶ Segundo Regina Navarro Lins “o patriarcado é uma organização social baseada no poder do pai, e a descendência e o parentesco seguem a linha masculina. As mulheres são consideradas inferiores aos homens e, por conseguinte, subordinadas à sua dominação.”

daquele período, centrada num modelo matrimonial, inferiorizando, assim, os demais arranjos familiares que não se enquadravam no texto institucionalizado. (BERTUOL, 2012, p. 18/19).

Essa família celebrada, santificada, fortalecida era também uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Da família, ele era a honra, dando-lhes 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 os direitos ao trabalho em função do sustento dos filhos e das necessidades da economia familiar. Família ambígua, essa só século XX! Ninho e ninho, refúgio caloroso, centro de intercâmbio afetivo e sexual, barreira contra agressão exterior, enrustida em seu território, a casa, protegida pelo muro expresso 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. (PERROT, *apud* FERRARINI, 2009, p. 53/54)

Esses eram os locais predeterminados do homem e da mulher, dentro e fora da família. Foi a partir dessa mentalidade que se fundamentou o código passado, observados em seus dispositivos legais, translúcidos acerca de sua ideologia.

Podemos citar a condição de relativamente incapaz da mulher casada⁷, ou ainda, o exercício da chefia da sociedade conjugal pelo marido, tendo repercussões em diversos ramos, como na esfera patrimonial, na detenção do pátrio poder e na definição do domínio conjugal⁸. (RUZIK, 2005, p. 155) Sendo que a mulher, para

⁷Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:
II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

⁸Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

exercer diversos atos da vida pública, necessitava de autorização do marido. Além disso, em caso de divergência entre os progenitores prevaleceria a vontade do pai⁹.

A submissão da mulher pelo homem teve como pressuposto a manutenção do matrimônio, valendo-se de todos os artifícios para que esta se mantivesse cercada dentro do domicílio privado, tendo como seu superior o próprio marido. Visto que para a garantia da hereditariedade da prole era uma preocupação constante, ainda mais em decorrência da ausência de meios de investigação de paternidade presentes atualmente.

Para a manutenção do matrimônio, a legislação se valia de diversos mecanismos institucionais, “impedia sua dissolução, fazia distinção entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações”. (DIAS, 2012, p. 30).

A unidade familiar instituída apenas pelo casamento também apontou seus efeitos para o estado de filiação. De certo, os filhos havidos fora do casamento não recebiam a devida tutela jurídica, sob o argumento de que seriam frutos de relações igualmente não albergadas pelo ordenamento jurídico pátrio. (FERREIRA, 2012, p. 8)

Por conseguinte, o tratamento dos filhos havidos fora do casamento era claramente discriminatório. O Código Civil, de maneira punitiva, distinguia entre filhos legítimos e ilegítimos. Esse tratamento discriminatório foi sendo paulatinamente superada, sendo percebidas as mudanças legislativas entre as décadas 40 e 70, que trouxeram formas de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, sendo consagrada a igualdade dos filhos com a promulgação da Constituição. (RUZYK, 2005, p. 158.159)

Outro avanço legislativo, de certo modo, ocorreu com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, devolvendo a plena capacidade à mulher casada e assegurou a propriedade dos bens adquiridos pelo seu trabalho, sendo bens reservados. (DIAS, 2012, p. 30)

⁹Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Desta forma, evidente era a prioridade do ordenamento jurídico em garantir a manutenção do vínculo matrimonial, extraindo-se, daí, um sentido institucionalista, podendo ser denominado transpessoal: a família é colocada como instituição, sendo mais importante que a felicidade dos membros que a compõem. (RUZIK, 2005, p. 18)

A característica da transpessoalidade, por sua vez, referia-se à constante busca pela manutenção da sociedade conjugal, mesmo que para isso tivesse que se sacrificar a vontade dos seus integrantes. (FERREIRA, 2012, p. 09)

Esse modelo familiar está centrado na proteção da família em uma dimensão abstrata, que se desprende da realidade concreta. Assim, os membros que a compõem desempenham papéis anteriormente delimitados, que são claramente delineados por esta estrutura legal e social: o papel de marido/pai, esposa/mãe, filho. A lei não protegia o indivíduo, mas o papel familiar que esse sujeito ocupa. (RUZIK, 2005, p. 21)

A norma não foi elaborada no sentido de apreender uma realidade anteriormente existente, embora esses papéis fossem (e são) exercidos por muitos núcleos familiares, mas de fazer com que as pessoas se enquadrem nesse modelo. Os demais arranjos familiares não devem ser tutelados juridicamente, cabendo a estes sua marginalização e exclusão.

O dado afetivo não ingressa no âmbito da abstração, trata-se de circunstância que não diz respeito às funções institucionais do ser transpessoal ao qual se visa proteger. Essa “metafísica” da família torna irrelevante a felicidade concreta de seus membros: esta é, quiçá, presumida pela estabilidade funcional do todo, emposta a *forceps* por regras discriminatórias de filiação dita ilegítima e pela indissolubilidade do vínculo matrimonial – em consonância com a unicidade do modelo centrado na família matrimonializada. (RUZIK, 2005, p. 22)

Neste ordenamento jurídico do século passado, em decorrência de seu caráter fechado e unitário, a possibilidade de apreensão da simultaneidade familiar era impensada, não havia qualquer abertura legislativa que permitisse a repercussão de efeitos no mundo jurídico. O ingresso simultâneo de alguém em dois núcleos é disfuncional, na medida em que pode vir a prejudicar o desempenho de seus papéis, expressos mediante deveres específicos, direcionados à proteção da família, tal como esquadrihada em abstrato. (RUZYK, 2005, p. 23)

Trata-se, como se vê, de um sujeito virtual, construído por meio de conceitos expressos na lei, e que se perde no âmbito da estrutura conceitual maior, que determina a conformação dos modelos, e que consiste na relação jurídica. Como observa Orlando de Carvalho, o BGB transforma a pessoa em sujeito abstrato, que só tem sentido se inserido como mero elemento da relação jurídica. (RUZYK, 2005, p. 25)

Porém, o ordenamento jurídico atual possui em suas bases outros fundamentos e formas de verificar a família e seus integrantes, como demonstrados anteriormente com a análise constitucional. Por mais que, as disposições sobre a união estável e, mais especificamente, sobre o casamento ainda tenham em sua gênese a família nuclear.

Como dito anteriormente, o Código Civil de 2002 tem seu olhar voltado para o passado, tendo como fundamento modelos abstratos da relação jurídica, mas ainda assim conseguiu contemplar muitas das transformações trazidas pela carta maior. Abandonou a unidade na forma familiar, não se baseando apenas no casamento, ao abarcar a união estável também como merecedor de tutela jurídica, incluindo ela dentro do capítulo de direito familiar, deixando de ser colocada como mera relação patrimonial.

Ainda consagra o princípio da igualdade, tanto entre os cônjuges e companheiros (as), quanto entre os filhos. Desta forma, na família não há mais um hierarquização do homem sobre a mulher, pelo menos do ponto de vista legal, isso porque ainda lutamos para que culturalmente seja consagrada. Quanto à filiação percebemos também a mudança jurisprudencial, em que muitas vezes a filiação afetiva se prevalece em relação à filiação biológica.

A partir destes elementos, a interpretação que fizemos deste código é a incorporação da racionalidade eudemonista, privilegiando um interesse humanista sobre a abordagem institucional do vínculo familiar. Sendo expresso, por conseguinte, com a admissão do divórcio na forma de romper por inteiro os vínculos matrimoniais. (RUZYK, 2005, p 164)

É, entretanto, um Código que, diante das circunstâncias materiais da contemporaneidade, não pode mais sustentar uma pretensão de completude. Isso reforça a proeminência dos princípios

constitucionais, qual é 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 entidades familiares, uma vez que a perspectiva codificada é limitada ao casamento e à união estável – este topograficamente relegada a um lugar secundário na própria redação do Código Civil. (RUZIK, 2005, p. 164)

Corroborado a isso, o Código Civil foi perdendo o seu viés de completude ao serem introduzidas à legislação pátria leis extravagantes, que disciplinam de forma mais aprofundada diversos temas do direito. Com isso, “tornou-se difícil se pensar em unir todas as partes num corpo legislativo único”, quebrando, desta forma, o enquadramento do código enquanto sistema fechado. (GALIA, 2004, p. 95)

Surgiram no direito os chamados microssistemas, que não são tão abrangentes quanto uma codificação (e nem tem esse anseio), “disciplinando de forma especializada e ampla determinados temas”. (GALIA, 2004, p. 94). Como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Maria da Penha, entre outros.

