

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO (FADISP)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO

MARIA CRISTINA ALMEIDA PINHEIRO DE LEMOS

O PROTAGONISMO CRITERIOSO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA
MUDANÇA DE PERSPECTIVA PARA AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO CENÁRIO
JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

SÃO PAULO

2023

MARIA CRISTINA ALMEIDA PINHEIRO DE LEMOS

O PROTAGONISMO CRITERIOSO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA
MUDANÇA DE PERSPECTIVA PARA AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO CENÁRIO
JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade Autônoma de Direito, na linha de pesquisa em “Função Social do Direito”, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Rafael Campos Soares da Fonseca.

SÃO PAULO

2023

MARIA CRISTINA ALMEIDA PINHEIRO DE LEMOS

O PROTAGONISMO CRITERIOSO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA
MUDANÇA DE PERSPECTIVA PARA AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO CENÁRIO
JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Autônoma de Direito – FADISP
como exigência parcial para obtenção do grau
em Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Campos Soares da
Fonseca.

São Paulo,

de 2023.

Banca examinadora:

Dr. Rafael Campos Soares da Fonseca – Fadisp
Orientador

Dra. Anna Carolina Silveira Verde Selva – Fadisp
Examinadora

Dr. Roberto Dalledone Machado Filho – Fadisp
Examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou grata a Deus pela saúde e disposição, que me permitiram ingressar no meio acadêmico e vivenciar os enriquecedores debates proporcionados pelos professores e colegas mestrando.

Obrigada, meu eterno papito, Leoncio Pinheiro de Lemos, por ter inspirado minha caminhada estudantil com sua irretocável história de vida.

Agradeço à minha mamãe, Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos, por sempre me motivar, tanto para ingressar no Mestrado como para não desistir dele. Obrigada por compreender minha ausência, ao longo da minha jornada acadêmica, nas noites e nos finais de semana que costumávamos passar juntas.

Agradeço também aos meus companheiros de trabalho que se desdobraram em suas atividades nos momentos de afastamento dedicados à minha versão mestrando.

Ao professor Rafael Campos Soares, meu orientador, obrigada por ter-me acolhido como sua orientanda durante o percurso da caminhada acadêmica, por transmitir serenidade em suas colocações e por compreender as dificuldades impostas pelos afazeres do dia a dia.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo geral de examinar a possibilidade de relativização do princípio da monogamia para que a jurisprudência possa proporcionar segurança jurídica e evitar decisões conflitantes. A pertinência do tema deve-se ao fato de, em pesquisas preliminares, haver-se verificado divergências entre os votos que embasam os acórdãos, bem como entre as decisões proferidas por juízes de primeiro grau, desembargadores e ministros. Com o intuito de promover um debate entre jurisprudência e princípios, procede-se à análise desses postulados, primando-se por decisões calcadas na promoção da função social e manutenção da segurança jurídica na seara do Direito de Família. A hipótese de pesquisa é a de que o princípio da monogamia pode ser relativizado, passando os tribunais a considerar a existência de duas famílias simultâneas com um elo comum, a fim de fixar a partilha dos bens e direitos patrimoniais quando da sua morte. Busca-se assim apresentar, sob a ótica jurídica, a evolução do conceito de família na sociedade brasileira, abordando o casamento, a união estável e as famílias paralelas; discorrer sobre o advento do princípio da monogamia, apresentando seu aspecto histórico, jurisprudencial e legislativo; apontar e analisar as principais decisões dos tribunais estaduais e superiores acerca dos direitos decorrentes de arranjos familiares paralelos; e construir posicionamento crítico-jurídico, considerando os princípios, os conflitos resultantes da aplicação de uma norma e as consequências da relativização do princípio da monogamia para a segurança jurídica. Em seu aspecto metodológico, a presente pesquisa social é qualitativa e está estruturada no método hipotético-dedutivo, que possibilita entender a existência de algumas proposições hipotéticas, que são definidas dentro do contexto do Direito de Família, e dos conflitos envolvendo os arranjos familiares simultâneos. Nesse contexto, a revisão bibliográfica, especialmente a análise de literatura, artigos, leis e notícias de jornais e de revistas, permite conceituar os institutos jurídicos do casamento, união estável, concubinato e o princípio da monogamia, bem assim entender a sua aplicação prática pelos tribunais.

Palavras-chave: Direito de Família; função social; famílias simultâneas; conflito entre princípios; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The present research has the general objective of analyzing the possibility of relativizing the principle of monogamy so that jurisprudence can bring legal certainty and avoid conflicting decisions. It is perceived that there is relevance in the subject under study, since it was possible to verify, in preliminary research, the existence of divergences between the votes that supported the judgments, so that there was no unanimity, as well as, there was the verification of divergence between the decisions uttered by first degree judges, by judges and by ministers. Therefore, the focus was on the analysis of these postulates, with the aim of promoting a debate between jurisprudence and principles, emphasizing the existence of decisions based on the promotion of the social function and maintenance of legal certainty in the field of Family Law. The research hypothesis is that the principle of monogamy can be relativized so that the Courts start to consider the existence of two simultaneous families with a link (father or mother) in common, determining how the sharing of goods and property rights will be when the death of the common bond. Therefore, the specific objectives are the evolution of the concept of family from a legal perspective in Brazilian society, addressing the existence of marriage, stable union and parallel families; discuss the advent of the principle of monogamy, addressing its historical, jurisprudence and legislative aspects; point out and analyze the main decisions of the state and higher courts about the existing rights in view of the verification of parallel family arrangements; and, build a critical-legal position addressing the existence of principles, their conflicts during the application of a norm and the consequences of relativizing the principle of monogamy for legal security. In its methodological aspect, this social research will be qualitative and will be structured based on the hypothetical-deductive method, making it possible to understand the existence of some hypothetical propositions, which will be defined within the context of Family Law and conflicts involving the existence of family arrangements simultaneous. In this context, the bibliography review, mainly with the analysis of literature, articles, laws and news from newspapers and magazines, will enable the formulation of conceptual aspects, mainly in the understanding of what is marriage, stable union, concubinage and the formulation of the principle of monogamy, making it possible to understand the existence of these legal institutes and their practical application before the courts.

Keywords: Family law. Social role. Simultaneous families. Conflict between principles. Dignity of human person.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	CONTEXTO HISTÓRICO DO INSTITUTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES E A POSIÇÃO DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	11
2.1	Ordenações do Reino: marco inicial da organização familiar na sociedade brasileira.....	12
2.2	Evolução legislativa das entidades familiares na sociedade brasileira	16
2.2.1	Os ditames constitucionais brasileiros acerca das entidades familiares: da Constituição do Império até a Constituição de 1967	16
2.2.2	Reflexos do Código Civil de 1916 na organização familiar e na posição da mulher no cenário jurídico brasileiro	18
2.3	Aspectos evolutivos das entidades familiares brasileiras: Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002	21
2.3.1	As modificações introduzidas no âmbito das famílias pela Constituição Federal de 1988	22
2.3.2	O casamento e a união estável sob o enfoque do Código Civil de 2002	23
2.3.3	As entidades familiares e o vínculo da afetividade	28
3	ASPECTOS GERAIS DA MONOGAMIA NAS ENTIDADES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS	31
3.1	Visão interdisciplinar sobre a fenomenologia monogâmica	31
3.1.1	Abordagem da psicanálise sobre a monogamia.....	31
3.1.2	Abordagem da antropologia e sociologia sobre a monogamia.....	33
3.2	Evolução histórica do conceito e aspectos das concepções monogâmicas	35
3.3	Natureza jurídica da monogamia: princípio ou regra?	38
3.3.1	A concepção tradicionalista do Direito de Família e o princípio da monogamia.....	38
3.3.2	A concepção moderna da monogamia e o reconhecimento das famílias simultâneas..	40
3.3.3	Correlação das famílias simultâneas com o princípio da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de relativização do princípio da monogamia	44
4	POSICIONAMENTO CRÍTICO-JURÍDICO ÀS JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE AS FAMÍLIAS PARALELAS.....	50

4.1	Função social do direito e segurança jurídica aplicadas ao reconhecimento jurídico das famílias paralelas	50
4.2	Posicionamento crítico-jurídico ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE – tema 529 do STF	58
4.2.1	Posição liberal (corrente minoritária)	60
4.2.2	Posição tradicional (corrente majoritária)	62
4.2.3	Outras jurisprudências	64
4.3	Necessidade da técnica da ponderação nos julgamentos afetos às famílias simultâneas e a colisão principiológica	68
5	CONCLUSÃO	74
	REFERÊNCIAS.....	78
	ANEXO A – JURISPRUDÊNCIAS.....	87

1 INTRODUÇÃO

As entidades familiares são institutos jurídicos que vêm passando por latente transformação nos últimos anos, principalmente quando se ponderam os enfrentamentos sociais, religiosos e filosóficos que permeiam o tema. Nesse sentido, é preciso considerar que a condição da entidade familiar vai muito além da formação de um relacionamento entre um homem e uma mulher que contrairão matrimônio.

Da mesma forma, é possível observar que muito já se alterou no tocante à interpretação teleológica do conceito de entidade familiar. Não sem razão, casais homossexuais têm conquistado direitos humanos que lhes eram negados, tais como o direito de se casarem, de adotarem uma criança e de terem um relacionamento juridicamente válido.

Todavia, ainda se percebe que a sociedade brasileira se encontra permeada por inúmeros relacionamentos extraconjugais, os quais acabam acarretando conflitos jurídicos, notadamente quando o elo comum das famílias paralelas – em sua maioria, o marido – vem a falecer e deixa bens ou a possibilidade de uma pensão.

Dada essa condição, a pesquisadora, que atua no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, passou a perceber a existência de decisões conflitantes sobre o assunto – famílias simultâneas – entre os juízes de primeira instância, bem como no âmbito dos tribunais superiores.

A investigação das informações sobre o assunto deixa clara a importância desta pesquisa, a qual pretende trazer uma nova perspectiva para esse tema de ordem social. Com a delimitação do problema que serve de base para esta dissertação, busca-se entender como o princípio da monogamia, enquanto fundamento das decisões judiciais, pode ser relativizado para viabilizar a segurança jurídica das entidades familiares paralelas.

A partir do levantamento do problema e da análise preliminar dos materiais encontrados, tem-se como objetivo geral examinar a possibilidade de relativização do princípio da monogamia para que a jurisprudência possa propiciar segurança jurídica e evitar decisões conflitantes.

Os objetivos específicos são entender, sob a ótica jurídica, a evolução do conceito de família na sociedade brasileira, abordando-se a existência do casamento, da união estável e das famílias paralelas; discorrer sobre o advento do princípio da monogamia, apresentando-se seu aspecto histórico, jurisprudencial e legislativo; apontar e analisar as principais decisões dos

tribunais estaduais e superiores acerca dos direitos decorrentes de arranjos familiares paralelos; e construir um posicionamento crítico-jurídico considerando-se os princípios, os conflitos resultantes da aplicação de uma norma e as consequências da relativização do princípio da monogamia para a segurança jurídica.

Tendo como pressuposto os postulados acima identificados, a hipótese de pesquisa é a de que o princípio da monogamia pode ser relativizado, passando os tribunais a considerar a existência de duas famílias simultâneas com um elo (pai ou mãe) em comum, a fim de fixar a partilha dos bens e direitos patrimoniais quando da morte desse elo comum.

Por essa razão, pretende-se realizar uma análise jurisprudencial e principiológica sobre as relações e os direitos que as famílias simultâneas possuem. Assim, a presente pesquisa investiga a relativização do princípio da monogamia para que o direito de família brasileiro contemple os arranjos familiares paralelos, pois as mudanças nas estruturas familiares demandam uma nova ótica jurídica que proporcione garantia de direitos e segurança jurídica para as partes envolvidas em relações familiares simultâneas.

Para isso, examinam-se juridicamente as relações entre a figura do concubinato, das relações familiares paralelas, do casamento e da união estável, abordando-se seus principais aspectos e características enquanto institutos jurídicos.

Em sequência, discorre-se acerca do princípio da monogamia, apresentando-se seu aspecto jurídico e histórico. Com esse estudo, é possível compreender a influência que a jurisprudência e a doutrina exercem na formulação e incidência desse princípio e do dever de fidelidade enquanto fundamentos do posicionamento dos tribunais.

Por último, constrói-se uma abordagem, trazendo o confronto entre os princípios constitucionais do Direito de Família, o princípio da monogamia e o dever de fidelidade. Isso proporciona a construção de um posicionamento crítico quanto a sua aplicabilidade pelos tribunais e a percepção das consequências práticas na garantia dos direitos familiares e da segurança jurídica.

Em seu aspecto metodológico, a presente pesquisa social é qualitativa e está estruturada no método hipotético-dedutivo, que possibilita entender a existência de algumas proposições hipotéticas, que são definidas dentro do contexto do Direito de Família e dos conflitos envolvendo os arranjos familiares simultâneos.

Nesse contexto, a revisão de bibliografia, principalmente a análise de literatura, artigos, leis e notícias de jornais e de revistas, permite conceituar os institutos jurídicos do casamento, união estável, concubinato e o princípio da monogamia, bem assim entender a sua aplicação prática pelos tribunais.

Após a estruturação dos conceitos, examina-se a hermenêutica jurídica das decisões mais significativas dos tribunais acerca do modo como os arranjos familiares simultâneos são interpretados e julgados, principalmente, no tocante aos direitos deles decorrentes. Além disso, considera-se o princípio da monogamia e o dever de fidelidade como fundamentos jurídicos.

O critério de inclusão das jurisprudências, no *corpus* de pesquisa deste trabalho, leva em conta a existência de julgamentos conflitantes e de decisões que permitem uma percepção mais apurada das possíveis consequências para as entidades familiares simultâneas.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO INSTITUTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES E A POSIÇÃO DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A abordagem inicial da presente pesquisa apresenta o contexto histórico e a evolução legislativa que abarcam o instituto jurídico das entidades familiares e a condição da mulher no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar que a origem da família impacta na percepção crítica à forma como o casamento foi estruturado na sociedade brasileira.

Sob essa égide, a obra estruturada por Friedrich Engels (2019) “A origem da família, da propriedade privada e do Estado” ensina que o casamento se modificou em conformidade com os três estágios principais da humanidade, sendo eles o estado selvagem, o estado de barbárie e o da civilização.

Na visão do autor, cada um desses estados da condição humana representaria uma forma de casamento. No primeiro deles, existia o casamento grupal, não havendo separações entre os grupos familiares; no segundo, havia o casamento do par, no qual o homem poderia ter mais de uma mulher; no terceiro, ocorreu o advento da monogamia, enquanto parte integrante de uma sociedade civilizada (ENGELS, 2019, p. 15).

Com o advento da condição monogâmica há uma crescente discussão e preocupação com a existência do adultério, principalmente por parte do ente masculino que compõe a organização familiar, o qual acaba por constituir outros relacionamentos, seja com a finalidade meramente sexual, seja com a finalidade de constituir uma nova família (ENGELS, 2019, p. 16).

O fato, como ponderado pelo autor, é que a condição do casamento monogâmico desempenhou um mecanismo de dominação, no qual o ente masculino, representado pela figura do marido, era o poder maior existente, abaixo do qual estavam a mulher e os filhos. Por sua vez, a mulher encontrava-se em uma condição de dominada e submissa às determinações primeiro de seu pai e depois de seu marido (ENGELS, 2019, p. 178).

Nesse cenário, fica claro que as mudanças na instituição do casamento serviram como mecanismo político de dominação, uma vez que as mulheres acabam sendo dominadas em sua condição e em seus corpos, enquanto a figura masculina continua tendo suas relações com outras pessoas, mesmo após o casamento.

2.1 Ordenações do Reino: marco inicial da organização familiar na sociedade brasileira

Partindo da construção histórico-social narrada, é importante ressaltar que a sociedade brasileira se organizou com base nas Ordenações Portuguesas e nos dogmas religiosos. Assim, além do casamento, enquanto pressuposto para a constituição da família, há um crescente debate sobre o concubinato, o surgimento das relações extraconjugais, o advento das famílias paralelas (ou simultâneas) e as relações de poder entre o homem e a mulher no âmbito familiar, questões essas que serão abordadas com o objetivo de construir os conceitos e trazer uma percepção crítica aos institutos objeto do presente estudo.

Durante a colonização do território brasileiro, não havia de se considerar a existência de uma estrutura social, uma vez que os povos ameríndios ocupavam a terra com base na sua necessidade e se organizavam em conformidade com sua estrutura tribal. Nesse período, predominavam as expedições para o reconhecimento do território, a luta contra os povos tribais, a realização das bandeiras e a ocupação da terra unicamente para a extração de riquezas (ouro e metais preciosos) e desenvolvimento dos *plantations* (CARMO, 2019, p. 29).

Não havia uma estrutura documental que cuidasse dos registros de casamento nas terras da Colônia. Outrossim, considerando-se a atividade estritamente econômica, a maior parte dos que chegavam a estas terras eram homens brancos europeus, para ocupar sua sesmaria. Além deles, havia ainda os africanos escravizados, em sua maioria homens, e os povos ameríndios (CARMO, 2019, p. 50).

A partir da estruturação dos engenhos e da produção aurífera, as relações familiares passaram a ganhar espaço mais estrutural, pois os grandes senhores ocupavam sua terra juntamente com sua família: esposa e filhos, trazendo para o trabalho braçal a força escravizada. Assim, enquanto cabia aos homens cuidar do trabalho externo e das relações comerciais, as mulheres ocupavam-se das tarefas domésticas e da educação e saúde dos filhos do casal (DOMINGUES, 2021, *online*).

Seguindo as disposições de Portugal, a estruturação das terras brasileiras e das questões culturais que foram herdadas contou com a predominância da organização familiar regida pelo patriarcado, em que o homem é o chefe da família. Não foi diferente no campo legislativo, de modo que as Ordenações Filipinas e o Código Civil de 1916 viabilizaram e mantiveram essa estrutura.

Para bem compreender as organizações familiares e como elas podem ser interpretadas em atenção à legislação da época, insta ressaltar que as Ordenações do Reino de Portugal foram promulgadas com forte influência do Direito Canônico. Não há como negar a imposição, pela Igreja, dos dogmas religiosos à sociedade (CARMO, 2019, p. 55).

Durante a colonização, “quase todas as etapas dos momentos rituais da sociedade – batizado, casamento, viuvez e morte – passavam pelo olhar e controle do catolicismo”. Por essa razão, é possível “considerar que a cidadania se exercia pela aceitação dos rituais católicos” (CARMO, 2019, p. 53). Logo, excluía-se os povos ameríndios, os(as) africanos(as) escravizados(as) e os que professassem outra forma de religião.

As Ordenações Filipinas foram divididas em cinco livros. O Livro I tratava dos direitos e deveres dos magistrados e oficiais de justiça; o Livro II disciplinava a relação entre Estado e Igreja; o Livro III dispunha sobre ações cíveis e criminais; o Livro IV versava sobre direito público e privado ou das pessoas e das coisas; o Livro V, por sua vez, regulava os atos penais e as sanções.

Para o presente trabalho, interessam aspectos dos Livros IV e V, dos quais se extraem dispositivos diretamente relacionados com o tema em estudo: as organizações familiares e suas implicações na evolução da sociedade brasileira.

No Livro V das Ordenações Filipinas, nas disposições acerca do casamento, percebe-se o forte intuito de primar-se pela monogamia. O Título XIX desse Livro estabelece a proibição de dois casamentos, prevendo que o homem ou a mulher que viesse a contrair outro casamento teria praticado o crime de bigamia. Salienta-se que, à época, considerava-se o casamento um ato sagrado e abençoado pela Igreja (PORTUGAL, 1870).

As legislações de Portugal determinaram a organização social, econômica e familiar da sociedade brasileira. Nesse sentido, a tentativa legal de coibir as práticas sexuais fora do casamento devia-se à forte influência dos dogmas religiosos na formulação das normas jurídicas. Tanto era assim que, em alguns casos, o homem que viesse a ter relações com mulher virgem poderia ser compelido a com ela se casar. Ademais, a Ordenação estipulava que o homem somente viesse a se casar com mulher que estivesse na casa dos pais, sob sua guarda e proteção (PORTUGAL, 1870).

Acerca dessa condição, merece menção o posicionamento de Paulo Sérgio do Carmo:

Nos casos de defloramentos, elas tinham o "direito" de casar com os violadores. A própria legislação ordenava o ato, impondo "que o homem que dormir com mulher virgem por sua vontade, case com ela, se ela quiser, e se for conveniente, e de condição para com ela casar". Como recompensa ao dano causado (caso não ocorresse o casamento), havia o pagamento do dote. Este serviria como consolo; adicionado a outros valores, formar-se-ia um conjunto de bens dotais atraentes para que outro pretendente viesse a desejar a mulher conspurcada de seu maior bem, a virgindade. (CARMO, 2019, p. 91).

O Livro V, no Título XXV, dispunha que o homem que dormisse com uma mulher casada poderia ser punido com a morte, salvo se tivesse uma posição social maior que a do marido da mulher com quem teve relações íntimas, caso em que somente poderia ser punido com autorização do Rei (PORTUGAL, 1870). Por sua vez, a mulher adúltera poderia ser condenada à morte.

Noutro momento da ordenação, em específico, no Título XXXVIII desse mesmo Livro, o marido que encontrasse sua mulher traindo-o poderia matá-la, juntamente com o amante, sem ser considerado culpado, uma vez que tal ato seria considerado lícito. Referido direito era concedido apenas ao marido (PORTUGAL, 1870).

O texto do Título XXVII proibia os homens cortesãos de transitarem pela Corte acompanhados de suas mancebas – termo que atualmente se refere a concubina (ou amante). Nesses casos, o cortesão não sofreria nenhuma punição, ao contrário da manceba, que sofreria a pena de degredo para fora da Corte por um ano, além da aplicação de pena pecuniária (PORTUGAL, 1870).

Por sua vez, o Título XXVIII previa punições para o homem ou a mulher que fossem mancebos de homem ou mulher casados. No caso do homem casado, este poderia ser degredado e pagaria multa, contudo, a mulher sofreria penas de degredo, de multa e de açoitamento em praça pública (PORTUGAL, 1870).

O concubinato era comum naquele período, principalmente em razão da carência de mulheres brancas em terras brasileiras (CARMO, 2019, p. 89). Esse instituto jurídico estava nitidamente relacionado com as discrepâncias sociais:

O costume da concubinação ocorria, na maioria das vezes, entre indivíduos de classes sociais distintas. Já os casamentos eram mais frequentes entre os iguais. Os filhos, frutos de relações adulterinas, sofriam com o distanciamento dos pais biológicos em virtude dos rigores da moralidade católica na imposição de leis e costumes. (CARMO, 2019, p. 90).

O Livro IV também dispunha sobre o casamento, em especial nos Títulos XLVI e XLVII. Este último versava sobre os requisitos de validade do casamento entre homem e mulher: (a) celebração da união na Igreja e (b) a realização de cópula carnal. Caso qualquer desses requisitos não fosse cumprido, o casamento não poderia ser considerado válido (PORTUGAL, 1870).

As normas da época previam que, para a realização do casamento, a mulher deveria ingressar na união conjugal com algum dote, o qual era concedido a seu marido por seu pai. Apesar dessa condição e considerando a vedação do concubinato, no Título LXVI, autorizava-se a mulher casada a revogar qualquer doação ou venda que seu marido tivesse realizado para sua amante (PORTUGAL, 1870).

O controle patriarcal era fortemente demonstrado, tanto que o pai poderia deserdar a própria filha que, antes dos 25 anos, viesse a se deitar com algum homem ou se casasse sem sua autorização. Nesses casos, a filha não seria deserdada se viesse a se casar com um homem de notoriedade conhecida e honrada (PORTUGAL, 1870).

Apesar de as Ordenações do Reino e a própria Igreja buscarem formas de impedir casamentos entre parentes próximos, tal prática era muito comum nas relações familiares brasileiras mais abastadas. Em pesquisa realizada por Carmo, identificou-se alta incidência de casamentos consanguíneos nas famílias paulistas, principalmente durante o século XIX. Tal fato, “além da preocupação de não dispersar a fortuna, levava em conta as condições socioeconômicas e o aspecto racial para o enlace matrimonial” (CARMO, 2019, p. 92).

Levando em consideração que os valores culturais utilizados para as organizações familiares tinham como base o patriarcado, a maior preocupação do casamento era com o crescimento da riqueza e a dominação e, por isso, como forma de evitar-se que o patrimônio da família se perdesse, havia forte receio de que algum membro da família viesse a relacionar-se com algum escravizado(a). (CARMO, 2019, p. 89). É interessante anotar, neste ponto, que essa preocupação material continua, até os dias de hoje, pautando diversas discussões relativas à composição familiar.

A vigência das Ordenações do Reino de Portugal na sociedade brasileira teve fim em dois momentos específicos. O primeiro coincidiu com o advento da Constituição Federal do Brasil, em 1824, todavia, parte da matéria cível permaneceu sendo regulada pelas Ordenações,

as quais foram efetivamente derogadas apenas com o advento do Código Civil de 1916, conforme ser verá no decorrer deste capítulo.

2.2 Evolução legislativa das entidades familiares na sociedade brasileira

A Constituição é a norma de maior grau dentro do ordenamento jurídico de um país. Todas as outras normas, de menor grau, devem estar em conformidade com a Lei Maior, ou seja, elas são válidas quando não lhe forem contrárias.

As disposições apresentadas no presente tópico abordam os ditames constitucionais desde a primeira Constituição do Brasil até a Constituição de 1967, e respectivas emendas, que tratam de institutos específicos para que se possa entender a evolução do Direito de Família e a organização das entidades familiares na sociedade brasileira. Além disso, este tópico trata da evolução das entidades familiares ante as normas dispostas no Código Civil de 1916.

2.2.1 Os ditames constitucionais brasileiros acerca das entidades familiares: da Constituição do Império até a Constituição de 1967

A primeira norma constitucional brasileira, denominada Constituição do Império, teve vigência a partir de 1824. A norma constitucional nada trouxe de inovador para as questões da família ou do casamento, uma vez que ainda estipulava a realização do casamento válido apenas perante a Igreja, com a sua regulação pelo Concílio Tridentino. A verdadeira preocupação do legislador era com a continuidade da família imperial e a sucessão do poder (COSTA, 2006).

Com a finalidade de manter o controle das relações matrimoniais, foi promulgado o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o qual regulamentava o casamento civil em terras brasileiras, tornando-o a regra que traria a materialidade capaz de comprovar o matrimônio. Com isso, para ter validade, o casamento passou a ser realizado perante o oficial de registro civil.

O ato normativo em referência legislou sobre todos os efeitos e consequências do casamento civil, uma vez que, no ano de 1890, não havia uma legislação própria às questões cíveis. Portanto, até o advento do Código Civil de 1916, o casamento era regulado por decretos e pelas disposições constitucionais.

O decreto dispunha ainda acerca dos impedimentos ao matrimônio, das pessoas que podiam opor o impedimento, da forma como o casamento devia ser celebrado, das provas do casamento e dos seus efeitos, dentre outras questões (BRASIL, 1890).

O art. 56 do Decreto nº 180, de 1890, pontuava que um dos efeitos do casamento cível seria o de constituir família legítima, desqualificando, portanto, toda e qualquer relação ou convívio familiar que viesse a existir de forma diversa. Relações familiares outras, que não advindas do casamento, não geravam quaisquer direitos, mesmo se as pessoas agissem de boa-fé, mas sem o intuito ou interesse de realizar um casamento (BRASIL, 1890).

O advento da Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 não trouxe disposição específica para as questões familiares. Desse modo, apenas o casamento civil era reconhecido como válido e legítimo para a instituição das entidades familiares. Logo, as cerimônias religiosas careciam da mesma força probatória, uma vez que elas não promoviam o devido registro civil do casamento (COSTA, 2006).

Já com a promulgação da Constituição de 1934, as entidades familiares passaram a ser de interesse do Estado. Por conseguinte, a realização do casamento sofreu algumas alterações. O art. 146 assegurou ao casamento religioso todos os efeitos do casamento civil, dispondo, contudo, que, antes da sua realização “perante ministro de qualquer confissão religiosa”, era responsabilidade dos nubentes providenciar todos os atos civis do casamento.

Por sua vez, enquanto a Constituição de 1937 veio apenas para reforçar as disposições constantes da imediatamente anterior, a Constituição de 1946 proporcionou novos debates, dispondo sobre a realização do casamento válido em quatro hipóteses:

a) o casamento de vínculo indissolúvel; b) o casamento civil; c) o casamento religioso equivalente ao civil, se, observadas as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, e inscrito o ato no registro público; d) o casamento religioso celebrado sem prévia habilitação civil, mas inscrito posteriormente no registro público, a requerimento do casal, mediante habilitação civil posterior à cerimônia religiosa. (COSTA, 2006, p. 71).

Apesar das mudanças realizadas no instituto do casamento, pouco se percebe da atuação constitucional quanto aos direitos matrimoniais, uma vez que as disposições cíveis ainda eram regidas pelo Código Civil de 1916. Como se percebe no item (a), ante a inexistência do divórcio enquanto instituto jurídico, o casamento era condição indissolúvel, ou seja, era eterno.

O desquite, diversamente do divórcio, mantinha a existência do vínculo indissolúvel, de modo que não poderia ocorrer um novo casamento, mesmo após o desquite, o qual gerava efeitos tão só para a separação de corpos e de bens. O casal desquitado não poderia contrair novo matrimônio (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 mantiveram as disposições da sua antecessora. Foi somente no ano de 1977, com a vigência da Emenda Constitucional nº 9, que o casamento perdeu seu caráter vitalício, passando a ser possível o divórcio. No mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 6.515/1977, que abordou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, dispondo sobre processos e procedimentos.

Mesmo com essas alterações, é possível perceber que elas eram unicamente aquelas advindas do vínculo matrimonial. Portanto, todas as outras relações familiares, inclusive as simultâneas, continuavam não sendo consideradas como institutos jurídicos, mas, apenas, como relações de concubinato.