Fixa-se uma nova racionalidade do pós-moderno, do plural, vinculada não mais ao raciocínio silogístico frio com base numa Constituição do Homem Privado, mas sim ao raciocínio tópico emancipador, interligando os microssistemas à Constituição, que lhes confere unidade axiológica. (GALIA, 2004, p. 96)

É através desses microssistemas, que visualizam as definições de famílias que estão condizentes com os fundamentos constitucionais e que apresentam na base para a sua constituição o afeto e a vontade das pessoas em constituírem família.

A primeira lei a consagrar a família conforme o perfil contemporâneo foi a Lei Maria da Penha, em 2006, trazendo importante inovação ao ordenamento jurídico nacional ao estabelecer que a família deva ser “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”¹⁰. (RENDWANSKI, 2012, p. 45)

Destaca-se que referido dispositivo considera família não apenas a comunidade tida como tal pelo ordenamento, mas também aquela na qual os seus componentes se consideram aparentados. Dessa forma,

¹⁰Art. 5º, inciso II da Lei 11.340/06.

pode-se afirmar que a Lei Maria da Penha consagra, pela primeira vez, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é construída por imposição da lei, mas sim por vontade de seus próprios membros. Com isso, não se pode mais limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional, visto que lei nova alargou seu conceito. (RENDWANSKI, 2012, p. 45)

Portanto, as inovações ocorridas na legislação brasileira, tanto constitucional, quanto infraconstitucional, denotam as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, sendo que a análise das relações de simultaneidade familiar partirá destes pressupostos legislativos, como veremos no capítulo subsequente.

3. A monogamia e a simultaneidade familiar

Para adentrar no tema da simultaneidade familiar no ordenamento jurídico, devemos, antes, contextualizar pressupostos mais estáveis nas relações familiares, ou seja, aqueles elementos que mesmo diante das grandes alterações conjuntarias da sociedade foram, em mais ou menos grau, mantidos.

Dentro desse contexto, cabe uma análise compartimentada da importância da monogamia nas relações afetivas ao longo do tempo, bem como seus efeitos, em especial para o direito. O presente estudo não tem o condão de encerrar o debate a cerca deste tema, visto que é de grande extensão sua compreensão, mas apenas apontar como esta norma moral – e também jurídica – está presente no imaginário social.

Ademais, cabe destacar o enfoque que será dado para este tema, não apenas analisar a monogamia de uma forma geral, mas como esta norma é colocada de forma diferente para homens e mulheres dentro das relações, tendo como pressuposto uma abordagem feministas para fazer esse recorte.

Em seguida, far-se-á uma abordagem sobre a simultaneidade familiar no âmbito do direito e quais as suas consequências jurídicas, expondo os argumentos dos doutrinadores brasileiros sobre o tema, buscando, para tanto, que estes efeitos se deem de maneira mais justa para os indivíduos envolvidos na forma de efetivação dos ditames constitucionais, apontando caminhos para tal ocorrência.

3.1. Monomania

A monogamia para os relacionamentos é um traço estruturante da sociedade ocidental, tem bases tão fortes que mesmo com as diversas modificações que ocorreram ao longo dos séculos, ela se mantém praticamente intacta. A generalidade das pessoas vê na monogamia algo natural, talvez até intrínseco ao homem. Mas e se a monogamia foi algo construído culturalmente? E se esta existe de diferentes formas e se inter-relaciona de maneira diferente para as diversas

peessoas da sociedade?

Para RUZIK, a monogamia se apresenta em nossa sociedade de distintas formas para homens e mulheres, há uma diferenciação clara do que é moralmente aceito para cada um destes gêneros. Para tanto, a monogamia se coloca como ao menos endógena para o homem e endógena e exógena para a mulher.

A monogamia endógena consiste na existência de uma única relação de conjugalidade no interior de uma mesma estrutura familiar. Ela não exclui a possibilidade de conjugalidades múltiplas, desde que exteriores à estrutura monogâmica constituída. Difere, pois, de uma monogamia também exógena, que implica a vedação absoluta do relacionamento sexual com outros indivíduos que não aquele com o qual se constituiu a conjugalidade. (RUZYK, 2005, p. 98)

Ao longo da história, não é rara a possibilidade de poligamia exógena para o homem, tendo, inclusive, recebido aceitação social. Diferentemente da poligamia endógena, “que implica múltiplas conjugalidades ostensivas e no interior de uma única formação familiar”. (RUZYK, 2005, p. 98)

Essas diferenciações são fundadas em uma ideologia que diferencia o comportamento dos homens e das mulheres, sendo comum no imaginário social do senso comum. A traição do homem foi, ao menos, aceita ao longo da sociedade, fundada em uma concepção machista, em que a mulher somente sente desejo pelo mesmo homem¹¹ – e de forma menos intensa.

Em geral tem sido aceitável o envolvimento dos homens em encontros sexuais múltiplos antes do casamento, e o padrão duplo após o casamento era um fenômeno real. [...] Já um único ato de adultério por parte da esposa era “uma violação imperdoável da lei da propriedade e da ideia de descendência hereditária” e a descoberta punha em ação medidas altamente punitivas. O adultério por parte dos maridos, ao contrário, era amplamente “encarado como uma fraqueza lamentável, mas compreensível”. (GIDDENS, 1993, p. 16)

Contudo, com a evolução do movimento feminista muitos padrões foram – e estão sendo – quebrados, com o intuito de colocar em igualdade a sexualidade do homem e da mulher. Além disso, com os novos métodos anticoncepcionais e de

¹¹Aliás, a ideia seria exatamente esta, a mulher só pode sentir desejo por um homem, exclui-se assim a possibilidade de que ela sinta desejo por outra mulher. A sociedade patriarcal tem repercussões em muitos ditames sociais, incluindo a comunidade LGBTTT.

investigação de paternidade, tais garantias foram perdendo sua força, na mesma medida em que a mulher foi ganhando maior autonomia sobre o seu próprio corpo.

O padrão duplo ainda existe, mas as mulheres não são mais tolerantes diante da perspectiva de que, enquanto os homens necessitam de variedade e pode-se esperar que se envolvam em aventuras extraconjugais, elas não se comportem do mesmo modo. (GIDDENS, 1993, p. 22)

Assim como vimos no capítulo anterior, as regras jurídicas também garantiam esse papel da mulher encarcerada dentro do ambiente privado, tendo apenas relações com o seu marido. A sexualidade da mulher na nossa sociedade teve de ser controlada, e esse controle partia do homem, visto que o interesse era garantir a consanguinidade da prole.

A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do sexo, se cala. O casal, legítimo e procriador, dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo. No espaço social, como no coração de cada moradia, um único lugar de sexualidade reconhecida, mas utilitário e fecundo: o quarto dos pais. Ao que sobra só resta encobrir-se; o decoro das atitudes esconde os corpos, a decência das palavras limpa os discursos. E se o estéril insiste, e se mostra demasiadamente, vira anormal: receberá este status e deverá pagar as sanções. (FOUCAULT, 1988, p. 9/10)

A partir dessas palavras de Foucault, podemos fazer um paralelo com o tratamento que é dispensado pelo direito - e pela sociedade - às famílias simultâneas. Embora existam no cotidiano são sentenciadas à escuridão, à margem. Se existem, vamos fingir que não existem. Talvez se continuarmos fingindo que não está acontecendo, é como se não acontecesse de fato.

A estas famílias lhes é garantida a invisibilidade, como não deveriam existir e mesmo assim insistem em se tornar reais, que pelo menos no mundo do direito não sejam reconhecidas. Privilegia-se o que é considerada a família ideal, a única família que deveria existir, aquela que é secundária, nunca deveria ter existido e por isso negam-lhes direitos.