Sob essa perspectiva, não haveria de se falar nem ao menos na simples possibilidade de existirem direitos entre um casal que conviveu durante anos, mas não se casou. Assim como também não se discutia sobre direitos quando houvesse a descoberta de que um mesmo homem mantinha mais de uma família simultânea, sendo uma delas havida em razão do casamento. Logo, o direito sempre trouxe proteção às relações derivadas do casamento monogâmico, ignorando toda e qualquer outra.

2.2.2 Reflexos do Código Civil de 1916 na organização familiar e na posição da mulher no cenário jurídico brasileiro

O Código Civil de 1916, denominado Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, trouxe inúmeras mudanças para o contexto das estruturas familiares no tocante às formalidades e materialidades documentais. Entretanto, referida lei manteve a dominação e fortaleceu o controle social pelo patriarcado.

Antes de adentrar as entidades familiares propriamente ditas, é pertinente ponderar sobre a condição da mulher em relação à legislação civil de 1916, o que será de suma importância para a análise jurídica das entidades familiares.

Com base nas disposições abordadas até aqui, não há como negar que a posição ocupada pela mulher e a formação das famílias estavam diretamente atreladas ao controle do patriarca, o que continuou em vigor na sociedade brasileira mesmo com o advento da Lei Civil de 1916.

Sob esse enfoque, o constituinte deixa de distinguir homens e mulheres, no sentido contrário do Código Civil de 1916, e considera os indivíduos na sociedade como iguais, pontuando, em seu art. 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

A condição de exclusão que a mulher ocupava durante a vigência da antiga lei civil era perceptível nos primeiros artigos, quando o legislador pontuava que todos os homens eram capazes de direitos e obrigações na ordem civil e que adquiriam personalidade jurídica logo após o nascimento com vida (BRASIL, 1916).

Embora o Código Civil de 1916 nada dispusesse sobre a supressão de direitos da mulher, é clara essa intenção do legislador quando utiliza em seu texto características, adjetivos e substantivos eminentemente masculinos. Tanto é assim que, na primeira menção aos direitos da mulher, a legislação pontuava que o domicílio da mulher casada seria o do marido (BRASIL, 1916).

Certo é que a mulher ocupava uma posição de relativamente incapaz, que somente poderia realizar os atos da vida civil com a autorização do pai ou do marido. Sob esse enfoque, o artigo 6º, inciso II, dispunha que as mulheres casadas estavam sujeitas à tutela enquanto persistisse a sociedade conjugal. Referida condição somente foi alterada com o advento da Lei nº 4.121, de 1962, que retirou da mulher casada a condição de sujeito relativamente incapaz para os atos da vida civil (BRASIL, 1962).

Além disso, a antiga lei civil determinava que as decisões quanto aos bens da família e ao domicílio deveriam ser tomadas pelos chefes de família, restando claro que a condição da mulher era de submissão ao poder do marido ou do pai. O único momento em que a mulher poderia tornar-se a chefe da família seria no estado de viuvez, quando passaria a administrar os bens da família, salvo se tivesse um filho homem, que, então, exerceria esse papel (BRASIL, 1916).

Ademais, apenas o casamento poderia constituir uma entidade familiar legítima (art. 229). Logo, toda e qualquer outra forma de relacionamento não viria a ser considerada como uma entidade familiar, não havendo falar-se na existência da união estável, e o concubinato

continuava sendo visto como algo execrável pela sociedade (BRASIL, 1916). Neste ponto, é interessante anotar que, conforme se verá no capítulo seguinte, a jurisprudência brasileira atual nos tribunais superiores apresenta pouca diferença quanto ao posicionamento arcaico do Código Civil de 1916.

Em regra, após o casamento, o regime de bens seria o da comunhão universal. Todavia, caso a mulher tivesse algum patrimônio particular, era o marido que cuidaria da administração do bem. Por outro lado, a lei garantia ao cônjuge varão o direito de cobrar da esposa um valor pelo serviço prestado, conforme disposto no art. 241 (BRASIL, 1916).

O *Codex* Civil de 1916 também abarcou tanto os direitos e deveres do marido quanto os direitos e deveres da esposa. No tocante ao marido, era ele considerado o chefe da sociedade conjugal, atuando em sua função com a colaboração da esposa. Dentre as suas obrigações, estava o dever de representante legal da família, a administração dos bens comuns ao casal e dos bens particulares da esposa, o direito de fixar o domicílio da família e a obrigação de provê-la. Após o casamento, a mulher tornava-se uma simples companheira e consorte do marido, devendo velar pela existência e funcionamento material e moral da família (BRASIL, 1916).

Ainda, no tocante à condição da mulher no casamento, era o marido legalmente capaz de autorizar-lhe a profissão e a sua residência fora do teto conjugal, conforme preconizava o inciso IV do artigo 233 do Código Civil de 1916. De igual forma, o art. 242 trazia um rol de ações que a mulher não poderia fazer sem a autorização do marido (BRASIL, 1916).

Sob esse prisma, merece menção o posicionamento apresentado na obra de Rodrigo Trespach:

O Código Civil de 1916, o primeiro da república, ainda era misógino. A não virgindade permitia a anulação do casamento e dava direito ao pai de deserdar a filha “desonesta”. Só por concessão do marido, então o “chefe da família”, a mulher poderia trabalhar, realizar atividade financeira e ter residência. Somente com o Estatuto Civil da Mulher, de 1962, ela passaria a ser “colaboradora” do marido; com a Lei do Divórcio, de 1977, poderia haver separação da sociedade conjugal. (TRESPACH, 2017, p. 124).

A restrição à possibilidade de trabalhar e profissionalizar-se fora do ambiente conjugal persistiu para a mulher até 1962, quando houve a revogação do referido artigo. Antes disso, a estrutura social das famílias entendia que a existência e colocação da mulher estava atrelada à casa comum ao casal, ao cuidado para com os filhos, bem como à administração e à execução das atividades domésticas.

Do mesmo modo, o dote, que deveria ser repassado ao marido, passou a ter uma estrutura jurídica no Capítulo V do Código Civil de 1916, que disciplinava acerca de sua existência e entrega, sua administração e seu uso, bem como sobre sua devolução (BRASIL, 1916).

Não há dúvidas que, durante a vigência do antigo Código Civil, havia uma forte proteção ao patriarcalismo, cabendo ao homem deter todo o domínio e o controle do funcionamento da entidade familiar, enquanto a mulher dele dependeria, até mesmo para poder exercer uma atividade profissional.

Ademais, depreende-se que as entidades familiares tidas como legítimas apenas advinham do casamento. Dessa maneira, nenhuma outra forma de relação familiar era considerada legítima e poderia gerar direitos e obrigações aos envolvidos. Somente com a edição das normas constitucionais de 1988 e do Código Civil de 2002 (CC/2002) foi possível visualizar mudanças na entidade familiar enquanto instituto jurídico. Isso é o que se verá no tópico a seguir.

2.3 Aspectos evolutivos das entidades familiares brasileiras: Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF), o tratamento conferido às entidades familiares sofreu algumas modificações, haja vista que o legislador passou a não mais estipular ou determinar como a família dita “legítima” deveria ser formada. Segundo a Lei Maior, a família tem proteção do Estado, e o casamento deverá ser civil e terá efeito civil quando realizado na Igreja.

O Código Civil de 2002 também trouxe inúmeras mudanças ao cenário social. Entre elas, a legislação civil não fez mais distinção de condição entre homem e mulher. Além disso, trouxe disposições específicas para o reconhecimento e manutenção de direitos das relações formadas por união estável.

Tais alterações serão abordadas no decorrer deste tópico, a fim de demonstrar como influenciaram diretamente na nova organização das entidades familiares no cenário brasileiro, principalmente, no tocante às relações havidas sem o vínculo matrimonial.

2.3.1 As modificações introduzidas no âmbito das famílias pela Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, influenciada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948, viabilizou o cumprimento de inúmeros direitos e princípios norteadores do Direito. Desse modo, o Estado passa a apresentar-se como aquele que tem o dever de garantir a seus indivíduos a existência do necessário (proteção, saúde pública, educação, segurança pública, entre outros), assegurando o exercício e a efetividade dessa vida digna.

A partir de 1988, tornam-se fundamentos da República Federativa do Brasil, entre outros, a cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana. Por intermédio deste princípio, extrai-se o ensinamento de que toda e qualquer pessoa deve viver de forma digna e honesta, podendo professar a religião que desejar, sendo-lhe possível o acesso a todos os recursos materiais, alimentícios e financeiros para tanto (BRASIL, 1988).

Com as novas disposições constitucionais, as disparidades entre homens e mulheres passam a ser constituídas sob uma nova roupagem, possibilitando a existência de reivindicações e a crescente luta por direitos igualitários.

Dentre os direitos incluídos no art. 5º da Constituição de 1988 que impactam diretamente as relações matrimoniais, até então regidas pelo Código Civil de 1916, estava a liberdade para o exercício do trabalho ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais exigidas (BRASIL, 1988).

Além disso, o legislador constituinte dispõe: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, no sentido contrário das leis anteriores, que não reconheciam como entidade familiar a formação havida entre um dos genitores e seus filhos. Essa garantia passou, então, a ser resguardada (BRASIL, 1988).

No âmbito da organização e funcionamento do casamento, a Constituição de 1988 dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, não havendo mais de se falar em dominação patriarcal ou no homem como o centro de controle da entidade familiar. A mulher, portanto, conquista maior autonomia e mais direitos (BRASIL, 1988).

Nada obstante as inúmeras mudanças, a norma constitucional acabou mantendo alguns retrocessos, dentre eles aqueles traçados pela Lei do Divórcio, de 1977, ao dispor que “o

casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (BRASIL, 1977).

No tocante às relações havidas sem o vínculo matrimonial, importante alteração foi promovida com a promulgação da Lei nº 9.278, de 1996, a qual acrescentou o §3º ao art. 226 da Constituição, dispondo que “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” (BRASIL, 1996).

Nesse sentido, as relações amorosas que fossem constituídas de forma duradoura, mediante a existência de uma convivência pública e contínua, mas sem o vínculo matrimonial, passaram a ser denominadas união estável. Todavia, ainda se mantêm alguns problemas, que serão posteriormente abordados, como a possibilidade de uma pessoa, a um só tempo, ser casada com alguém e ter uma união estável com outra pessoa e como ficam os direitos das partes envolvidas.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 66 também alterou o §6º do art. 226 da Constituição Federal, ao dispor que o casamento civil poderá ser dissolvido pelo divórcio, não havendo mais a obrigatoriedade da separação de corpos por mais de dois anos nem a publicação de sentença judicial determinando a separação.

Apesar de se verificar a manutenção de alguns retrocessos, quando em comparação aos demais textos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 demonstra uma preocupação maior com a condição dos seres humanos, bem assim com a forma como são tratados e vistos dentro de uma sociedade e no interior das entidades familiares, o que também foi consagrado pelo Código Civil de 2002, como se verá adiante.

2.3.2 O casamento e a união estável sob o enfoque do Código Civil de 2002

A mudança de percepção trazida pelo texto constitucional vigente foi condicionamento primordial para as mudanças na organização, aceitação e existência das entidades familiares, dentre as quais se destaca a união estável, a qual foi normatizada pelo Código Civil de 2002.

Em seus primeiros artigos, a nova lei civil garantiu sua aplicabilidade para toda e qualquer pessoa, ponderando que todos são capazes de direitos e deveres na ordem civil.

Além disso, a personalidade civil passou a ser um direito e uma garantia de toda e qualquer pessoa, tendo início com o nascimento com vida. A mulher, então, deixa de ser apenas uma peça importante do casamento, mas controlada pelo homem, e começa a exercer um novo papel na estrutura social do casamento, que não mais é hierarquizada, e sim horizontal entre marido e mulher.

O casamento, disciplinado, na novel legislação civil, no Livro IV, denominado “do Direito de Família”, visa estabelecer uma comunhão plena de vida, tendo como base a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (BRASIL, 2002).

Quanto à validade, o novo Código estabelece que o casamento deve ser celebrado em âmbito civil, com o consequente ato registral no Cartório de Registro Civil. No entanto, nada impede que a cerimônia seja realizada em âmbito religioso: “o casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração” (BRASIL, 2002).

Além disso, para que seja válido, o casamento deve seguir uma série de obrigações estipuladas na legislação civil de 2002, cabendo atenção à execução do processo de habilitação até a efetiva celebração do casamento e o consequente lavramento no livro de registro civil, bem como à existência ou não dos impedimentos para a sua realização (BRASIL, 2002).

O art. 1.521 do CC/2002 preceitua o rol de pessoas que não podem se casar:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Da leitura do dispositivo supra, percebe-se o intuito do legislador em evitar o casamento entre pessoas que já possuem algum tipo de parentesco, seja ele consanguíneo ou por afinidade, além de manter a proibição para uma pessoa que já esteja casada. Este dispositivo corresponde

à clara vedação jurídica da bigamia, que continua sendo um ato antijurídico, tanto no âmbito cível quanto no criminal¹.

Mesmo o atual Código Civil sendo de 2002 e tendo abarcado mudanças significativas, a legislação permanece sofrendo inúmeras alterações na interpretação dos seus artigos, porquanto se busca a sua aplicabilidade em conformidade com as mudanças sociais. Como forma de exemplificação, estão o reconhecimento da união estável e do casamento de pessoas homoafetivas².

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que não há nenhuma vedação legal. Ou seja, a legislação deve ser interpretada e analisada levando-se em conta as atuais mudanças e alterações sociais; ela deve ser condicionada como um dever-ser: se não há vedação, é lícito aos particulares daquela forma agirem.

No entanto, a formação das entidades familiares apenas em razão da formalização do matrimônio passou a apresentar-se como um instituto jurídico falho, incapaz de abarcar as demais relações amorosas que ocorrem na sociedade brasileira. No momento anterior ao Código de 2002, qualquer relação jurídica havida fora do matrimônio era tida como inexistente ao Direito de Família, no tocante aos direitos entre os cônjuges. Por esse motivo, entendeu por bem o legislador fazer uma adequação às novas formas de relações amorosas, reconhecendo a união estável, que constitui outro modo jurídico capaz de validar uma relação amorosa.

Nesse cenário, a união estável, então, vem a ser a outra possibilidade de documentar a existência de uma relação amorosa entre duas pessoas. Por essa razão, a lei dispõe que “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” (BRASIL, 2002).

¹ No âmbito criminal, a bigamia continua sendo estipulada como crime, de modo que o art. 235 do Código Penal traz a seguinte redação “Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.” (BRASIL, 1940).

² Em decisão considerada histórica, em 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, ao sentenciar a ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132, que os casais homoafetivos poderiam estabelecer, entre si, uma família pela união estável, bem como realizar casamento, uma vez que não haveria de se conceder tais direitos apenas para os casais formados pelo homem e pela mulher, em atenção ao princípio da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A legislação civilista estabeleceu que a união estável deverá ter como base os preceitos da lealdade, do respeito e da assistência. Nessa modalidade, a lei estipula que o regime de bens aplicado é o da comunhão parcial de bens, contudo, traz a possibilidade de o casal estipular uma forma diversa de regime, desde que o faça por escrito (BRASIL, 2002).