Daí o fato de que o ponto essencial (pelo menos, em primeira instância) não é tanto saber o que dizer o sexo, sim ou não, se formular lhes interdições ou permissões, afirmar sua importância ou negar *serefeits*, se policiar ou não as palavras empregadas para designá-lo; mas levar em consideração o fato de se falar do sexo, quem fala, os lugares e os pontos de vista de que se fala, as instituições que incitam a fazê-lo, que armazenam e difundem o que dele se diz, em suma, o "fato discursivo" global, a "colocação do sexo em discurso". Daí decorre também o fato de que o ponto importante será saber sob que formas, através de que canais, fluindo através de que discursos o poder consegue chegar às mais tênues e mais individuais das condutas. Que caminhos lhes permitem atingir as formas raras ou quase imperceptíveis do desejo, que maneira o poder penetra e controla o prazer cotidiano - tudo isso com efeitos que podem ser de recusa, bloqueio, desqualificação mas, também, de incitação, de intensificação, em suma, as "técnicas plorimorfias do poder". (FOUCAULT, 1988, p. 17/18)

Pensar no direito não apenas como uma forma de silenciar as condutas tidas como imorais na sociedade, mas também como reafirmação das condutas tidas como morais. Assim, o direito ao falar apenas das famílias nucleares burguesas, com uma estrutura claramente delimitada, ele está marginalizando todos os outros arranjos familiares. Ele não precisa necessariamente colocar a margem explicitamente tais comportamentos - embora muitas vezes o faça -, apenas no fato de regular e garantir direitos às famílias que estão dentro dos padrões cristãos de família, marginaliza as demais formas de constituição familiar.

Foi o que ocorreu ao longo dos séculos com as uniões estáveis e com as famílias homoparentais. Não havia sanções para tais práticas, explicitamente na legislação, mas também não existia regulação que lhes garantissem proteção. Os direitos conquistados atualmente foram paulatinamente sendo adquiridos, primeiramente aceitando tais uniões como sociedades de fato, para posteriormente serem estabelecidas como entidades familiares. Quanto às famílias homoparentais, apenas no ano passado foi efetivada tutela através de julgamento histórico do STF, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Ainda hoje, percebemos que a nossa legislação faz diversas distinções entre o cônjuge e o companheiro, mostrando certa discriminação por essa prática ao garantir direitos mais amplos àquele.

Por conta desse arcabouço histórico que percebemos, quando analisamos os casos que chegam para o judiciário brasileiro, que a maioria dos casos de simultaneidade familiar (quicá a unanimidade) tem como elo entre as duas famílias um homem.

Porém, ainda que socialmente seja, de certo modo, aceita a poligamia exógena do homem, a poligamia endógena é extremamente reprovável. Desta forma, o direito não apenas tutela a família nuclear baseada na monogamia, como coloca no campo da ilicitude a construção de entidades familiares paralelas, que não respeitaram esse padrão social.

Para iniciarmos a discussão a apreensão das famílias paralelas se faz necessária alguns questionamentos: a monogamia é um princípio do Estado de Direito Brasileiro? Ou seria apenas uma norma de interpretação que a cultura não nos deixou apagar?

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 60), mesmo que a legislação infraconstitucional imponha como dever das pessoas casadas a fidelidade, não se pode considerar a monogamia como princípio constitucional, visto que este não está presente em seu texto.

Em atenção ao preceito monogâmico, o Estado considera crime a bigamia (CP 235). Pessoas casadas são impedidas de casar (CC 1.521 VI) e a bigamia torna nulo o casamento (CC 1.548 II e 1.521 VI). É anulável a doação feita pelo adúltero a seu cúmplice (CC 550). A infidelidade servia de fundamento para a ação de separação, pois importava em graves violações dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida comum (CC 1.572), de modo a, por si só, comprovar a impossibilidade de comunhão de vida (CC 1.573 I). Também se esforça o legislador em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, chamando-as de concubinato (CC 1.727). Assim, seria irreal negar que a sociedade ocidental contemporânea é, efetivamente, centrada em um modelo familiar monogâmico, mas não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropria deste lugar de interdição. (DIAS, 2011, p. 61)

A monogamia vem sendo prescrita para a maioria dos indivíduos, pela sociedade e pela tradição ocidental. As regras, tal como estão oficialmente estabelecidas são explícitas e cristalinas, notório apenas pela leitura dos dispositivos

legais acima mencionados. “Espera-se que as pessoas conduzam a sua vida afetiva e sexual aos pares, dentro do campo do jogo matrimonial que lhes foi indicado”. (CHAVES, 2011). Não pretendemos negar isso, mas o que devemos questionar é em que medida o Estado pode colocá-lo como princípio e como regra para os relacionamentos.

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 situações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade. (FERRARINI, 2010, p. 94)

As uniões paralelas e informais não são novidade, existindo no decurso de milênios de civilização, nem mesmo cessando com as diversas interdições legais e morais. Este é um exemplo de como as leis e as doutrinas não tiveram eficácia, em decorrência de não se adequarem a realidade das pessoas, tentando limitar e excluir os impulsos do ser humano na busca da felicidade. (FACCENDA, 2011, p. 8)

Diante disso, tentaremos verificar a possibilidade de apreensão da simultaneidade familiar de modo justo, num perspectiva que parte da dignidade das pessoas envolvidas nesta situação em detrimento da manutenção da família enquanto instituição.

3.2. Família e famílias

A simultaneidade familiar pode ocorrer de infinitas formas, a comunidade em seus diversos níveis é algo dinâmico e a família, algo plural. Portanto, não se pretende chegar a um conceito fechado e abstrato acerca da simultaneidade família, posto que tal definição inclinar-se-ia novamente a uma exclusão, mas, sim, na forma de delimitar sobre qual circunstância estamos caracterizando.

A simultaneidade familiar diz respeito à circunstância de alguém, ao mesmo tempo, se colocar como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si. Trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro comum. As possibilidades de configuração concreta de hipóteses de simultaneidade são, como se vê, muito amplas. (RUZYK, 2005, p. 6)

O presente trabalho terá como objeto à simultaneidade na perspectiva de conjugalidades e companheirismos simultâneos, ou seja, a bigamia, a união estável paralela ao casamento e duas uniões estáveis paralelas. O ingresso desta situação de fato no mundo jurídico não se dá pelo enquadramento a modelos preexistentes no texto legal, em face da ausência de legislação sobre o tema, adentrando pela porosidade dos princípios constitucionais.

Mister afirmar-se que o Direito, a Justiça, possui o dever de acompanhar a realidade social, e não o de tentar vedar a realidade ou outorgar direitos pela metade. Fingir-se que não se enxerga a realidade não a faz desaparecer. (CHAVES, 2011)

Esse vazio normativo acerca das famílias paralelas gerou insegurança para os magistrados que se deparavam com estas demandas advindas dos casos concretos, sendo que, em sua maioria optaram pelo não reconhecimento de outras entidades familiares além das presentes taxativamente na Constituição. (RENDWANSKI, 2012, p. 44)

Desnecessário asseverar a reprovabilidade do ordenamento jurídico brasileiro quanto à configuração dessa situação jurídica, visto que viola totalmente o sentido monogâmico institucionalizado presente, ainda hoje, no direito de família. Além disso, o direito não se restringe em deixar desamparados tais arranjos, como também o coloca no campo da ilicitude. (RUZYK, 2005, p. 23)

As searas mais fecundas à constituição da simultaneidade familiar eram reputadas, à luz de uma racionalidade fundada em um modelo unívoco de família – centrado exclusivamente no matrimônio, sob uma perspectiva institucionalista – como irrelevantes para o direito. Mesmo a hipótese da bigamia, entendida, desde logo, como juridicamente relevante, o é sob a ótica da ilicitude, da reprovação por parte do direito legislado, podendo, apenas como exceção, produzir efeitos atribuídos ao casamento válido. (RUZYK, 2005, p. 16/17)

Assim, o reconhecimento jurídico das famílias paralelas se dá na margem da legitimidade, ou ainda, como no caso da bigamia, sendo tipificado como crime, a despeito da possibilidade de gerarem efeitos relevantes para o direito. Ainda que atualmente ausente qualquer discriminação para os filhos havidos em comum pelos companheiros em situação de simultaneidade. (FERREIRA, 2012, p. 8)

Em decorrência desse tratamento que se propõe a marginalizar as famílias paralelas, necessária uma abordagem deste fenômeno para lhe conferir efeitos jurídicos, visto tratar-se de tema pouco abordado em uma perspectiva constitucional. Não se pretende trazer essas famílias para um local central no direito, mas apenas assegurar a garantia da dignidade das pessoas humanas envolvidas nestes casos.

Cabe frisar que, embora a múltipla conjugalidade possa ocorrer das mais variadas formas, na generalidade dos casos que chegam ao judiciário configuram-se pela relação de um homem com duas mulheres. Para tanto, ao realizarmos as ponderações sobre o tema não podemos ignorar o que isso representa, para que sujeito estará sendo negado amparo jurídico, visto que a constituição de dupla conjugalidade afetará, normalmente, uma dessas duas mulheres.

Dentre os juristas que exploram tal tema, há uma corrente que entende a monogamia como princípio ordenador da vida social e jurídica. Tendo como objetivo trazer as relações valores como fidelidade física e moral, como pressuposto de lealdade, honestidade, respeito e afeto, servindo de base das relações ocidentais. (MADALENO, 2011, p. 91)

Desta forma, consideram que o único efeito jurídico que poderia decorrer dessa situação familiar seria no campo obrigacional, com a equiparação de tais relacionamentos às sociedades de fato, surtindo efeitos apenas no campo patrimonial. Interpretam, ainda, que tal situação não poderia se enquadrar no conceito de união estável, pois não existiria nenhum elemento que o elevaria a esta posição. (DINIZ, 2005, p. 37)

Isto posto, para não gerar o enriquecimento ilícito de uma das partes, aplicar-se-ia a Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Ou seja, retiram-se tais arranjos do campo do direito de família e coloca-o no campo do direito obrigacional.

No máximo – e tão-só em respeito ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa – alguns julgados remetem dita relação ao campo do direito obrigacional. Passa-se a ver mera sociedade de

fato, ou seja, uma entidade com fins exclusivamente econômicos. Mas, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade. Extinta a sociedade, proceda-se à divisão dos lucros, isto é, dos bens amealhados durante o período de vigência da dita sociedade. Invoca-se a Súmula 380. (DIAS, p. 2)

Esta forma de resolução acerca da simultaneidade de relacionamentos conjugais nos remete às décadas anteriores, recordando o tratamento dado pelo judiciário e pela doutrina para as uniões estáveis, que, definitivamente já foi superada. Demonstrando como alguns juristas são arraigados a conceitos fechados de família, baseando-se em dogmas morais, muito antes de jurídicos.

Portanto, essa corrente desconsidera a afetividade como parte dessas relações conjugais ao negar sua introdução no campo de incidência do direito das famílias, tratando os companheiros como sócios, simplesmente, podendo ser entendida como uma ficção jurídica, em decorrência da dissonância com a realidade fática.

Se não houver sido adquirido patrimônio durante o concubinato, ou se o concubino não puder provar que contribuiu para aquela aquisição lamentavelmente se deveria retornar a indenização por serviços domésticos prestados. Digo lamentavelmente porque sei o quanto há de vexatório, de vergonhoso neste caminho. Ocorre que não há outra solução. (PEREIRA, 2007, p. 199)

Com a devida vênia à respeitável opinião do autor ao jurista PEREIRA, a solução de indenização por serviços prestados torna-se quase nauseante. Reduzir uma possível entidade familiar a serviços domésticos prestados é vergonhoso, como ele mesmo coloca. Afinal, o que seriam serviços domésticos prestados? Da leitura desses termos pode parecer que estaria abordando estas relações como uma prostituição legalizada, institucionalizada, e, por isso, decorreriam efeitos.

Outrossim, como elencado anteriormente, não caberia elevar a monogamia a princípio do Estado de Direito, visto que este não está sequer presente no texto constitucional, nem mesmo de forma indireta. Argumentos que estão fundados em uma moral ética devem ser questionados, afinal qual moral seria essa? A moral cristã ocidental? Admitir que um Estado aplique normas com fundamento em preceitos morais de uma religião seria retroagirmos ao estágio em que não havia

separação entre Estado e Religião.

De diferente forma, identificamos uma segunda corrente a qual considera que casos de relações conjugais dúbias poderão surtir efeitos dentro do direito de família, porém, estabelece como requisito para tanto a verificação da boa-fé dos indivíduos envolvidos. Por conseguinte, haveria tratamento diferenciado conforme verificada, ou não, a boa-fé da pessoa envolvida.

Esta corrente doutrinária entende que caso um dos companheiros esteja de boa-fé, isto é, quer supõe estar em uma relação monogâmica, desconhecendo a relação concomitante a sua. Neste caso, comprovada a boa-fé, os magistrados deveriam aplicadas, por analogia, as normas do casamento putativo, configurando-se uma união estável putativa. (MACIEL, 2012, p. 53)

Em princípio, a boa-fé vem a ser a condição essencial para que o casamento seja declarado putativo. E a boa-fé, consiste na ignorância, por parte de ambos os esposos ou de um só deles, da existência da causa impeditiva. (RIZZARDO, 2011, p. 154)

Destarte, somente surtiria efeitos no campo do direito na hipótese da concubina alegar desconhecimento da duplicidade do relacionamento, em caso contrário, ao afirmar que sabia de tal situação lhe será negada qualquer forma de proteção. E caso admitida a tutela estatal, esta ocorreria apenas no reconhecimento enquanto sociedade de fato.

A essa “amante” somente se reconheceria direitos se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessa desconfiar ou saber da traição, recebe um solene: bem feito! (DIAS, 2011, p. 51)

Logo, a conduta que estaria sendo averiguada nos casos seriam a da mulher, desinteressando o comportamento do verdadeiro infiel, o homem. Com essa solução, aquele que manteve duplo relacionamento sairia ileso de tal demanda, permanecendo com a titularidade do patrimônio, sendo, ainda, eximido da obrigação alimentar. (DIAS, 2011, p. 51)

Esta resolução não pode ser considerada a mais justa e equitativa, visto que na maioria das vezes uma das pessoas sai prejudica: a companheira. Posto que, para que esta se veja amparada de alguma forma deverá provar que não sabia do

padrão duplo de seu companheiro e no caso de saber, ou esconde tal fato, ou não lhe caberá nenhuma tutela. (CHAVES, 2009)

Perquirir a boa ou má-fé é tarefa complexa, além de haver o perigo de se cair no puro subjetivismo. A linha, a fronteira de onde a boa-fé passa a ser má é por demais tênues, podendo ser praticamente invisíveis, inalcançáveis, imperceptíveis. (CHAVES, 2009)

Para Maria Berenice Dias, o intuito é punir a mulher que, sabedora da existência da outra relação, ainda assim mantém o vínculo afetivo. Sendo que, mesmo com a presença de todos os requisitos legais para o reconhecimento da união estável, acaba por ser expulsa do âmbito da proteção instituída constitucionalmente.

Portanto, em desacordo com as correntes acima mencionadas, por entender que não efetivam os princípios constitucionais, traremos alguns apontamentos de formas de apreensão da simultaneidade familiar, a partir da porosidade que os princípios constitucionais trouxeram para o direito das famílias, em conformidade com alguns juristas que se enquadrariam numa terceira corrente.

A abertura do sistema jurídico a um sentido plural que recolhe, em sua porosidade, realidades que não se colocam, internamente, como um *a priori*, pode propiciar o ingresso das famílias simultâneas no âmbito das situações juridicamente relevantes, nada obstante a ausência de caracterização de um *fattispecietípica* acerca do fenômeno. (RUZYK, 2005, p. 73)

Na medida em que a dignidade da pessoa humana chegou ao centro do ordenamento jurídico, a pluralidade familiar foi consagrada na Constituição e a família institucionalizada cedeu lugar à família eudemonista tornou-se possível a elevação das conjugalidades múltiplas à entidades familiares, sendo que o contrário pode acarretar violações destes ditames.

Primeiramente, entendemos que não são todas as situações de relações conjugais paralelas que mereceriam tutela pelo Estado, visto que, muitas delas não se enquadrariam no conceito de entidades familiares, mesmo com a ausência da situação de simultaneidade. Isso porque não mereceriam efeitos jurídicos aquelas relações que são apenas esporádicas, passageiras.

E quando se fala em famílias paralelas, não se está a falar em relações furtivas ou casuais, mas em vínculos fortes, baseados no afeto que, sendo moralmente aceitáveis ou não, existem. E, portanto, na maioria dos casos, devem gerar efeitos jurídicos, e não serem expatriadas para a invisibilidade jurídica. Desta forma, tentar-se-á proceder a uma análise de cada caso, dentro do caleidoscópio infindável de possibilidades. (CHAVES, 2011, p. 5)

Para tanto, através de uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, seria importante traçar apontamentos de quais relações conjugais poderiam ser consideradas entidades familiares. Com isso, não se pretende excluir tutela de nenhuma forma familiar, sendo mutantes tais indicações conforme o caso concreto, mas seria apenas no sentido de não elevar ao nível familiar uma relação que não tem o objetivo de se constituir como tal.

Porém, é apenas no contato com o caso concreto que poderá ser verificada a existência, ou não, de intuito de constituir família. Destaca-se que talvez o mais importante norte que o julgador deveria ter é que família é a idéia subjetiva dos membros que a compõem, quem melhor do que os próprios envolvidos na situação para dizer se eram ou não uma família? Se aquelas pessoas envolvidas se sentem familiares ela não seriam uma família?