Aos impedimentos para a união estável aplicam-se os mesmos requisitos para o casamento, estipulados no art. 1.521 do CC/2002, havendo apenas uma ressalva quanto ao inciso IV, que não é aplicado caso a pessoa casada tenha-se separado de fato ou judicialmente. Contudo, as causas suspensivas para a união estável não existem, uma vez que não há a aplicação do art. 1.523 do CC/2002.

O doutrinador Dilvanir José da Costa entende que a união estável também possui seus impedimentos e não poderá ser reconhecida em concorrência com algum casamento para o qual não houve separação de fato ou de direito:

Na união estável ocorrem os impedimentos do casamento, pelas mesmas razões éticas e eugênicas. Não obstante, embora casados, os separados de fato ou de direito podem constituir união estável. Isso demonstra que o próprio casamento pode decair de seu status legal, se lhe faltar o requisito fundamental da convivência ou estado de espírito de casado. Não se constitui união estável em concorrência com o casamento sem separação de fato ou de direito. (COSTA, 2006, p. 74).

Ao final das disposições concernentes à união estável, a lei civil determina que as relações, não eventuais, havidas entre um homem e uma mulher, quando qualquer um dos dois estiver impedido de se casar, serão consideradas concubinato e nenhum dos concubinos será beneficiado.

A partir disso, ingressa-se em parte no problema jurídico identificado para a construção desta pesquisa. Indaga-se: como ficam os direitos daquelas famílias que vivem em união estável, mas o seu elo comum (pai ou mãe) já possui outra família, organizada após a formalização de um casamento? Caso o elo comum venha a falecer, como os direitos patrimoniais serão repartidos? A família que vivia em união estável terá direitos? A esposa poderá receber pensão? A condição do concubinato veda a existência de direitos?

Ainda pairam grandes divergências nas respostas apresentadas aos referidos questionamentos, especialmente porque, embora a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 tenham-se preocupado com a estruturação das famílias, nenhum deles esgotou a

totalidade da matéria; ao contrário, no âmbito constitucional, o legislador trouxe uma amplitude ao conceito de família, com foco “afetividade”.

Essa conduta “pode representar a indicação de que [...] a família não se restringe ao casamento, como anteriormente entendido e do que se torna possível extrair ampla interpretação, pelos métodos cabíveis e adequados e da qual se reconheça idêntica proteção para circunstâncias diversas daquelas consideradas em 1988” (COLTRO, 2012, p. 56).

Desses preceitos, conclui-se que o casamento que, antigamente era considerada a única possibilidade de se constituir uma entidade familiar, passa a dividir essa tarefa com a união estável. Todavia, a instituição familiar não está mais vinculada ao casamento ou à união estável, mas, sim, à existência de vínculos afetivos que interliguem seus membros. Sob esse enfoque, a doutrina do ministro Luiz Edson Fachin preceitua:

Pois bem. Se antes frisamos que tanto a ambiência pública como a ambiência privada passaram, ao fluir do tempo, por inúmeras e distintas alterações em suas feições, também assim o foi com as famílias, justamente no trânsito de sua prévia formatação singular predisposta na codificação à pluralidade concebida e confirmada pela nova ordem constitucional. Eis que o tradicional modelo familiar, que instrumentalizava as relações sociais como instituição erigida sobre o tríptico estandarte do matrimônio, do patrimônio e do pátrio poder, dá lugar à família nuclear eudemonista, cujo feixe luminoso passa a focar-se por sobre as pessoas que nela se encontram afetivamente envolvidas. (FACHIN, 2012, p. 160).

Como resultado, é possível perceber o modo como as condições e as mudanças sociais trouxeram a necessidade de se formular um novo instituto jurídico capaz de trazer segurança jurídica para as relações amorosas que se desenvolviam com o intuito de formar famílias, mas, sem a formalização de um matrimônio. À vista disso, a união estável, a qual independe de prova documental para ser reconhecida judicialmente, é capaz de assegurar garantias de direitos, principalmente na esfera familiar.

No mesmo sentido, pontua-se que, apesar de o Direito prever a possibilidade de as relações amorosas serem reconhecidas unicamente por meio da formalização do matrimônio ou do reconhecimento ou registro da união estável, é preciso definir, no tocante à presente pesquisa, que as entidades familiares independem de uma denominação, principalmente pelas formas como elas podem ser desenvolvidas e materializadas na realidade social.

2.3.3 As entidades familiares e o vínculo da afetividade

Como visto, os preceitos trazidos pelo texto constitucional e pela nova legislação civil abarcaram o alargamento do conceito de família, ou entidade familiar, e de como se estruturam as suas relações nos tempos atuais, tendo como foco o vínculo da afetividade.

Partindo do pressuposto da afetividade, Maria Berenice Dias (2021, p. 439) apresenta a seguinte estruturação das entidades familiares: matrimonial, informal, homoafetiva, simultânea (ou paralela), poliafetiva, parental (monoparental, anaparental, coparental), composta (ou mosaico), multiparental, natural (extensa ou ampliada), substituta, multiespécie e eudemonista.

A partir da existência dessa pluralidade de entidades familiares, denota-se que, na atualidade, somente é cabível a construção de um conceito capaz de englobar e não excluir nenhuma das possíveis formas de se estruturar uma família. Portanto, cabe ao legislador e ao aplicador do direito compreender as famílias com uma visão pluralista, despida de conceitos deterministas que possam excluir qualquer outra forma de organização familiar (DIAS, 2021, p. 440).

Continua Dias:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao Direito das Famílias. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. (DIAS, 2021, p. 443-444).

Por esse prisma, o contexto familiar passa a ser composto por um viés privatista, de modo que as famílias têm autonomia sobre a sua formação e sua concepção, não cabendo ao Estado exercer ou determinar como se dá sua organização ou sua funcionalidade.

Sob esse enfoque, o ministro Luiz Edson Fachin (2012), em sua doutrina, dispõe que o Direito de Família precisa ter uma visão crítica sobre as entidades familiares, buscando formas e mecanismos para repensar aquilo que está legalmente instituído e o que realmente acontece no mundo.

Nesse sentido, o presente trabalho analisará os fundamentos que viabilizam a validade dos relacionamentos, mas, principalmente, abordará a existência de famílias formadas simultaneamente – instituto conceituado a seguir.

As famílias simultâneas (ou paralelas) podem ser consideradas como a formação de uma nova relação familiar, da qual pode haver frutos ou não (filhos ou bens), entre pessoas do mesmo sexo ou sexos distintos, que já se encontram dentro de um relacionamento, seja este formalizado por uma união estável ou por um contrato de casamento (DIAS, 2021, p. 440).

A importância de compreender os desdobramentos e os efeitos jurídicos dessa temática encontra-se no fato de que tais relações envolvendo famílias simultâneas (ou paralelas) são uma realidade constante.

Inúmeros são os casos veiculados na mídia de homens que possuem duas famílias ao mesmo tempo. Na maior parte deles, as famílias não chegam a se conhecer, mas, eventualmente, elas podem acabar se encontrando e se confrontando, principalmente em casos de morte (DIAS, 2021, p. 200).

O Direito não pode fechar os olhos para essas realidades tão presentes. O Poder Judiciário deve ter controle das sentenças e processos, a fim de evitar decisões conflitantes, para garantir a segurança jurídica. Além disso, é preciso impedir que algumas famílias, que nem ao menos tinham a compreensão de estar vivendo em simultaneidade com outra, acabem ficando totalmente desamparadas (DIAS, 2021, p. 440).

Como bem ressaltado por Maria Berenice Dias (2021, p. 449), deixar de responsabilizar quem acaba formando as famílias simultâneas “é ser conivente, é incentivar esse tipo de comportamento”. É permitir que a figura masculina, quase sempre o causador das formações familiares simultâneas, veja-se livre de qualquer responsabilidade, enquanto a pessoa que recebeu promessas de amor e de uma vida próspera fica abandonada à própria sorte.

À vista disso, resta demonstrado o modo como o Direito enquanto instituição social que visa regulamentar e controlar as relações sociais intentou restringir as relações familiares, mantendo a formalização de apenas dois institutos jurídicos, sendo eles o matrimônio e a união estável. Contudo, essa restrição, no tocante às relações familiares e suas repercussões, vai muito além, pois o vínculo de afeto expandiu os horizontes e possibilitou novas maneiras de interpretar, vislumbrar e entender as relações familiares.

Sendo assim, o presente capítulo teve o objetivo de demonstrar como a formação das famílias modificou-se ao longo do tempo. Além disso, abordou como o Direito tem-se adequadamente às mudanças sociais, com o intuito de garantir a segurança jurídica dos envolvidos. Logo, a formalização (matrimônio ou união estável) das relações amorosas deixou de ser a condição

sine qua non para o reconhecimento e a garantia dos direitos de cada uma das pessoas integrantes daquela relação.

3 ASPECTOS GERAIS DA MONOGAMIA NAS ENTIDADES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS

A abordagem inicial trouxe para o debate elementos centrais que abarcaram o instituto jurídico da entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas à problematização situacional das famílias simultâneas (paralelas), que devem ser estudadas à luz da monogamia.

Para tanto, o presente capítulo buscará compreender o conceito da monogamia ao longo da história, além de debruçar-se sobre ela enquanto fenômeno. A análise terá amparo da literatura psicanalítica e dos ensinamentos da psicologia e sociologia de maneira pormenorizada, visando trazer, em linhas gerais, a compreensão da conjugalidade humana no decorrer do tempo e sob diferentes pontos de vista.

3.1 Visão interdisciplinar sobre a fenomenologia monogâmica

O instituto da monogamia vem sendo objeto de estudo em diversas áreas parcelares do conhecimento, o que contribui com abordagens mais detalhadas e críticas sobre o assunto.

Antes de analisar os aspectos gerais que permeiam a monogamia, fazem-se necessárias breves considerações sobre a visão da psicanálise, da antropologia e da sociologia que envolvem a temática. Afinal, independentemente da área de concentração de pesquisa, a interdisciplinaridade das Ciências é de suma importância para o avanço.

3.1.1 Abordagem da psicanálise sobre a monogamia

Do ponto de vista da epistemologia psicanalítica, algumas abordagens se fazem necessárias para compreender a evolução histórica da monogamia enquanto conceito e fenômeno.

É latente, nos estudos de Freud (1995), a compreensão de que a tradição ocidental acerca das relações conjugais carrega consigo vetores de proibição do adultério como forma de evitar o tabu do incesto. Nesse sentido, haveria a necessidade de se proibir o que poderia ser tentado por alguém (relações extraconjugais), o que denota que “a monogamia estrita não é automática, mas, sim, precisa ser imposta e reforçada” (BARASH; LIPTON, 2007, p. 272).

Partindo-se da ideia de que a monogamia agrega “a fidelidade e a exclusividade, em relação ao parceiro ou parceira amorosa e, de maneira geral, fortemente ligada à instituição do casamento”, é possível notar consonância com os estudos freudianos ligados ao “amor e o ciúme, na medida em que se constitui como um arranjo afetivo, cuja principal característica é a exclusividade” (AMORIM; BELO, 2017, p. 200).

No entanto, não é possível estabelecer um diálogo entre esses vetores de análise sem considerar a ideia de conflito na ortodoxia freudiana, como sendo constitutivo nas várias camadas psíquicas dos sujeitos ligadas à excitação, defesa e outras pulsões (LAPLANCHE; PONTALIS, 2001, p. 70; AMORIM; BELO, 2017, p. 215).

Sob a dimensão do desejo, as relações monogâmicas poderiam funcionar “como um recipiente mais ou menos seguro para o exercício da sexualidade, de maneiras benéficas para os sujeitos envolvidos”. Pode-se pensar também a relação monogâmica “exatamente pela estabilidade que ela oferece” (AMORIM; BELO, 2017, p. 215).

Ao realizar uma contextualização histórica da monogamia, aponta-se a existência de necessidades próprias de uma relação conjugal, calcadas em uma base de pensamento estruturante de segurança e de manutenção do *status quo* patriarcal, cristão e patrimonial.

Não só isso, a sociedade foi historicamente constituída atribuindo-se alto valor à virgindade feminina em relação a eventual parceiro, situação ainda presente em muitas comunidades no mundo (AMORIM; BELO, 2017).

Por isso, outro contributo à compreensão histórica da monogamia é a “continuação lógica do direito à posse exclusiva da mulher, que contribui a essência da monogamia, a extensão desse monopólio para incluir o passado” (FREUD, 2006a, p. 201).

A partir dessa formatação histórica, a monogamia pode ser entendida, do ponto de vista da psicanálise, como um mecanismo com tendências a recalcar desejos que ocupam o inconsciente de sujeitos, pois, do contrário, regramentos e disposições legais a que ela está submetida não seriam necessários (FREUD, 2006b, p. 80; AMORIM; BELO, 2017, p. 200).

Além das premissas postas sobre a epistemologia psicanalítica, também se fazem necessárias as pontuações sobre o ensinamento da antropologia e sociologia para melhor compreensão fenomenológica da monogamia.

3.1.2 Abordagem da antropologia e sociologia sobre a monogamia

Do ponto de vista antropológico, várias são as referências que se debruçaram sobre a realidade monogâmica presente em diversos contextos sociais culturalmente constituídos.

Helen Fisher (1992, p. 110), uma das principais pesquisadoras sobre o tema, define categorias de possibilidades sexuais presentes nos relacionamentos humanos. Para a professora, os homens possuem maior capacidade de formar um casal com uma única mulher alternativamente (monoginia), ou podem formar relações concorrentes com mais de uma parceira (poliginia). Já as mulheres, semelhantemente, podem definir como parceiro um único homem (monoandria) ou com vários homens (poliandria).

Fisher (1992, p. 90) chama a atenção para o fato de que, no dicionário, a monoginia está definida como a situação de se ter uma única esposa por relacionamento e a monoandria como a possibilidade de apenas um marido por vez. Poliginia estaria ligada à ideia de mais de uma esposa, enquanto poliandria seria vários maridos.

Postas tais premissas, chega-se à conclusão de que o conceito de monogamia nos dicionários (um único cônjuge) vem sendo utilizado de maneira tipicamente distante da realidade, “na medida em que, ao se defini-la como a condição de estar casado com apenas uma pessoa por vez, não está se estabelecendo que os integrantes dessa união sejam sexualmente fiéis entre si” (SANTIAGO, 2014, p. 67).

Nesse sentido, o aspecto monogâmico das relações “não necessariamente implicaria a fidelidade, de forma que monogamia e fidelidade não são termos sinônimos. Mesmo porque o adultério, em geral, decorre do estabelecimento da prática da monogamia” (SANTIAGO, 2014, p. 67).

É justamente devido a essa situação tendente a compreender a monogamia como uma exclusividade na relação sexual que, como apontado anteriormente, Barash e Lipton (2007, p. 60) apelam para um sentido biológico para explicar esse arranjo reprodutivo que envolve um indivíduo macho e outro indivíduo fêmea.

A sociologia, aliada à antropologia, também contribui em demasia com a noção do comportamento monogâmico presente na tessitura social, ganhando notoriedade no ambiente acadêmico por se consolidar como refratária às desproporções puramente naturalistas do fenômeno.