Entendemos que dentro do mundo jurídico estas assertivas são demasiadas abrangentes e seria extremamente dificultoso sua análise, porém, na medida em que se percebe, através das provas dos autos, que aquelas pessoas consideram-se umas as outras como membros familiares, o juiz deverá considerar essa informação no momento de elaboração da sentença.

O próprio princípio da efetividade e o adjetivo de constituir família estão extremamente próximos, na medida em que um casal, ao estabelecer uma relação de afeto entre si, uma verdadeira conexão emocional, passa a ter vontade de constituir, juntos, uma família (o elemento volitivo, da ânimo das partes). O objetivo de formar família, apresenta-se como um requisito multifacetado, e sua presença dependerá de análise de múltiplos elementos de um caso concreto, especialmente em relação ao afeto e à comunhão de vida entre as partes. Não se pode, assim, negar sua existência com base em elementos singelos; deve-se fazer análise do conjunto de aspectos. (FACCENDA, 2011,p. 50)

Para tanto, o elemento de sustentação das famílias é a afetividade, sendo a partir deste que se constroem as relações interpessoais formadoras da família,

motivo pelo qual merece maior atenção da área jurídica. O afeto que tratava unicamente de um sentimento, passou a ter valor jurídico na esfera das relações familiares, sendo instrumentalizado através do princípio da dignidade da pessoa humana. (COMEL, 2003)

Seriam englobadas a nível familiar aquelas relações conjugais que, sendo fundadas no afeto entre os companheiros, se estabelecem com o intuito de constituir família. Além disso, para sua configuração estes arranjos teriam como características a durabilidade e continuidade, sendo relações que possuem determinada estabilidade no meio social em que se encontram.

Maria Berenice Dias fundamenta que para a configuração da união estável basta identificar os pressupostos da lei, entre os quais não se encontra nem o direito à exclusividade e nem o dever de fidelidade. Desta forma, presentes os requisitos da lei deverá ser caracterizada a união estável, ainda que concomitante ao casamento ou a outra união estável. (DIAS, p. 5)

Com advento da proteção das relações familiares na pessoa de cada um de seus membros, não podendo privilegiar apenas alguns indivíduos em detrimento de outros. Incompatível com o direito de família atual a proteção de determinados sujeitos virtuais daquela relação, como, por exemplo, estabelecer *a priori* a proteção da esposa em detrimento da companheira. Esta resolução estaria retornando a um sentido transpessoal da família, privilegiando o papel que aquelas pessoas exerceriam abstratamente dentro do núcleo familiar.

Se a proteção deve se dirigir à pessoa de cada um dos membros da família e, se estes não podem ser tomados como indivíduos atomizados, mas, sim, como entes em relação de coexistência, resta claro que, apresentada uma situação de simultaneidade familiar, o sentido dessa proteção deve atender à inter-relação entre aqueles que nela se inserem. (RUZYK, 2005, p. 28)

Por conseguinte, negar direitos à concubina que apenas pelo fato de estar em uma relação não monogâmica, estaríamos por incorrer na negação da dignidade da pessoa humana em virtude de uma norma que, na melhor das hipóteses, seria implícita do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, configurada a simultaneidade familiar no caso concreto, ambas as companheiras possuiriam os direitos decorrentes da configuração de entidades familiares, como direitos patrimoniais, como a divisão dos bens, obrigação alimentar, direitos sucessórios, previdenciários. (CHAVES, 2009)

A equação utilizada para a resolução destes casos será complexa, pois deverá considerar os aspectos particulares do caso concreto, como o tempo de duração de cada uma das relações, a quantidade de famílias envolvidas e forma de seus relacionamentos. Porém, uma coisa é certa, “tais casos merecem ser julgados com equidade, retidão e descomprometimento total do Juiz com o preconceito”. (CHAVES, 2009)

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 53), configurada a relação concomitante com o casamento, quando finda a relação, se fará necessária a divisão do patrimônio acrescido durante a manutenção do relacionamento dúplice. Desta forma, separaria a meação da esposa, sendo esta incomunicável, enquanto a meação do marido seria dividida com a companheira. Na forma de duas uniões estáveis paralelas, não sendo possível verificar a preponderância de uma sobre a outra, caberia a divisão do patrimônio amealhado durante o convívio em três partes iguais, para cada um dos indivíduos da relação caberia o que se chama de triação.

A autora ainda aponta a solução para o caso de falecimento do cônjuge que estava presente em ambas as relações. Qual seja primeiramente seria necessário afastar a meação da viúva, para após, apurar o acervo hereditário, excluir a legítima dos herdeiros, para então, dividir com a companheira a parte disponível, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio.

Entendimento em sentido diverso só viria a beneficiar o varão que foi desleal a mais de uma mulher. Em nenhuma dessas hipóteses se faz necessário a prova da efetiva participação na constituição do acervo amealhado. (DIAS, 2011, p. 54)

Portanto, compreendendo a simultaneidade das relações conjugais como entidades familiares, com fundamento na efetivação dos parâmetros constitucionais do direito brasileiro, necessária a atribuição dos efeitos legais daí decorrentes, como acima demonstrado.

Negar a existência das relações paralelas é simplesmente negar o inegável. Não querer ver o óbvio. Decisões tépidas podem ser observadas, como as que reconhecem uma ilusória sociedade de fato, as que deferem à companheira indenizações por serviços prestados. Entretanto, alguns avanços podem ser observados, como o caso de determinação de divisão de seguro de vida e divisão da pensão com a cônjuge sobrevivente. (CHAVES, 2011, p 10)

Assim, demonstrada as linhas teóricas sobre o tema, na forma das correntes doutrinárias do direito brasileiro, caberá verificar qual o tratamento jurisprudencial sobre o tema, o que será o objeto do próximo capítulo.

4. Consequências jurisprudenciais

Com a finalidade de verificar os entendimentos jurisprudenciais no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, este capítulo conterà a análise dos julgados ao se depararem com ações referentes à simultaneidade familiar. Para tanto, o período temporal compreende os anos após a promulgação da nossa Constituição, com o objetivo de entender como está sendo a aplicação dos dispositivos legais para a fundamentação destas decisões na período atual.

Interessante observar se tais argumentos são perpassados, ou não, pelas inovações legislativas que ocorreram nas últimas décadas, que trouxeram ao direito familiar novos paradigmas, conforme exposto nos capítulos acima. Em especial pela Constituição Federal, tendo um lapso temporal de 23 anos, para que possamos perceber em que medida os princípios desta estão sendo aplicados no cotidiano dos operadores do direito, visto que, muitas vezes, o direito se torna duo, em decorrência da dicotomia entre a teoria e a prática.

Diante da apreciação dos acórdãos do tribunal, podemos perceber duas correntes dentro da jurisprudência do tribunal gaúcho na resolução dos casos de conjugalidades ou companheirismos múltiplos, as quais demonstraremos a seguir.

4.1. Da ausência de reconhecimento frente ao princípio da monogamia

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça a corrente preponderante dos julgados de casos de simultaneidade familiar tem entendimento no sentido de não reconhecer a relação conjugal paralela ao casamento ou a outra união estável. Na medida em que não reconhecem essas relações enquanto entidades familiares negam-lhes os direitos daí decorrentes.

Os argumentos levantados pelos desembargadores que adotam esta corrente fundamentam que não há possibilidade de reconhecimento entidades familiares simultâneas entre si em decorrência do nosso ordenamento jurídico, no âmbito do

direito familiar, ser calcado pelo princípio da monogamia.

Além disso, argumentam não estarem presentes nessas relações os requisitos para a configuração da união estável, qual seja a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Visto que, ao ser configurada a duplicidade das relações, estaria ausente o animus de constituir família.

Seus argumentos baseiam-se nos dispositivos legais presentes no código civil, quais sejam os artigos 1727, 1548, II e 1521, VI.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Nessa linha de raciocínio, os casos de simultaneidade familiar seriam caracterizados como relação adúltera típica, se amoldando ao conceito de concubinato presente no código civil. Sendo esta a hipótese legal que se enquadrariam tais relações, não reconhecem a união estável e, por isso, não são gerados nenhum direito proveniente daquela relação.

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

II - por infringência de impedimento.

Art. 1.521. Não podem casar:

VI - as pessoas casadas;

Além disso, no caso de constituição de um segundo casamento por alguém que já é casado é entendido como nulo pela leitura dos artigos codificados, portanto, entendem que seria impossível a configuração de uma união estável paralela ao casamento, com a produção de seus efeitos jurídicos. Asseveram que caso isso ocorresse estariam sendo atribuídos mais direitos à união de fato que ao casamento. Questionamo-nos sobre essa última assertiva em especial, visto que não há hierarquia do casamento sobre a união estável, pela leitura dos princípios constitucionais.