Engels (2019, p. 50), um dos pensadores responsáveis pela teorização do socialismo científico, ao investigar a localização do surgimento da família enquanto uma instituição social na história, compreende que ela sempre esteve umbilicalmente ligada à propriedade privada. Isso quer dizer que, para assegurar eventuais direitos sobre dada herança hereditária acumulada durante a vida conjugal, a família monogamicamente formatada seria a forma encontrada para essa finalidade.

Nesta toada, para além do aspecto puramente natural ou cultural da família monogâmica, Engels (2019, p. 49) ressalta um outro vetor de análise de grande importância para a sua compreensão fenomenológica: o fator econômico.

Partindo da premissa do trabalho humano enquanto categoria das relações entre os humanos, a formação de famílias monogâmicas “não é tecida por frutos do amor sexual individual, mas, sim, por condições econômicas que preservavam a propriedade privada e sua retenção na família” (SILVA, 2015, p. 9).

As premissas de Engels (2019, p. 30), que – vale dizer – foram um dos primeiros estudos sociológicos sobre a origem da família, da propriedade privada e do Estado (SANTIAGO, 2014, p. 50), serviram e ainda servem como referência para muitos estudiosos, uma vez que oferecem importante abordagem sociológica sobre a monogamia, inclusive sobre eventuais críticas ao seu oposto, a poligamia.

Contra a tese de que a única organização conjugal presente na história seria aquela constituída mediante o formato monogâmico (ROUDINESCO, 2002, p. 40), Lessa (2012, p. 42) aponta criticamente que essa premissa “não leva em conta, sequer, o fato de que a monogamia sempre foi apenas para as mulheres – aos homens, o casamento monogâmico sempre foi complementado pela prostituição (ou pela poligamia masculina)”.

A ideia de preponderância do homem no seio familiar desde os antigos gregos, “explica a tendência de considerar a monogamia ligada ao reconhecimento da propriedade privada; ou seja, a mulher seria proibida de se relacionar com outros homens pelo fato de pertencer ao marido” (SANTIAGO, 2014, p. 75). Porém, com relação à figura masculina, a história mostra que a concepção monogâmica seria apenas figurativa, ante a constituição de relações extraconjugais, inclusive com considerável estabilidade (DONIZETTI; QUINTELLA, 2013, p. 140).

Assim, do ponto de vista sociológico, a monogamia seria a primeira forma de opressão entre classes, sobretudo do sexo masculino sobre o sexo feminino (ENGELS, 2019, p. 35).

Essa análise não exclui as várias racionalidades de cunho subjetivo presentes nas diferentes religiões. É fato que existam “diferentes organizações familiares no que diz respeito ao número de mulheres para um homem. Entre a família ‘mórmon’ e a ‘cristã’, entre o harém saudita e a família francesa, há diferenças evidentes” (LESSA, 2012, p. 42).

Mas o fundamental, que é velado, é que tanto a “monogamia” como a “poligamia” expressam o mesmo patriarcalismo. Se, no harém e entre os mórmons, a monogamia é expressamente apenas feminina, ao homem sendo legítimo várias esposas, na família tradicional cristã, ocidental, o casamento é complementado pela prostituição. A regra monogâmica aplica-se apenas às mulheres: a monogamia é a expressão, por todos os lugares, do patriarcalismo (LESSA, 2012, p. 42).

Diante da realidade que se apresenta do ponto de vista da antropologia, sociologia e da própria psicanálise, é fato que a difusão da racionalidade monogâmica das relações ocorreu e ainda persiste em várias esferas e instituições sociais, o que reflete na forma como os casos são tratados pelo Judiciário.

Superadas as abordagens interdisciplinares que envolvem a fenomenologia monogâmica, os próximos tópicos do presente capítulo passarão a percorrer os aspectos gerais da monogamia.

3.2 Evolução histórica do conceito e aspectos das concepções monogâmicas

Antes de adentrar a acepção conceitual historicamente constituída desse fenômeno, convém abordar em linhas gerais a etimologia da palavra e a carga semântica que a integra, sem deixar de lado a carga fenomenológica que lhe é inerente.

Etimologicamente, o termo monogamia deriva do grego *monogamus*, sendo *monos*, que guarda relação com ideia de “um” ou “sozinho”, e *gamos*, que significa casamento (BERTONCINI; PADILHA, 2022, p. 89).

A carga semântica que integra a monogamia diz respeito a um estado e a uma condição. Enquanto estado, a monogamia é um “regime social ou cultural segundo o qual uma pessoa pode ter apenas um cônjuge, enquanto estiver casada.” Já como condição, trata-se da “pessoa que se encontra nesse regime” (DICIO, 2022, online).

Em linhas gerais, a monogamia é compreendida como uma associação de monopólio que cada indivíduo faz sobre o outro, com vistas à reprodução. Assim, trata-se da constituição de um vínculo relacional com larga perspectiva de duração, incluindo o vetor da exclusividade (HATTORI; MOTA; SOUSA, 2009, p 115).

Do ponto de vista literal, a conceituação de “monogamia significa estar casado com uma pessoa. E o casamento é entendido como uma instituição social que envolve um compromisso legal entre duas pessoas” (SANTIAGO, 2014, p. 68).

Vale notar que das possíveis definições sobre a monogamia, poucas, ou nenhuma, tentativas conceituais acrescentam o elemento amor ou sexo para caracterizá-la (BRANDON, 2010, p. 15).

A concepção monogâmica no Brasil guarda relação com o período colonial e a fé católica coligada com as navegações que tinham por objetivo expandir o poderio europeu ao longo dos séculos XV e XVI. Desse modo, conjugalidade monogâmica “apresenta peculiaridades, e os valores patriarcais e o conservadorismo social, que têm suas raízes fincadas no período colonial, ainda persistem” (BERTONCINI; PADILHA, 2022, p. 90).

Na sociedade colonial, a documentação inquisitorial sobre as bigamias revela aspectos valiosos acerca das relações concubinárias, amores ilícitos, filhos ilegítimos, ordem familiar, poder e obediência, respeito e sujeição. Enquanto o casamento era valorizado e legitimado, por sua vez, o concubinato era estigmatizado, constituía uma prova do desregramento moral e, portanto, reprovado. (BERTONCINI; PADILHA, 2022, p. 90).

Do ponto de vista religioso, o Antigo Testamento apresenta algumas disposições com clara alusão à intolerância adúltera, o que demonstra evidente contribuição com o aspecto social do estigma monogâmico.

A posterior concepção ocidental do cristianismo tende a reafirmar a intolerância à prática do adultério, o que denota nítida adesão ao modo de vida monogâmico. Isso porque o sexto e o décimo mandamentos evocam a proibição do adultério e a impossibilidade de desejar a mulher do próximo – a base do pensamento patriarcal e da cultura machista estrutural que ainda atravessa a sociedade (BERTONCINI; PADILHA, 2022, p. 89).

Sob outro enfoque, acreditou-se que a prática monogâmica estaria ligada a uma concepção biológica, ou seja, natural da formação e manutenção das relações entre os seres

humanos. No entanto, as mais recentes discussões teóricas e empíricas, que refletem na concepção histórica do termo e do fenômeno, têm declinado e reafirmado o seu aspecto cultural.

Na literatura, ainda são encontradas contribuições que tendem a reafirmar o aspecto biológico da monogamia, com justificativa calcada na seguinte afirmação: “nossa abordagem será biológica, porque, independentemente do que possamos ser, nós, seres humanos, somos criaturas absolutamente biológicas” (BARASH; LIPTON, 2007, p. 14).

Sustenta-se que exista a monogamia social e a monogamia sexual entre os seres vivos, sendo um mais presente do que outro em determinadas espécies de animais (BARASH; LIPTON, 2007, p. 15).

Quanto aos seres humanos, é preciso considerar que “as experiências da conjugalidade humana e suas múltiplas configurações têm ingredientes culturais e sociológicos muito mais fortes que supostos determinismos de natureza biológica” (SILVA A., 2012, p. 19). Tanto é verdade que, “mesmo em estudos que têm pretensão de análise exclusivamente biológica os autores resvalam para questões de natureza econômica ou social” (SILVA, A., 2012, p. 22).

Sobre o viés biológico, tem-se que “A evidência histórica e do cruzamento de várias culturas minou a noção de que os papéis das mulheres, que variavam amplamente, pudessem ser determinados por uma sexualidade e reprodução humana aparentemente uniformes” (VANCE, 1995, p. 10).

Ademais, “crítica veemente à análise biológica evolucionista foi formulada pelo movimento feminista”, de modo que “evidenciou-se ser insustentável a confusão entre gênero e sexualidade, que implicava a inevitabilidade e naturalidade da subordinação das mulheres” (SILVA, A., 2012, p. 26).

Certo é que a visão puramente biológica sobre a monogamia culminou no reexame de seus paradigmas fundantes, de forma a estabelecer uma crítica do próprio determinismo biológico, sendo importante para se pensar o andamento histórico e fenomenológico dessa prática.

Apresentada a conceituação e as concepções que permeiam o fenômeno monogâmico, passa-se a discorrer sobre a natureza jurídica do instituto, aspecto primordial para análise do entendimento jurisprudencial firmado pelos tribunais brasileiros.

3.3 Natureza jurídica da monogamia: princípio ou regra?

Atualmente, a doutrina não é pacífica sobre a natureza jurídica da monogamia: se é um princípio ou mera regra. Existem algumas correntes acerca do tema, desde a mais clássica, que compreende a monogamia como princípio, pressuposto obrigatório ao Direito Matrimonial, até os ensinamentos mais críticos e contextualizados acerca do tema.

3.3.1 A concepção tradicionalista do Direito de Família e o princípio da monogamia

A concepção tradicionalista de Clóvis Beviláqua (1903, p. 200), um dos primeiros juristas brasileiros a escrever uma obra sobre Direito de Família, abordou a monogamia, concebendo o casamento monogâmico como típica regulação da sexualidade dos povos cultos, assim concebidos em oposição aos selvagens.

Para o clássico autor, a monogamia “é a forma de união conjugal de mais forte coesão entre os consortes, a mulher organizada para a manutenção da prole, a mais consentânea com a dignidade da mulher e com a moralidade social, finalmente, a mais adaptada ao desenvolvimento da simpatia humana” (BELIVAQUA, 1903, p. 288).

A obra de Marcos Alves da Silva (2012, p. 109), ao analisar o pensamento clássico do autor, dispõe que “Beviláqua parte da premissa de que para os povos cultos a monogamia constitui uma conquista definitiva. A premissa carrega em si um argumento de autoridade na medida em que desqualifica o diferente como inculto e primitivo”.

Para Pontes de Miranda (2001) – outra importante influência clássica para o pensamento jurídico brasileiro –, a monogamia é tão fundamental, que chega ele a afirmar que “a monogamia criou o amor”. Neste trilhar, denota-se que a compreensão de amor se tornou sinônimo de constituir família, e constituir família tornou-se sinônimo de monogamia.

Debruçando-se sobre os escritos de Pontes de Miranda, Marcos Alves da Silva destaca duas questões centrais: “a primeira, é que o casamento monogâmico é resultado de uma evolução histórica linear, e, a segunda, que a monogamia é questão de ordem pública, ou, em suas palavras, questão moral e de organização social” (SILVA, M., 2012, p. 112).

Para Orlando Gomes (2000, p. 150), a monogamia é um dos princípios basilares do Direito de Família. Sustenta o autor que o vínculo matrimonial deve obrigatoriamente ser monogâmico:

O vínculo matrimonial há de resultar do consentimento livre dos nubentes. Pressupõe, por conseguinte, capacidade para manifestá-lo. O consentimento dos contraentes não pode ser substituído, nem se admite seja a vontade autolimitada pela condição ou por termo. Tem de ser monogâmico. Não se permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa. A bigamia é punida. Quem é casado está proibido de contrair segundas núpcias, defesas enquanto permanece o vínculo. Nessa proibição consiste, tecnicamente, a monogamia.

Na mesma linha de pensamento, Rolf Madaleno (2020, p. 210) também reconhece a monogamia como um princípio que continuaria sendo ordenador de uma conduta humana ao menos preferencial de organização das relações jurídicas da família do mundo ocidental.

De igual forma, Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 75), ao lecionar sobre os impedimentos matrimoniais de pessoas casadas, afirma: “Trata-se do princípio do casamento monogâmico que domina a civilização cristã”.

Vê-se, portanto, que, a partir dos clássicos, a monogamia foi-se sedimentando como um princípio em diversos manuais de Direito de Família.

Ainda sob esse olhar, as obras escritas e popularizadas após o advento do Código Civil de 2002 continuam apontando a monogamia como um princípio do Direito de Família, ou, pelo menos, afirmando-a elemento obrigatório e norteador das relações familiares, sem grandes reflexões que ousem ir além das visões tradicionais.

Nesse contexto, a moderna doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p.76) também defende o *status* de princípio da monogamia, que regularia as relações morais, conjugais e amorosas, sendo um princípio norte das relações familiares.

Nessa mesma perspectiva, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 59), ao lecionar sobre impedimento decorrente de casamento anterior, afirma: “procura-se, assim, combater a poligamia e prestigiar a monogamia, sistema que vigora nos países em que domina a civilização cristã”.

Mais à frente, quando ensina sobre deveres conjugais, diz que “o dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do caráter monogâmico do casamento”, ignorando a necessidade de maiores reflexões como, por exemplo, pelo reconhecimento, pelo Código Civil, de união estável de pessoas casadas, mas separadas de fato (GONÇALVES, 2005, p. 174).

Na mesma égide, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2008, p. 45) aponta a monogamia como um princípio do Direito de Família, discorrendo que “embora alguns povos admitam a poliandria e a poligamia, a grande maioria dos países adota o regime da singularidade, por

entender que a entrega mútua só é possível no matrimônio monogâmico, que não permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa, punindo severamente a bigamia”.

Baseando-se em Herbert Spencer, a autora defende que “a monogamia é a forma natural e mais apropriada de aproximação sexual da raça humana, ao passo que a poligamia, como pondera Savigny, é o estágio menos avançado da moral” (DINIZ, 2008, p. 75). Reafirma a defesa do princípio da monogamia quando fala dos deveres conjugais: “o dever moral e jurídico da fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial” (DINIZ, 2008, p. 129).

Dessas digressões, constata-se que as mais recentes obras se aliaram à doutrina clássica, que adiciona um viés principiológico, dogmático não crítico e não contextualizado à monogamia, em oposição ao cenário moderno que será apresentado.

3.3.2 A concepção moderna da monogamia e o reconhecimento das famílias simultâneas

Nada obstante a maior parte da doutrina civilista brasileira entenda que a natureza jurídica da monogamia seja de princípio, há uma onda de doutrinadores e pesquisadores jurídicos que já tem trazido a monogamia de forma mais contextualizada e questionadora.

Partindo para o cenário moderno, mais crítico e contextualizado, Marcos Alves da Silva (2012, p. 117) tece severos questionamentos sobre o modo como os autores clássicos referenciados no presente trabalho abordam a monogamia. Vejam:

Nos manuais de Direito Civil, o princípio da monogamia aparece como um dado e não como uma construção jurídica que possa ser problematizada. No máximo se faz referência ao exótico, ao direito estrangeiro de povos bárbaros e incultos, que em seu estágio de involução experimentam ainda a poligamia, na forma de poliginia ou, excepcionalmente, na forma de poliandria. A monogamia é apresentada como princípio do direito matrimonial, do qual decorrem tanto o impedimento em razão do vínculo, isto é, a proibição da bigamia, como o dever de fidelidade, que uma vez violado dava ocasião para a chamada separação-sanção.

O autor critica o fato de que a monogamia é reconhecida por tantos civilistas expressamente como pressuposto, uma premissa, um dogma, e não como um problema a ser discutido e investigado. Sob esse enfoque, questiona o posicionamento de Sílvio Rodrigues:

A literalidade do texto de Sílvia Rodrigues só faz por evidenciar que na dogmática civilista brasileira a monogamia não comparece como tema posto à discussão, não está colocada no rol das considerações, nem muito menos é percebida como um problema a merecer maior referência ou reflexão. É um dado solidificado da cultura ocidental. Logo, não se permitem questionamentos sobre sua expressão jurídica no instituto do casamento. (SILVA, M., 2012, p. 117).

Marcos Silva (2012, p. 80) sustenta também que é impositiva a transposição da ideia do dever de fidelidade e, conseqüentemente, da monogamia, para regular a conjugalidade em suas mais diversas formas, sobretudo tendo a Constituição de 1988 a percebido juridicamente em suas múltiplas expressões.

Para o autor, a monogamia no direito brasileiro deve ser analisada sob três perspectivas: “a dominação masculina, a construção de um lugar de não-direito, isto é, o concubinato, e a legitimação dogmática emanada do direito canônico assimilado pelo Direito Civil de um Estado que se havia proclamado independente da Igreja” (SILVA, M., 2012, p. 125).

Sob esse olhar, o autor assevera que sobre a monogamia se impõe uma reflexão acerca dos desdobramentos da democracia e suas reverberações que ingressaram nos espaços da intimidade; da condição feminina e dos processos emancipatórios; da igualdade e do direito de ser diferente, plural; e da laicização como condição para o Estado democrático de direito:

As novas situações ou ambiências sociais têm sido decisivas para a mais profunda transformação operada nas relações familiares. Esta mudança sem precedentes impõe reflexão sobre todas as sedimentadas crenças legitimadoras. Entre tais crenças situa-se o princípio da monogamia. (SILVA, M., 2012, p. 125).

O autor observa que o tema da simultaneidade de famílias é recente, mas que “no Direito Civil brasileiro contemporâneo já existem significativas manifestações que apontam na direção da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família”, afastando-se dos manuais clássicos que só se reportavam à simultaneidade familiar como um concubinato adúltero (SILVA, M., 2012, p. 148).

A expoente do Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro, a jurista Maria Berenice Dias, expõe que “a monogamia não é um princípio do direito estatal da família, mas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado” (2007, p. 49).

Acompanhando a percepção de Maria Berenice Dias, o doutrinador Carlos Eduardo Pianovski Ruzik (2005, p. 221) defende que a monogamia é uma regra destinada a coibir mais de uma relação matrimonial com chancela estatal. Contudo, o autor adverte que essa proibição não significa que múltiplas conjugalidades estejam totalmente alheias a qualquer eficácia jurídica, sobretudo, “quando a pluralidade é pública e ostensiva, e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal”.

Na mesma via, abarcada por uma concepção mais moderna, a doutrina de Mariano (2016, p. 18) dispõe que a monogamia não foi tutelada como princípio pelo Legislador Constituinte, devendo ser considerada uma “função ordenadora”. O autor afirma que a aplicação da monogamia se dá, muitas vezes, em desfavor da mulher, de modo que elevar esse princípio ao nível constitucional e dogmático acarretaria resultados desastrosos.

Não é demasiado acrescentar que até mesmo o tradicional doutrinador Rolf Madaleno (2019, p. 260), que entendia a monogamia como um princípio em sua obra mais clássica, mencionada no tópico anterior, vem relativizando seus próprios ensinamentos, para reconhecer que os contextos atuais exigem um possível afastamento do caráter principiológico e dogmático da monogamia.

A relativização do princípio da monogamia, na visão do autor, ocorre porque os tempos atuais são de “notória ponderação de princípios, cujo somatório se distancia da monogamia e busca a tutela de seu grupo familiar escorado no elo do afeto” (MADALENO, 2020, p. 180). Nesta mesma toada, Madaleno (2013, p. 150) questiona a ausência da monogamia como princípio na Carta Magna brasileira:

A começar com o princípio do pluralismo das entidades familiares, consagrado pela Carta Política de 1988, que viu no matrimônio apenas uma das formas de constituição da família, admitindo, portanto, outros modelos que não se esgotam nas opções exemplificativamente elencadas pela Constituição Federal.

Em entrevista online concedida ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em 2012, o autor ponderou que a “monogamia é princípio que sequer consta por escrito na Carta Política brasileira, mas é princípio defendido pela sociedade e pelos tribunais em geral, à exceção de julgados que admitem o relacionamento paralelo”.

Todavia, em artigo publicado pelo autor, encontra-se a ressalva de que o princípio da monogamia continua sendo um princípio ordenador da conduta humana, sendo preferencial na organização das relações jurídicas da família do mundo ocidental (MADALENO, 2013, p. 16).

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2006) encara a monogamia como uma marcante característica histórico-cultural ocidental. Porém, afirma que reconhecer esse fato não implica negar a existência de arranjos familiares diversos desse padrão. Defende, ainda, que não deve o Estado firmar como único modelo juridicamente tutelado o monogâmico:

Tomar o princípio jurídico da monogamia como um 'dever ser' imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade. [...] Não se trata de criticar a orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. Trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistentes materialmente livres. (RUZYK, 2006, p. 197).

Voltando aos ensinamentos de Marcos Silva (2012, p. 56), o autor propõe que a monogamia não deve ser considerada princípio e tampouco deve ser dotada de qualquer força impositiva como regra ou obstáculo o qual acaba impossibilitando o reconhecimento das relações paralelas e os direitos daqueles que ingressaram na relação de boa-fé.

[...] a monogamia não deve constituir, nem mesmo como regra, obstáculo intransponível em relação à vedação de múltiplas relações matrimonializadas, isto é, nos casos de bigamia. Desconsiderado o âmbito penal, a vedação da bigamia tem expressão jurídica nos impedimentos matrimoniais e, em consequência, no campo das nulidades do matrimônio. Considerada a hipótese do casamento putativo, não parece razoável que, a despeito de um primeiro matrimônio inexistir de fato, por mais de vinte anos, por exemplo, seja anulado o segundo matrimônio. (SILVA, M., 2012, p. 152).

Bruno Marques Ribeiro (2013, p. 99) pondera que a monogamia não se encontra em crise, e criticar a adoção do fenômeno como princípio absoluto não significa que o Brasil ou o mundo vivem tendências poligâmicas. Contudo, afirmam que “os novos arranjos familiares impõem uma interpretação adequada deste princípio, apta a albergar exceções que as peculiaridades do caso concreto possam construir”.

Dessas premissas, observa-se que, para o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas ou das famílias paralelas, é necessário a mitigação da monogamia.

Aliás, quando se fala em reconhecimento de famílias paralelas/simultâneas, é fundamental ter em mente que não se deve referir apenas ao reconhecimento quando presente a boa-fé subjetiva, ou seja, o desconhecimento dos envolvidos quanto à existência de núcleo

familiar paralelo. Afinal, a ignorância, ou não, por um parceiro, acerca da manutenção de família paralela por seu consorte de forma alguma torna juridicamente irrelevante a coexistência de diferentes núcleos familiares.

Em defesa das famílias simultâneas, Lamartine de Oliveira e Francisco Muniz afirmam:

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e execução da tarefa de educação dos filhos. Desempenha, portanto, funções reconhecidamente familiares. (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990, p. 19).

Partindo desses pressupostos, é que a monogamia vem ganhando, dia após dia, postos de discussão pelos doutrinadores e vêm sendo amplamente abordada na jurisprudência brasileira que trata das relações familiares paralelas ao casamento.

3.3.3 Correlação das famílias simultâneas com o princípio da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de relativização do princípio da monogamia

Neste momento, é válido problematizar, a partir de uma perspectiva jurídica, a prática jurisdicional que convencionou a monogamia como princípio, embora sem previsão constitucional, negando, por conseguinte, o reconhecimento das famílias paralelas, colocando-as num lugar de “não direito”.

A prática jurisdicional deve-se ligar duplamente aos direitos fundamentais: quanto a sua organização, num primeiro momento, e quando profere decisões e fundamenta suas construções, num segundo (SARLET, 2008, p. 392).

Dado esse contexto, deve ser problematizada a forma como se produz a jurisprudência, tendo em vista a tendência de que o Direito muitas vezes é visto como algo lógico e presumível, quando, na verdade, ele deve considerar profundamente elementos históricos, geográficos e particulares de cada jurisdicionado.

No caso da monogamia, Perdomo (2016, p. 114) observa que os tribunais brasileiros têm transformado em princípio a interpretação de regras, haja vista que, em nenhuma legislação brasileira, existe o termo “monogamia” ou qualquer de suas variações. No entanto, na doutrina e na jurisprudência, a monogamia é transformada em princípio que fundamenta a maioria das decisões proferidas no âmbito do Direito de Família.

Por outro lado, M. A. Silva (2012) defende que a prestação jurisdicional (consubstanciada nos atos de interpretar o direito e julgar) nunca deve deixar de lado o princípio basilar do Direito Brasileiro, que é o da dignidade da pessoa humana.

Certo é que o princípio da dignidade da pessoa humana deveria estar balizado em todas as decisões judiciais, especialmente porque a Constituição Federal tem um apelo muito grande à questão patrimonial, devendo caber ao julgador o papel de assegurar a manutenção da dignidade dos jurisdicionados. Contudo, o que se observa na prática jurisdicional brasileira, por vezes, é justamente o contrário.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana for o elemento norteador da concepção jurídica da família enquanto organismo funcional para desenvolvimento de indivíduos em coexistência relacional íntima, há que se validarem os questionamentos de M. A. Silva (2012, p. 196): a regra da monogamia, ainda imposta pela doutrina majoritária e pela jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, “está alinhada à função constitucional da família, que encontra no princípio da dignidade humana seu fundamento último?” A regra da monogamia corrobora para a realização da monogamia enquanto uma função? é instrumento obrigatório para o “desenvolvimento da personalidade e para a realização dos interesses afetivos e existenciais dos integrantes do núcleo familiar?”

Em resposta, afirma M. A. Silva (2012, p. 273), que, se no sistema constitucional brasileiro a dignidade da pessoa foi posta como fundamento de todo ordenamento jurídico (como o fez a Constituição Federal de 1988), tem-se como decorrência o respeito à pluralidade, “como exigência e pressuposto da democracia”, de modo que “não deve haver lugar para a imposição da monogamia como princípio ditado pelo Estado a toda sociedade”. “Ao se impor tal princípio de forma generalizante, criam-se espaços para desclassificados”, ou excluídos.

Por isso, o aparato jurídico brasileiro somente pode impor restrições às garantias individuais e sociais se tais restrições encontrarem justificativa no princípio da dignidade humana. Essa premissa tem como consequência uma mudança no modo como a jurisdição brasileira decide os imbróglis que envolvem famílias simultâneas, impondo decisões que frequentemente reforçam a regra da monogamia, excluindo a tutela de diversos direitos a inúmeras pessoas que integram núcleos familiares resultantes de conjugalidades simultâneas.

Ademais, M. A. Silva (2012, p. 216), leciona que, em sendo o princípio da dignidade da pessoa humana, “um princípio fundamentalmente dotado de força normativa”, o qual

“ressignifica todo o ordenamento jurídico e, também, cada regra em particular”, não é razoável “sustentar a monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família”.

Em análise dos julgados que tratam do tema das uniões paralelas e monogamia, Perdomo (2016, p. 36) afirma ter verificado que, na aplicação dos princípios pelos julgadores, o que se encontra, na maioria das vezes, são referências rasas que substituem uma verdadeira argumentação.

Segundo a autora, para muitos julgadores brasileiros, ao afirmar a monogamia como princípio, nada mais precisa ser fundamentado, pois “consideram-na como o elemento basilar do Direito de Família e, portanto, não havendo o que ser analisado em situações familiares que ultrapassem tal limite estabelecido” (PERDOMO, 2016, p. 105).

Especialmente no que diz respeito às ações de Direito de Família, essa busca por blindagem dos julgadores reflete-se como característica egoística e pouco empática, já que, com pouquíssima argumentação, afirmam que aquilo que fora vivenciado pelas partes como se família fosse, família não é, e, portanto, desagasalha uma parcela dos envolvidos em prol de outros, buscando preservar aqueles que julgam ser a “verdadeira família”. (PERDOMO, 2016, p. 106).

Ainda, a doutrina de Perdomo (2016, p. 106) explica que, com esse fechar de olhos do Judiciário à realidade, criam-se lugares de não direito, na medida em que se geram restrições de famílias ao sistema. De forma incisiva, a autora afirma que esses julgadores negam às pessoas envolvidas diversos direitos, pois a eles não interessa sua busca pela confirmação do Estado ao reconhecimento de suas identidades e necessidades.

No mesmo sentido, Silva defende que prevalece na jurisprudência o critério de exclusão promovido pela imposição da monogamia, estabelecendo um lugar de não direitos e a “invisibilidade jurídica para pessoas que constituíram sua história e, portanto, suas personalidades durante longos anos em uma teia de relações da qual qualquer leigo diria: uma família” (SILVA A., 2012, p. 188).

O autor afirma que, nestes casos, o julgador apresenta como solução a regra que exclui, ignorando as cláusulas gerais de inclusão, que servem para que, no processo interpretativo, estabeleçam-se possibilidades de análise do caso concreto. “Os verdadeiros princípios constitucionais são ignorados, frente à regra que exclui” (SILVA, A., 2013, p. 238).

Por isso, Perdomo (2016, p. 100) defende que diferentes formas de amar devem obter reconhecimento, pois indivíduos protegidos por direitos universalmente conferidos não podem

ser deles privados se não estiverem dentro do padrão esperado pelo sistema. A autora questiona: em que medida pode o Estado interferir na sexualidade dos indivíduos de sociedades politicamente livres, laicas e democráticas? E argumenta que tal interferência se revela uma questão discriminatória:

Tal interferência revela, latentes, as questões discriminatórias, como a eleição de critérios culturais, supostamente, de uma maioria, para regular toda a sociedade, delimitando a expressão da vida sexual dos cidadãos. A partir da atenção às tantas discussões acerca do exercício da sexualidade, não se pode afirmar que existe uma única forma correta de vive-la. (PERDOMO, 2016, p. 111).

Assim, é necessário ter em mente um contexto de democracia sexual onde prevalece a liberdade dos indivíduos. À vista disso, o princípio monogâmico não pode ser uma máxima absoluta, mas no máximo uma regra passível de relativização:

Destarte, antes de imprimir à monogamia o *status quo* de princípio incondicional, é forçoso considerar as particularidades sociológicas presentes em nosso ordenamento. Por conseguinte, ante a multiplicidade de relações afetivas que se configura na sociedade hodierna e a impossibilidade de enclausurá-las sob um conceito fechado, e ainda em prestígio aos valores constitucionais consagrados na Constituição da República, necessária se faz a mitigação desse princípio. (PERDOMO, 2016, p. 113).