Outrossim, haveria norma proibitiva de configuração da união estável no caso em que uma das pessoas é casada, conforme o artigo 1.723, § 1º do Código Civil,

excetuando essa norma apenas nos casos de separação de fato do casal matrimonial.

Com base nesses argumentos eminentemente infraconstitucionais, não reconhecem tais relações como uniões estáveis, como, também, não convalidam nenhum efeito para a relação paralela. Aquela pessoa que estava em um relacionamento duradouro, em muitos dos casos essas relações entenderam-se por décadas, não terá nenhum direito, ficando completamente desamparada.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. COMPANHEIRO FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. Houve relacionamento duplo pelo varão, que, enquanto entretinha a união com a autora, preservava íntegro, no plano jurídico e fático, seu matrimônio. Tratou-se, pois, de uma relação adúlterina típica, que se amolda ao conceito de concubinato (art. 1.727 do CCB), e não de união estável. Nosso ordenamento jurídico, no âmbito do direito de família, é calcado no princípio da monogamia. Tanto é assim que, um segundo casamento, contraído por quem já seja casado será inquestionavelmente nulo e, se não são admitidos como válidos dois casamentos simultâneos, não parece coerente admitir-se como apto a constituir uma entidade familiar produtora de todos os efeitos jurídicos uma união de fato (união estável) simultânea ao casamento - sob pena de se atribuir mais direitos a essa união de fato do que ao próprio casamento, pois um segundo casamento não produziria efeitos, enquanto aquela relação fática, sim. Ademais, há regra proibitiva expressa em nosso ordenamento jurídico, qual seja o § 1º do art. 1.723 do CCB, ao dispor que "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521", somente excepcionando essa circunstância diante da comprovada separação de fato do casal matrimonial, o que não se verifica no caso em exame. Admitir-se como união estável uma relação adúlterina significa afronta direta à norma, cuja não aplicação somente se justificaria sob o argumento de sua inconstitucionalidade. E, se esgrimida tal tese, indispensável seria suscitar incidente de inconstitucionalidade, perante o Órgão Especial deste Tribunal, diante da cláusula constitucional da reserva de plenário. Jurisprudência consolidada no STJ e no STF. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O DES. RELATOR. (Apelação Cível Nº 70051386100, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/02/2013)

Com base nesses argumentos, essa linha jurisprudencial entende que nessas condições não estará configurada a união estável, em decorrência disso não haveria de se falar em obrigação alimentar. Segundo as palavras da Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, "admitir o contrário, principalmente quando a concubina é claramente sabedora da condição do parceiro, implica subverter a ordem

constitucional no respeitante ao direito matrimonial, que tem como um dos princípios basilares o da monogamia.” Ou seja, a mulher que sabia da situação de simultaneidade merece ficar desamparada, não recebendo qualquer forma de pensão alimentícia daquele que conviveu por anos¹².

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. PEDIDO DE ALIMENTOS. RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. A relação mantida pelos litigantes não reúne as condições necessárias à concessão da pretendida verba alimentícia, por absoluta falta de amparo legal, na medida em que a própria autora, desde a exordial, admite que mantinha relacionamento amoroso e paralelo ao casamento do apelado. Realidade das partes que configura relação de concubinato prevista no art. 1.727, do Código Civil, e não gera dever de alimentos. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70050895408, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 21/11/2012)(Grifos nossos)

Dentro dessa corrente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nem mesmo a possibilidade de configuração de sociedade de fato (conforme súmula 380 do STF) e remuneração pelos serviços domésticos prestado são admitidos, o que seria um meio termo entre negar ou reconhecer enquanto entidade familiar.

Dentro dessa corrente, a relação conjugal simultânea ao casamento só poderá ser caracterizada desta forma quando inexistirem ou cessarem os impedimentos legais. Assim, ainda que a relação tenha iniciado paralela ao casamento, apenas seria configurada a união estável quando cessados os impedimentos legais, como, por exemplo, com a morte da mulher do seu companheiro. Em decorrência disso, os efeitos legais da união estável seriam contados a partir do término do impedimento, sendo que, anteriormente estaria configurado o concubinato adúltero do qual não gera efeitos jurídicos.

UNIÃO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. CONCUBINATO ADULTERINO. PESSOA QUE SEMPRE SE MANTEVE NO ESTADO DE CASADA E CONVIVENDO COM O CÔNJUGE E FILHOS. 1. A monogamia constitui princípio que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer um concubinato adúltero como sendo relação afetiva pública e notória, com manifesto ânimo de constituir um núcleo familiar. 3. Constituiu concubinato adúltero a relação entretida pelo falecido com a autora, até o óbito da esposa, de quem

¹² Neste caso específico, autora viveu aproximadamente 15 (quinze) anos com aquele que considerava seu companheiro, conforme acórdão da apelação nº 70050895408.

nunca esteve separado de fato, motivo pelo qual somente após a ruptura do casamento é que passou a existir a união estável. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70034893891, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/07/2011)¹³

Dentro dessa corrente, os desembargadores entendem que em casos excepcionais poderá ser reconhecida a união estável putativa da relação, para tanto apenas será admitida quando comprovada a boa-fé da concubina, ou seja, quando ficarem demonstrados nos autos que esta não sabia que seu companheiro era casado.

Há nesse posicionamento uma distinção na proteção legal em relação à união estável apenas pelo fato de que a concubina não sabia da situação de simultaneidade, as características da relação são idêntica aos demais casos julgados, qual seja, duas famílias constituídas de maneira simultânea, tendo como única justificativa para a distinção o plano subjetivo da concubina, isto é, sua ignorância sobre a outra relação.

A subjetividade do responsável pela situação dúplice não entra em análise nos julgados, aliás, caso a companheira saiba da relação paralela, o homem será desincumbido de qualquer ônus, ainda que tenha mantido tal situação por longo dos anos e que dela provenha filiação. Ao único que teria descumprido as normas legais, como a fidelidade, restará à absolvição de qualquer responsabilidade pelos seus fatos.

UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC. 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta inquestionável a affectio maritalis. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre

¹³ Nos argumentos do voto o relator ainda ressalta o fato da “concubina” não ter contestado o fato de seu companheiro ser casamento, o que comprovaria a sua “má fé”.

a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70025094707, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/10/2008)

A resolução para os casos de simultaneidade familiar ocorrem apenas no patamar infraconstitucional da legislação, sendo que os princípios constitucionais presentes em nosso ordenamento não são referidas nas decisões. As entidades familiares reconhecidas são aquelas expressamente delimitadas pelos textos legais, não sendo possível a aferição novas entidades familiares. Ademais, a violação da dignidade humana da concubina, que não obtêm nenhum amparo jurisprudencial acerca da relação, não é mencionada.

Desta forma, a posição majoritária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é de ausência de efeitos jurídicos das relações paralelas, sendo relegada ao total desamparo a concubina que sabia da situação marital daquele que convivia, sendo apenas admitida a união estável putativa nos casos em que a parte envolvida não tinha conhecimento sobre esta situação, caracterizando-se a boa-fé.

4.2. O reconhecimento de união dúplice

Presente no judiciário gaúcho corrente minoritária com entendimento diametralmente oposta aquela que é majoritária. Enquanto esta nega a constituição de família quando existirem mais de uma relação conjugal, aquela entende que o reconhecimento faz-se necessário para a manutenção da justiça.

Esta corrente tem como fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição da família a partir da afetividade entre os componentes – e não pelas normas legais do ordenamento jurídico. As famílias são constituídas no mundo dos fatos, independentemente da posição do Estado sobre isso ou da institucionalização de determinados núcleos familiares. Assim, quando das normas infraconstitucionais operam violação dos princípios maiores não caberiam a sua aplicação.

Este entendimento reconhece a simultaneidade familiar, afirma existirem duas entidades familiares, sendo que a segunda união é reconhecida e produz todos os efeitos daí decorrentes, não podendo deixar de ser reconhecida apenas pelo fato de ter sido concomitante com outra relação. O não reconhecimento dessas uniões seria como fechar os olhos para uma realidade existente e deixar de tutelar relações que se estenderam pela vida das pessoas envolvidas.