Desse modo, para a autora, a intervenção do Estado no âmbito da família, nunca deve ser negativa, privando os indivíduos do reconhecimento de suas relações. Pelo contrário, deve-se dar apenas no sentido de proteção, nos precisos termos da Constituição Federal, longe da perspectiva excludente.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2007, p. 100), não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que se pode constituir, mas, apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade. O Direito precisa acompanhar a evolução da sociedade e considerar a pluralidade das possibilidades de acontecimentos que emana de seus indivíduos.

No contexto de visões conservadoras acerca da multiplicidade familiar, considerar uniões simultâneas como elemento capaz de abalar a estabilidade da família tida como tradicional não é o caminho, e os indivíduos delas participantes não podem ser desconsiderados pela jurisdição brasileira.

Sob o mesmo enfoque, leciona M. A. Silva (2012, p. 112) que a valorização da monogamia se dá por conta de um conceito de família concebido em épocas remotas, cuja realidade sociojurídica não contemplava, por vezes, os direitos mínimos inerentes a condição do ser humano. Tempos em que o direito de família era pensado sob uma lógica conservadora, patriarcal e econômica/financeira:

Em um determinado sentido, trata-se mesmo de postura conservadora. [...] A desconsideração jurídica de famílias simultâneas, reconhecidas sociologicamente, implica reificação de pessoas que integram tais relações, boa parte das vezes, em circunstância de sujeição e dominação em relação à mulher. Ignorar reforça o desvanecimento da capacidade de sociabilidade e aceleração das tendências inspiradas no estilo de vida consumista prevalecente na atualidade, que reduz os seres humanos a objetos de consumo, passando a julgá-los segundo padrões determinados pelo volume de prazer que provavelmente deveriam oferecer. (SILVA, A., 2012, p. 155).

Quanto a isso, Lôbo (1988, p. 89) anota que a maior parte dos impedimentos matrimoniais não tem as pessoas, mas o patrimônio dos cônjuges, como valor adotado em sua razão de ser. Para o autor, esses tipos de impedimentos não devem persistir nas atuais relações de família, centradas no princípio de liberdade, estabelecido na nova Constituição e nas forças vivas da instituição social, de modo que não deve a proteção do patrimônio suplantiar a proteção das pessoas.

Juntam-se a esse raciocínio Namur e Klein (2012, p. 371), ao sustentar que “o atual estágio do direito civil não permite mais a tradicional confusão entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Cada qual possui seus princípios e métodos de interpretação, em especial no que dizem respeito a atos de autonomia do indivíduo.”

Numa sociedade livre, democrática e regida pela Constituição Cidadã de 1988, a autonomia privada deveria ser prestigiada ao máximo pelo Estado. Contudo, sofre deste uma intromissão injusta e excludente, ao impedir o direito ao reconhecimento da livre instituição de entidades familiares, o que cria condições de marginalização social às famílias que têm negada sua existência jurídica.

Segundo M. A. Silva (2012, p. 120), como corolário a esse contexto, tem-se ausente o respeito ao outro em sua integridade moral, imperando a desclassificação da pessoa e consequentemente a ofensa à sua dignidade.

Por isso, segundo o autor, existe a necessidade de tomar o princípio da dignidade humana como critério fundamental do direito de família, para que a conjugalidade seja juridicamente concebida a partir de uma perspectiva do Direito Civil Constitucional, e não numa concepção meramente privatista. “O princípio da dignidade humana constitui para a segunda, isto é, para a linha do Direito Civil de índole constitucional, a pedra de toque para sua própria compreensão” (SILVA, A., 2012, p. 194).

Desta digressão, conclui-se, portanto, que os empecilhos legais que, fundados na regra da monogamia, obstam o reconhecimento da simultaneidade de famílias, inspiram-se em razões claramente patrimoniais. Nisso, elege-se uma família como legítima e protege-se seu patrimônio. À outra, igualmente família, a negação jurídica excludente.

Esse movimento gera uma desigualdade injusta que privilegia uma relação jurídica em detrimento de outra igualmente configuradora de relação familiar do ponto de vista sociológico.

Por consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana é o melhor critério de ponderação quando outros princípios estiverem em choque, devendo, pois, ser relativizado o princípio da monogamia quando do julgamento dos casos envolvendo famílias simultâneas.

Realizada a abstração teórica do Direito, que, neste trabalho, afigura-se indispensável, imperioso buscar a presença do que foi até aqui abordado nos casos concretos, mesmo que hipotéticos, pois o Direito é um saber também de práticas.

4 POSICIONAMENTO CRÍTICO-JURÍDICO ÀS JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE AS FAMÍLIAS PARALELAS

Considerando a exposição a respeito do embate entre a monogamia, a realidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, resta analisar o resultado jurídico produzido pelos tribunais brasileiros acerca da monogamia e das famílias paralelas, especialmente porque os tribunais são fontes do Direito por excelência.

As possibilidades de efeitos jurídicos sobre as situações de concubinato não constituem discussão recente no Direito brasileiro. Existe certa resistência por parte dos tribunais superiores em compreender a necessidade de observância de princípios sensíveis do Estado Democrático de Direito para, assim, relativizar a aplicação jurisprudencial do princípio da monogamia.

Por compreender a necessidade de considerar as relações simultâneas em situações de conflito levadas ao Judiciário é que, na contramão do mais recente comportamento jurisprudencial da Suprema Corte e sob uma perspectiva crítica, o presente capítulo pretende abordar a temática pautando-se na ponderação de princípios, na função social do Direito e na segurança jurídica no trato de questões concubinárias no Direito de Família.

Trata-se, desse modo, de uma discussão que demonstra como os princípios devem estar mais próximos da realidade social, fazendo com que a tutela estatal alcance as relações paralelas que eventualmente tenham sido formadas ao crivo da boa-fé objetiva.

4.1 Função social do direito e segurança jurídica aplicadas ao reconhecimento jurídico das famílias paralelas

Ao se deparar com as problemáticas apresentadas e o modo como elas acarretam em conflitos entre a realidade social (enfrentada por inúmeras famílias que descobrem a existência de um relacionamento paralelo do cônjuge apenas após a sua morte) e o ordenamento jurídico, é que se compreende quão pertinente é entender a aplicabilidade e a finalidade da função social do direito e do princípio da segurança jurídica no Direito de Família, dado o contexto supracitado de necessária ponderação entre princípios.

O objetivo é trazer ao debate o posicionamento jurídico visando compreender como esses princípios devem ser aplicados diante da realidade social, buscando trazer maior

segurança jurídica para as relações sociais que importam ao Direito de Família, principalmente no tocante aos direitos advindos das entidades familiares e daquelas formadas de forma paralela.

Para tanto, aborda-se, em primeiro ponto, a função social do Direito, especificamente do Direito de Família. Em sequência, discorre-se acerca da segurança jurídica, seu conceito e importância para o Direito e para as relações familiares. Em seguida, relacionam-se os dois pontos.

A função social do Direito, termo empregado por alguns autores, é de vasta discussão no contexto da sociologia jurídica. Por essa razão, percebe-se a pertinência das abordagens histórico-sociais realizadas no primeiro capítulo, pois elas servem para demonstrar o contexto histórico, social e político no qual as entidades familiares se formaram na sociedade brasileira.

O contexto sociológico é composto por esses pressupostos históricos, sociais e políticos, pois eles permitem compreender que uma das funções sociais próprias ao Direito, enquanto ciência social aplicada, é o de trazer garantias e organicidade para as relações sociais que se transformam à medida que a convivência social se desenvolve (SILVA, A., 2012, p. 123).

No campo da sociologia jurídica, é preciso ter em consideração que as normas e estruturas jurídicas são mutáveis, ou seja, elas se modificam conforme mudam a estrutura e as relações sociais tidas como aceitáveis e desde que não violem princípios e direitos humanos. Portanto, nem todo comportamento, mesmo que reiterado, pode ser considerado válido e tolerável. Por exemplo, as ações que violem direitos humanos básicos jamais serão tidas como pressupostos válidos em uma sociedade estruturada e protetora dos direitos humanos (SILVA, A., 2012, p. 125).

O princípio das sociedades teve sua razão de ser quando os homens passaram a se reunir em sociedade, cada qual cuidando de uma parcela dos interesses de todos os outros, além de poderem realizar trocas econômicas e formar as relações empresariais e de mercado. Nesse cenário, passou-se a perceber a necessidade de formulação de normas com a finalidade de regular e estruturar essas relações sociais, visando trazer garantias e direitos a cada um dos envolvidos (SILVA, A., 2012, p. 123).

Sob esse prisma, a finalidade do Direito é regular as relações jurídicas e possibilitar que as partes envolvidas tenham a certeza de que os seus direitos sejam protegidos em caso de violação, bem como que as instituições jurídicas estejam em funcionamento, assegurando o bem-estar de todos (SILVA, A., 2012, p. 124).

Como preceituado por Pontes de Miranda (2013, p. 13):

No fundo, a função social do direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens. Sofre o influxo de outros processos sociais mais estabilizadores do que ele, e é movido por processos sociais mais renovadores; de modo que desempenha, no campo da ação social, papel semelhante ao da ciência, no campo do pensamento. Esse ponto é da maior importância.

Por conseguinte, tem-se que a função social está diretamente atrelada à pessoa humana. As normas, então, são um mecanismo de direcionamento das finalidades humanas, ou seja, as pessoas determinam a função social do direito, que pode variar com base na sociedade ou localidade onde ela venha a ser analisada e observada (CARVALHO, 2013, p. 80).

A Constituição Federal de 1988 atrelou a função social ao direito de propriedade e ao direito do trabalho, determinando que ambos existissem em condições dignas e de sociabilidade. Com isso, pretende que a propriedade seja efetivamente utilizada mediante o direito de ser proprietário, de usar e gozar do imóvel ocupado, tendo-o como sua moradia, por sua vez, ao trabalho impõe as condições mínimas de dignidade em prol do trabalhador (CARVALHO, 2013, p. 90).

Portanto, a noção de função social do direito tornou-se um modo de vislumbrar e interpretar a aplicabilidade dos demais institutos jurídicos, tendo como pressuposto a questão humana e a condição existencial, cultural e social de cada particularidade social.

A função social do direito é um valor jurídico construído a partir das lutas e conquistas sociais do homem nas várias fases da história da humanidade. Em cada fase da história humana ela representou e enfocou um sentido peculiar. Esse princípio jurídico é ordenador dos bens, dos valores, dos direitos, dos deveres, do agir e do gerir os consectários de uma vida cada vez melhor do cidadão, numa dinâmica que empreenda instrumentos para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. A função social do direito é um valor que pré-existe ao mandamento da lei. Ela representa um sentido peculiar do homem de ver o mundo ordenado pela paz, num ambiente harmônico, equilibrado e justo. (CARVALHO, 2013, p. 20).

Assim, cabe à função social do direito trazer garantia de direitos para que as pessoas possam utilizar e gozar dos seus bens e valores, bem como para que possam ter a materialidade dos seus direitos, cumprindo com os seus deveres e atuando de forma dinâmica nas diversas esferas da vida social, viabilizando a fomentação de um bem comum voltado à propagação da paz social (CARVALHO, 2013, p. 19).

Para discorrer sobre a função social do Direito, é preciso considerar que o emprego do termo “função” carrega o significado de finalidade, de modo que, o direito tem a finalidade de cuidar e manter a sociabilidade e a paz social.

Este é o ensinamento apresentado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao pontuar que “os ‘fins sociais’ são ditos do direito, em todas as manifestações normativas faz-se mister encontrar o seu fim, e este não poderá ser antissocial. Quanto ao bem comum, não se trata de um fim do direito, mas da própria vida social” (FERRAZ JUNIOR, 1991, p. 256).

Por esse prisma, a função social não é uma condição, um pressuposto, que serve unicamente ao Direito; ao contrário, ela serve tanto para viabilizar as relações sociais e os atos praticados pelos próprios indivíduos quanto para direcionar o aplicador das normas e os estudantes na compreensão dos demais ramos daquela ciência. Este trabalho dedica-se a compreender qual a função social própria do Direito de Família na sua relação com as famílias.

A família, como já pontuado no transcurso desta dissertação, foi-se modificando ao longo dos anos. Atualmente, pode ser constituída de diferentes maneiras e por diversas pessoas, ou seja, o conceito de família não está mais balizado no preceito pretérito da relação entre um homem e uma mulher. Referida estrutura e forma única de compreender e aceitar a existência da família resultava dos postulados religiosos e do domínio e controle da Igreja enquanto instituição que atuava em conjunto e visando o controle do Estado. No entanto, a família deixa de ser um instituto político para se tornar um instituto próprio do Direito Privado, possibilitando que seus membros tenham condições e liberdade para decidir sobre sua existência e funcionamento.

Sob esse novo aspecto, “podemos ir além e concluir que, hoje, enquanto base da sociedade, a família, como outros institutos de Direito Privado, experimentou um verdadeiro processo de funcionalização, sendo, pois, dotada de uma função social”, passando a desempenhar “importante papel, e, sob o aspecto teleológico, é dotada de funcionalidade”, sendo ela a de garantir e possibilitar, “em uma visão filosófica-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização dos seus projetos pessoais de vida” (GAGLIANO, 2014, p. 62).

Assim, a família passa a ser constituída de uma função social, a qual está diretamente atrelada ao bem-estar, à comunhão, ao desenvolvimento e ao crescimento de seus indivíduos. Tem a família o pressuposto de ser o local onde cada um de seus integrantes poderá concretizar a sua vocação pessoal, sendo respeitado e auxiliado pelos demais (GAGLIANO, 2014, p. 62).

Seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e conveniência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social. É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam — e infelizmente existem — arranjos familiares constituídos sem amor. (GAGLIANO, 2014, p. 45).

Ao entender essa condição e aceitar referida forma de função social que se deve ter como balizadora para a formação e estruturação da família, cabe aos seus indivíduos o respeito mútuo e a boa-fé, de modo que um deve respeitar o espaço do outro, proporcionando aos mais jovens o acesso à alimentação, ao ensino, à educação, à saúde e a todos aqueles direitos e obrigações dispostos na Constituição Federal de 1988 (GAGLIANO, 2014, p. 65).

É nesse cenário que a família passa a ser compreendida como base da sociedade, pois é em seu meio que a criança primeiro aprende, fala, anda e se desenvolve, compreendendo como se comportar e conviver em sociedade. E, por essa razão, é de responsabilidade do juiz, quando devidamente acionado, tomar sua decisão com base no bem-estar da criança, podendo até interferir no pátrio poder familiar, para coibir ou aplicar medidas punitivas aos pais ou tutores das crianças e adolescentes (GAGLIANO, 2014, p. 65).

Trazendo as disposições apresentadas ao tema em dissertação, pondera-se que a função social está diretamente atrelada à família e ao desenvolvimento de seus integrantes. Portanto, é o objetivo da legislação ser aplicada em prol dos integrantes da família, não em seu prejuízo. Logo, a função social deve-se aplicar a todas as possibilidades de família existentes atualmente, não apenas àquelas formadas por homem e mulher ou por um casal composto por apenas duas pessoas.