O desembargador Rui Portanova é o nome central do reconhecimento dessas uniões, denominando-as de uniões dúplices. Segundo ele quando preenchidos os requisitos legais haverá de se reconhecer a entidade familiar. Para tanto, verificar-se-á a presença no caso concreto dos elementos do art. 1.723 do Código Civil.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Então para que seja reconhecida a união estável paralela ao casamento ou a outra união estável deverá conter nos autos provas de que aquela relação é contínua e duradoura, não se tratando de união eventual, relação irresponsável e sem compromisso, mas, sim, de união afetiva e concreta, tanto quanto a outra relação. Ambas as relações estão fundadas no afeto, não havendo hierarquização do afeto para uma delas.

Em seus argumentos, o ilustre desembargador propõe uma abstração para comprovar a existência da união estável, qual seja se não for considerada a primeira relação e olharmos apenas para a segunda, veremos uma relação de afeto com todos os requisitos legais para a constituição de união estável. Assim, caso não houvesse a relação concomitante, o judiciário seria categórico em reconhecer este relacionamento como merecedor de tutela jurisdicional, em razão disso, esta relação deverá ser reconhecida, mesmo que simultânea a outra conjugalidade, como uma “união estável atípica”.

As uniões estáveis adentraram ao mundo jurídico através, primeiramente, da jurisprudência, como forma de vedar o enriquecimento ilícito da outra parte, ou seja, mesmo se tratando de união estável paralela aquele indivíduo que faz parte do

segundo núcleo contribuiu na forma de adquirir o patrimônio. Como nas uniões estáveis e no casamento o auxílio mútuo deverá ser presumido também nos casos de famílias paralelas, visto que nem todas as formas de contribuição são hábeis de comprovar judicialmente.

“APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. As provas carreadas aos autos dão conta que o de cujus, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a autora por mais de vinte anos. Assim, demonstrada a constituição, publicidade e concomitância de ambas as relações familiares, não há como deixar de reconhecer a união estável paralela ao casamento, que produz efeitos no mundo jurídico, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes. Câmara Cível, TJRS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 19/08/2010)

O enriquecimento ilícito é princípio geral que permeia o ordenamento jurídico brasileiro, sendo norma expressa dentro dos nossos textos legais. Por isso, não poderá ser permitido nos casos de simultaneidade familiar apenas pelo fato de que sua constituição familiar não se deu dos modos “tradicionais”. Além disso, em casos de negação do direito da companheira em situação de paralelismo haverá um enriquecimento sem causa por parte do companheiro, visto que não há razão jurídica que estaria fundado este proveito econômico.

Assim, o único que teoricamente teria o dever de “fidelidade” além de não ter nenhuma forma de responsabilização pelo relacionamento que teve ao longo de anos, ainda terá enriquecido ilicitamente. Ademais, conforme a configuração dos relacionamentos em questão, muitas mulheres eram amparadas financeiramente pelo seu parceiro, com o término da relação – seja pela separação do casal ou pela morte deste – estará completamente desamparada financeiramente, com a anuência do judiciário, negando sua dignidade enquanto pessoa humana.

A realidade de muitos casos, além disso, é que a contribuição financeira da mulher foi através do seu trabalho doméstico, portanto dificultosa seria a comprovação do patrimônio adquirido onerosamente por ambos. Se fizermos a abstração de pensarmos nessa unidade familiar enquanto união estável, a presunção de contribuição estaria presente, o que evitaria o enriquecimento de uma das partes, sendo assim, essa presunção merece estar presente também nos casos

de simultaneidade familiar.

Por isso, inviável seria negar a existência de relacionamento baseado no afeto em razão das formalidades ultrapassadas existentes em nossa legislação. Seria afastar princípios constitucionais para implementar normas infraconstitucionais, isto é, violação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana por normas hierarquicamente inferiores a esta.

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja "digna" de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70010787398, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/04/2005)

Segundo essa corrente, portanto, conferir consequências jurídicas distintas a duas situações fáticas semelhantes, importaria a violação do princípio da igualdade. O judiciário estaria privilegiando uma célula familiar em detrimento de outra, ao determinar a ausência de proteção a uma dessas entidades, o estado estará tratando de forma desigual as pessoas envolvidas naquele relacionamento.

Além disso, a Constituição não apresentou hierarquia entre as formas familiares descritas no seu texto, por isso, mesmo que seja um casamento concomitante com união estável, não poderá haver a prevalência daquele, pois estaria privilegiando um arranjo familiar.

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. PARTILHA. "TRIAÇÃO". ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA E PARA O FILHO COMUM. Viável reconhecer união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e conta-bancária conjunta, tudo a demonstrar relação pública, contínua e duradoura, com claro e inequívoco intento de constituir família e vida em comum. Reconhecimento de união dúplice que impõe partilha de bens na forma de "triação", em sede de

liquidação de sentença, com a participação obrigatória da esposa formal. Precedentes jurisprudenciais. Ex-companheira que está afastada há muitos anos do mercado de trabalho, e que tem evidente dependência econômica, inclusive com reconhecimento expresso disso no contrato particular de união estável firmado entre as partes. De rigor a fixação de alimentos em prol dela. Adequado o valor fixado a título de alimentos em prol do filho comum, porquanto não comprovada a alegada impossibilidade econômica do alimentante, que inclusive apresenta evidentes sinais exteriores de riqueza. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (SEGredo DE JUSTIÇA) - DECISÃO MONOCRÁTICA - (Apelação Cível Nº 70039284542, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 23/12/2010)

Nesse ínterim, a leitura que é feita do Código Civil de 2002 por esses juristas não é com a mesma lente que seria usada para a leitura do código passado, dessa forma, a leitura do artigo 1.727 do Código Civil não pode ser interpretada da mesma forma que se interpretava no código anterior. A mudança de um código para outro não é simplesmente a troca de uma lei por outra, mas o advento de um novo paradigma cultural.

Assim, as normas do Código passado estavam baseadas em uma cultura do século XX, ao serem introduzidas no novo Código Civil o fazem com uma nova roupagem, abarcadas pela nova ordem constitucional, que preconiza outro entendimento para a aplicação do direito e sua sistematização.

“APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO DE PAPEL. ARTIGO 1.727 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 . EFEITOS. Interpretação do Código Civil de 2002 com eticidade, socialidade e operabilidade, como ensina Miguel Reale. Reconhecimento de efeitos a união estável paralela ao casamento de papel, como medida que visa evitar o enriquecimento ilícito. Deram parcial provimento.” (ApC N.º 70014248603, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/04/2006)

No voto da apelação acima relacionada, o desembargador utiliza os ensinamentos de Miguel Reale para fundamentar a forma de interpretação dos novos diplomas legais, que seriam três diretrizes: (a) sentido social, (b) forte impacto de natureza ética para a realização da justiça social e (c) cláusulas abertas para a adequação da justiça ao caso concreto em detrimento de uma sistemática pautada pelo rigorismo formal.

No mesmo voto, o desembargador afirma que o dispositivo sobre o concubinato encontra-se no mesmo capítulo da união estável, não havendo referência no código de que esta formação não geraria efeitos jurídicos, apenas o conceitua. Desta forma, a partir das diretrizes mencionadas acima, o magistrados deveriam preencher o concubinato com efeitos jurídicos da melhor forma para efetivar a justiça no caso concreto.

Portanto, a solução apresentada por esta corrente seria a de divisão do patrimônio amealhado durante o período da relação conjugal em três partes iguais, o que ganharia a denominação de “triação”. Logo, do patrimônio formado no período que houve a duplicidade de relacionamentos cada um dos indivíduos da relação terá direito a 1/3, ou seja, a “triação”.

Esse entendimento funda-se numa proteção também à concubina, para que seja tutelada de forma equivalente a da mulher ou da companheira, visto estarem em uma relação semelhante, o que as diferencia seria a institucionalização de algumas formas familiares.

5. Considerações finais

Ao termino desse estudo, vislumbrarmos novos horizontes para o direito das famílias, constituído sobre alicerces mais humanos, voltados para a proteção das pessoas que compõem as famílias na medida em que buscam a sua felicidade. Neste âmbito, não caberia à proteção da família enquanto instituição, onde a manutenção desta se justifica a qualquer termo, mesmo diante da inconformidade dos indivíduos que dela constituem.

A dignidade da pessoa humana se fixa como forma de efetivar a justiça no caso concreto, não sendo possível ser afastado em decorrência de diplomas infraconstitucionais que irão afastar a sua incidência no caso concreto. Assim, a pluralidade familiar se mostra como uma inovação ao consagrar o direito como forma de proteção de entidades familiares que promovam o bem-estar de seus membros, deixando para trás a forma excludente no qual apenas as famílias taxativamente descritas mereçam tutela estatal.

A constitucionalização do direito civil e a interpretação conforme à Constituição transformaram a forma de aplicação das normas legais nos casos concretos, sendo insuficiente apenas a subsunção da norma ao fato, pois na aplicação deste deverá estar efetivando os princípios presentes na Constituição. Desta maneira, as normas constitucionais ganharam mais funcionalidades para a resolução das demandas jurídicas, visto seu caráter de vigência imediata.

Ademais, com o advento de legislações especiais específicas a codificação perde seu caráter unitário, para que sejam criados dispositivos legais mais aprofundados e aptos a introduzirem no ordenamento jurídico as modificações sociais. Nesse ínterim, entendemos que o direito civil codificado, forjado no positivismo, que tem pretensão de completude não é capaz de solucionar as demandas sociais, em decorrência de sua complexidades.

Enquanto a monogamia continua se fazendo presente nos textos legais, a sua padronização para todas as formas de relacionamentos não pode continuar sendo aceita, visto que infringiria a liberdade de decisão sobre o arranjo familiar que irá efetivar a felicidade dos indivíduos que dela fazem parte.

Percebemos que a simultaneidade pode ser apreendida pelo direito a partir da porosidade que os princípios introduziram no ordenamento jurídico, mesmo não existindo atualmente no direito normas específicas para garantir proteção a estas formas familiares, sua tutela se demonstra possível em decorrência da abertura ocasionada pelos princípios constitucionais. Na medida em que a negação de direitos às concubinas estaria ocorrendo violação a sua dignidade enquanto pessoa.

Ademais, deixar de tutelar estas mulheres seria infringir os parâmetros de justiça que o direito se propõe, visto que, na maioria dos casos trata-se de relacionamentos que são fundados através do afeto e que merecem ser enquadrados como entidades familiares, mesmo que de forma concomitante com outra família.

Outrossim, ao negar direitos decorrentes de núcleos familiares concomitantes haveria o enriquecimento ilícito de outros partícipes envolvidos nesta relação, além de premiar o único que infringiu as normas de direito, de modo que não haveria quaisquer consequências jurídicas para o homem pela constituição desta família paralela. Ao apreciar a boa fé apenas da concubina estaríamos novamente colocando a culpa na mulher por constituir esta família que foge aos padrões historicamente institucionalizados.

Os operadores do direito devem aplicar as normas legais com a finalidade de concretizar a justiça, sendo inadmissíveis decisões que se fundamentam em discriminações, visto que, ao privilegiar apenas um modelo familiar estaria hierarquizando uma família em relação à outra.

Porém, mesmo com todos esses avanços legislativos, a interpretação dessas regras, tanto pelos doutrinadores, quanto pela jurisprudência majoritária, ainda se faz a partir da lente dos antigos dogmas do direito. Ao basearem suas decisões em

conceitos familiares que estavam presentes nos séculos anteriores, a partir de famílias nucleares, negam efeitos jurídicos de entidades familiares que não estão institucionalizados, como forma de proteger a família na sua forma abstrata

A diferenciação entre família legítima e ilegítima ainda permeia o imaginário dos operadores do direito, na medida em que parece ser mais importante a manutenção das normas codificadas do que a efetivação dos princípios constitucionais. Caracterizar famílias que se estão fundadas no afeto como ilegítimas é uma forma de discriminação e violação da liberdade de autodeterminação dos sujeitos.

Nesta linha, as formas familiares que fogem o padrão normatizado do direito não poderia receber proteção jurídica por parte do Estado. Percebe-se que a ideia de família ainda esta fundamentada em valores anteriores aos constantes na ordem constitucional atual e se mostra desconectado com a realidade sociológica brasileira, visto que tem formação muito mais plural do que as formas institucionalizadas.

Por outro lado, encontramos doutrinadores e magistrados progressistas, ainda que de forma minoritária, os quais entendem serem essas famílias dignas de tutela estatal. Observando as injustiças que a negação de tutela causaria para a concubina, visto que desamparada de qualquer efeito jurídico de relações que se estendem por muitos anos e que, não fossem a característica de simultaneidade, enquadrar-se-iam nos modelos vigentes.

Desta forma, a concessão de tutela às famílias simultâneas tem como fundamentos jurídicos o direito civil constitucionalizado. Estes juristas não utilizam apenas as normas positivadas de maneira formal e rígida, mas as colocam na medida em que efetivam os princípios do Estado Social. Desta forma, as resoluções dos casos concretos ocorreram a partir de uma base principiológica, como forma de realizar justiça no caso concreto, visto que a abertura constitucional possibilitou uma adequação conforme a demanda, desde que, efetivados os princípios constitucionais.

Portanto, enquanto tema controverso do direito, podemos vislumbrar a possibilidade de efetivação dos princípios de direito de família, na forma de proteção das entidades familiares existentes na realidade. Sabemos que as mudanças no âmbito jurídico ocorrem de maneira lenta e gradual, em vista disso encontrarmos posicionamentos de vanguarda que possibilita uma nova visão sobre as famílias a qual poderá vir a ser consagrada com o decorrer dos anos.

Referências

ALVES, L. B. (2010). *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.

BARROS, S. R. (2004). *Direitos Humanos da Família: dos fundamentais aos operacionais*. In: PEREIRA, R. C. Afeto, Ética, Família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey.

BERTUOL, P. H. B. (2012). *A tutela jurídica das famílias simultâneas*. 97f. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28.09.2013.

_____. Código Civil de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08.10.2013.

_____. Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08.10.2013.

_____. Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12.10.2013.

_____. Lei n.11.340/06. Maria da Penha. Disponível em <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em 02.10.2013.

BUCHE, G. (2011). Famílias Simultâneas: o poliamor no sistema jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica OAB Joinville*.

CHAVES, M. (2009). *Famílias Paralelas.*, disponível em Instituto Brasileiro de Direito de Família: www.ibdfam.org.br. Acesso em 15 de outubro de 2013

COMEL, D. D. (2003). *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DIAS, M. B. (2011). *Manual de Direito das Famílias* (8° ed.). São Paulo: Revista dos Trinuais.

_____. Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade. Disponível em www.mariaberenice.com.br

DINIZ, M. H. (2005). *Direito Civil Brasileiro: direito de família* (20° ed.). São Paulo: Saraiva.

FACCENDA, G. A. (2011). *Unões Estáveis Paralelas*. 124f. Monografia (Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

FERRARINI, L. (2009). *Famílias Simultâneas: sua tutela judicial a partir da doutrina dos deveres de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

FERREIRA, C. H. R e MENDES, L. L. (2012). *A tutela das relações de concubinato adulterino: uma perspectiva de inclusão no direito de família brasileiro*. Revista Perspectiva Jurídica FGF /Faculdade Integrada da Grande Fortaleza. V. 4, N. 1, Ago/Dez. 2012.

FOUCAULT, Michel (2011). *A história da sexualidade I: A vontade de saber*. São Paulo: Edição Graal.

GALIA, R. W. (2004). *Os projetos parentais na família eudemonista: da travessia de modelos para os modelos em travessia*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

GUIDENS, A. (1993). *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista.

LINS, Regina Navarro (2007). *A cama na varanda: arranjando nossas ideias a respeito de amor e sexo / novas tendências*. Rio de Janeiro: BestSeller

LÔBO, P. L. (2002). Acesso em 22 de 10 de 2013, disponível em Mundo Jurídico: www.mundojuridico.adv.br

LÔBO, P. L. (1999). Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, pg. 99-199.

MACIEL, P. B. (2012). *FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS: uma análise doutrinária acerca das consequências jurídicas em caso de dissolução*. 68f. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2012.

MADALENO, R. (2011). *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense.

RENDWANSKI, M. R. (2012). *O conceito jurídico de família a partir da pluralidade de figuras existentes no ordenamento brasileiro atual*. 71f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

PEREIRA, R. C. (1997). *Concubinato - União Estável*. In: _____. *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70051386100, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/02/2013

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70050895408, Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brolara Medeiros, Julgado em 21/11/2012

_____. Tribunal de Justiça Apelação Cível Nº 70034893891, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/07/2011

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70025094707, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/10/2008

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70010787398, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/04/2005.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70039284542, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 23/12/2010.

_____. Tribunal de Justiça.. Apelação Cível N.º 70014248603, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/04/2006

RIZZARDO, A. (2011). *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense.

RUZYK, C. E. (2005). *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar.

SILVA, K. G. G. (2012). *Famílias Simultâneas: a tutela das conjugalidades múltiplas*. 74f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.