Frisa-se que o conceito de família não está ligado ao de monogamia. Portanto, as ditas famílias paralelas, que são formadas, em sua maioria, quando um dos cônjuges constitui outra família, sem romper relações com a primeira, também devem ser respeitadas e ter a sua função social garantida, permitindo que os seus membros possam exercer suas individualidades.

Compreende-se, portanto, que a função social independe do modo como referido núcleo familiar foi criado, cabendo ao julgador e aos aplicadores do Direito primarem pela proteção, garantia de direitos e o respeito aos integrantes familiares.

Outro ponto que merece ser ventilado no presente debate diz respeito ao sentido que a segurança jurídica deve carregar ao julgar as causas relativas aos direitos das famílias paralelas, afinal, se a função social deve ser aplicada em proveito e proteção de todas as famílias, o que justifica a inexistência de segurança jurídica para as famílias paralelas?

O termo segurança jurídica, na seara do Direito de Família, tem o objetivo primeiro de “resguardar as relações de afeto entre pessoas não unidas pelos vínculos do casamento, cuidando das relações de filiação, de parentesco e de solidariedade sociofamiliar entre elas”, além de ter a finalidade “de preservar o patrimônio dos que se veem envolvidos em situações jurídicas de interesse de família” (MIRANDA, 2012b, p. 252), condição que deve ser mantida e preservada após o casamento.

Portanto, nas palavras de Pontes de Miranda (2012b, p. 284), a proteção dos direitos e das relações familiares é inerente ao contexto e ambiente familiar, independendo da existência do casamento ou do registro de uma possível união estável para que os direitos tenham que ser resguardados e protegidos. Cabe ao matrimônio, enquanto instituto jurídico que traz materialidade ao relacionamento, apenas efetivar uma relação outrora já existente e de conhecimento público:

Casamento civil é negócio jurídico bilateral, consensual e solene, pelo qual homem e mulher adotam, perante oficial público que o celebra, o regime civil, institucional, monogâmico, oficial e típico de paridade e de segurança jurídica para proteção futura de sua legítima expectativa existencial (humana e transcendental) de gerar uma nova família e, com isso, preparar espaço para o nascimento de novas vidas humanas. É o instituto jurídico preparado para dar segurança a essa experiência extraordinária de vida. (MIRANDA, 2012b, p. 285).

Apesar do modo como Pontes de Miranda (2012b, p. 284) conceitua o instituto do casamento, é preciso trazer algumas ponderações aos seus apontamentos. O conceito acima é destoante da realidade social e material da atual sociedade brasileira, uma vez que o casamento não é formado apenas pela união de um homem e de uma mulher, mas também, pela união de pessoas do mesmo sexo.

Outrossim, o fato de os doutrinadores pontuarem e imporem o contexto de monogamia ao casamento não faz com que os seus membros deixem de ter outros relacionamentos e de formar outras famílias, denominadas famílias paralelas. Logo, considerar a monogamia como um pressuposto ao casamento, o qual – frisa-se – não está disposto em nenhuma legislação, é trazer insegurança jurídica para as entidades familiares que são formadas paralelamente.

A monogamia é nada mais que o reflexo daquilo que se espera exista no casamento: mútuo respeito e boa-fé entre as partes, que, no âmbito das relações sociais, devem ser regulamentadas e resolvidas pelos próprios particulares envolvidos. Não cabe ao Direito decidir a relação caso a monogamia seja rompida. Se muitos cônjuges optam por perdoar traições e manter o relacionamento, como podem as normas jurídicas determinar como esse comportamento deve ser realizado?

Caso a monogamia deixe de ser um pressuposto ao instituto jurídico do Direito de Família, é inconteste que alguns problemas jurídicos podem surgir, tais como as questões atinentes à divisão de bens em caso de divórcio, ao direito de pensão e de partilha em caso de morte, entre outros.

O fato é que excluir uma família em razão de outra já existente corresponde à exclusão, bem como ao desrespeito aos preceitos jurídicos de função social e segurança jurídica, a qual assegura proteção e garantia de direitos para a formulação e existência de todas as relações familiares.

Neste trilhar, cabe ao julgador analisar as particularidades e individualidades de cada caso que se apresente ao Poder Judiciário, compreendendo, inclusive, que mesmo as entidades familiares paralelas devem ser aceitas como sujeitos de direitos que detêm uma função social, não podendo ter seus direitos excluídos ou reduzidos.

É preciso considerar a realidade atual: boa parte das entidades familiares paralelas surge sem que as próprias famílias tenham conhecimento da situação em que se encontram. Quase sempre, o elo comum entre elas é a figura do genitor, o qual, sem encerrar uma primeira relação familiar acaba formando uma outra, agindo de má-fé para com seus cônjuges e originando duas entidades familiares.

A condição e a suposição de um princípio da monogamia, imposto pelo Estado, é arbitrário por dois motivos. Primeiro, se as entidades familiares são livres e têm o direito de agir como desejarem, podendo até mesmo formar famílias poliamorosas, não cabe ao Estado interferir na forma como essas relações são estruturadas, devendo haver o respeito e a garantia jurídica de que aquelas relações serão respeitadas e protegidas pelo Poder Judiciário. Em segundo lugar, se o princípio da monogamia deve ser seguido como mandamento de otimização por parte dos membros que compõem uma relação familiar, o fato de um dos cônjuges formar uma nova família paralela, com novo lar, novos filhos e novos sonhos é uma

concreta e latente violação ao presente mandamento. Portanto, quando levados ao Poder Judiciário, referidos casos não devem prejudicar as pessoas enganadas, como os cônjuges ou os filhos, uma vez que eles não têm responsabilidade ou culpa pelo modo como foram ludibriados, cabendo ao julgador garantir que sejam amparados e tenham seus direitos respeitados.

Quando o Poder Judiciário nega direitos para uma das famílias envolvidas em uma relação na qual existam entidades familiares paralelas, acaba por violar a função social da família e o princípio da segurança jurídica. Isso demonstra que a monogamia pode ser violada sem que a pessoa que o faça venha a ter qualquer responsabilidade por seus atos, pois, como se demonstrou, os maiores afetados são os cônjuges enganados.

Nenhuma relação afetiva poderia ficar à margem da proteção estatal, haja vista ser preceito da Carta Federal e convalidado como cláusula pétrea o respeito à dignidade da pessoa humana, e a homoafetividade é um fato da vida e que respeita à esfera privada de cada um. Princípio absoluto, “consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil, o qual costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, e representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, para irradiar efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizar não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”. (MADALENO, 2019, p. 70).

Tomando como base o modo como as relações homoafetivas eram tratadas até pouco tempo, sendo desconsideradas do mundo jurídico, as famílias paralelas também anseiam por um posicionamento jurisprudencial que venha para resguardar a sua função social, bem como para proteger a dignidade humana de seus membros, trazendo-lhes a segurança jurídica de que não serão prejudicados quando nada poderiam fazer.

Quase sempre, as famílias formadas de forma simultânea por um dos cônjuges apenas vêm a saber da existência da outra quando há a morte do cônjuge ou quando algo foge ao controle, então, não devem ser punidas ou perder parte dos seus direitos patrimoniais em razão de terem sido enganadas. É preciso garantias de que a sua função social será respeitada e de que o Poder Judiciário lhes trará segurança jurídica.

Prevalece o discurso que determina que os cônjuges devem constituir o matrimônio e a família tendo como preceitos o respeito mútuo e a boa-fé. Assim, ao se constatar que um desses cônjuges constituiu uma outra família paralela, sem terminar o relacionamento (casamento ou união estável), é latente a sua má-fé na relação familiar, bem como a sua falta de respeito. No entanto, não há nenhuma forma de punição para a pessoa que assim age.

Verifica-se, assim, a existência de falta de segurança jurídica para as famílias estruturadas de modo paralelo, mesmo quando de boa-fé subjetiva, ou seja, quando há ignorância, por um dos companheiros, da existência de outra família paralela integrada pelo consorte.

Isso porque, como se verá adiante, a jurisprudência tem negado direitos para as famílias constituídas após o primeiro matrimônio ou união estável registrada, principalmente para o cônjuge, que acaba sendo abandonado à própria sorte, sem ter direito ao patrimônio ou qualquer benefício previdenciário que possa existir.

4.2 Posicionamento crítico-jurídico ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE – tema 529 do STF

A intenção basilar desta seção do presente trabalho é expor a visão da jurisprudência pátria em relação às famílias simultâneas/paralelas, especialmente no âmbito dos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), pressupondo que a simultaneidade de famílias não é mera possibilidade, mas, sim, uma realidade no País.

Analisando a situação da pessoa que não é casada, mas que convive em duas uniões estáveis simultâneas, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese nº 529 no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.045.273/SE, em sede de repercussão geral, com o julgamento concluído em dezembro de 2020 e trânsito em julgado em 2021:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, §1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (BRASIL, STF, 2021).

A questão jurídica levada à Suprema Corte visava a possibilidade de reconhecimento jurídico de uma união estável heteroafetiva e de uma relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte. Teve o provimento negado, em apertada votação (6x5), vencidos os ministros Luiz Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. O acórdão que deu origem ao tema de repercussão geral foi proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

O juízo de primeiro grau havia reconhecido a existência de união estável homoafetiva entre o autor e o *de cujus*, entre os anos de 1990 e 2002, concomitante com a primeira união, com declaração de efeitos previdenciários, concedendo ao companheiro sobrevivente, portanto, o benefício da pensão por morte. Contudo, em sede recursal, o tribunal rechaçou a sentença do juízo de piso, concedendo o benefício previdenciário apenas à primeira companheira e sua filha.

A sentença procedente foi modificada pelo tribunal ao fundamento de que a existência de união estável judicialmente declarada por sentença transitada em julgado impede o reconhecimento de outro vínculo dessa natureza em relação a um dos conviventes para o mesmo período, prestigiando, assim, a monogamia como regra para as entidades familiares. Eis o julgado resultante:

APELAÇÃO CÍVEL – CONSTITUCIONAL, CIVIL E PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – RELAÇÃO HOMOAFETIVA – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO COM STATUS DE UNIÃO ESTÁVEL, INCLUSIVE PARA FINS DE RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO NOS ARTIGOS 226. § 3º DA CR E 1723 DO CC – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – O JULGADOR NÃO PODE ESQUIVAR-SE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL – AUTORIZADO, NESTE CASO, O EMPREGO DOS MÉTODOS INTEGRATIVOS DA LEI, INCLUSIVE ANALOGIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA LICC – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS SEXOS – HIPÓTESE DIVERSA IMPEDE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA COMO REQUERIDO PELO APELADO – EXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO JUDICIAL DE UNIÃO ESTÁVEL HAVIDA ENTRE O DE CUJUS E A PRIMEIRA APELANTE EM PERÍODO CONCOMITANTE – CONCUBINATO DESLEAL – INADMISSIBILIDADE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, CUJO SISTEMA NÃO ADMITE A COEXISTÊNCIA DE DUAS ENTIDADES FAMILIARES, COM CARACTERÍSTICAS DE PUBLICIDADE, CONTINUIDADE E DURABILIDADE VISANDO A CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA – ANALOGIA COM A BIGAMIA – PRECEDENTES DO STJ E DO TRIBUNAL DE MINAS GERAIS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – VOTAÇÃO UNÂNIME. (SERGIPE, 2010, *online*).

A celeuma jurídica foi levada ao STF, via interposição de recurso extraordinário, quando a questão teve declarada repercussão geral, assentada em duas questões: o reconhecimento jurídico da relação homoafetiva como união estável e o reconhecimento jurídico das uniões estáveis concomitantes. A primeira questão já estava há tempos pacificada pelo julgamento da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, de modo que restou somente a controvérsia da segunda premissa.

O julgamento, apesar de inicialmente ter por fundamento o direito previdenciário, por corolário da própria natureza da questão controvertida, acabou por tocar no direito sucessório, patrimonial e familiar, excluindo famílias paralelas/simultâneas da tutela de diversos direitos.

O STF, então, passou a dispor acerca do dever de decidir, nas palavras do relator, ministro Alexandre de Moraes, sobre a “possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes, independentemente de serem hétero ou homoafetivas”. O relator, cujo voto foi o vencedor, entendeu que:

[...] a existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, §3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. (STF, Tribunal Pleno. RE nº 1.045.273. Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 21.12.2020).

Todavia, como dito, o resultado não foi unânime, razão pela qual se faz a análise das posições defendidas no julgamento em referência para melhor compreensão do atual posicionamento adotado pelos tribunais superiores no que diz respeito ao reconhecimento de possíveis direitos às famílias paralelas ao casamento.

4.2.1 Posição liberal (corrente minoritária)

A divergência de entendimentos sobre o reconhecimento das famílias simultâneas é presente nas decisões proferidas pelos magistrados de primeiro grau, desembargadores e ministros, o que demonstra a necessidade de aplicação da técnica de ponderação de interesses para garantir maior segurança jurídica ao Direito de Família.

No julgamento do RE nº 1.045.273, o voto do relator encontrou forte divergência no plenário da Corte. Divergiram os ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio.

O ministro Luís Roberto Barroso defendeu que a Constituição de 1988, inovadoramente, modificou o modelo de família que vigia no Brasil, em que a única modalidade de família legítima era a que se constituía pelo casamento, e previu expressamente duas novas

possibilidades: a monoparental, um homem ou uma mulher e a sua prole, e a união estável. Ressaltou que o STF já estendera a qualidade de família para os casais homoafetivos. Sua Excelência apontou, ainda, que todas essas inovações se propuseram a evitar a exclusão e a valorizar o reconhecimento de situações de fato, sempre para proteger as famílias, enquanto a negação do reconhecimento de uniões simultâneas promoveria a exclusão, a qual a Constituição e o STF têm buscado evitar. Segundo seu voto, a monogamia é um princípio moral indiscutível na sociedade ocidental e na sociedade brasileira, que deve valer apenas para o casamento. Regra análoga não deveria aplicar-se às uniões estáveis (BRASIL, STF, 2020).

Em voto breve, a ministra Cármen Lúcia acompanhou a divergência, defendendo que a existência de uniões paralelas é indiscutível e que o princípio da isonomia e o da primazia pela realidade impõem o reconhecimento dessas uniões (BRASIL, STF, 2020).

Por sua vez, o ministro Edson Fachin ressaltou que, apesar da jurisprudência contrária dos tribunais superiores, o STJ já reconheceu a existência de união estável paralela ao casamento, estando comprovada a convivência e a dependência econômica da companheira simultaneamente ao casamento, admitindo, por isso, direitos previdenciários decorrentes. Para Sua Excelência, nesse contexto, a depender da presença da boa-fé entre as entidades familiares simultâneas, há que se albergarem efeitos jurídicos previdenciários às duas famílias, de modo a determinar-se a divisão do benefício de pensão por morte entre a viúva e a(o) reconhecida(o) companheira(o). Desse modo, uma vez não comprovada a má-fé – objetiva, ressalte-se – da esposa e da(o) companheira(o) concomitantes do segurado instituidor, deveria ser reconhecida a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes. Nesse sentido, propôs a tese: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos à viúva e companheira concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva” (BRASIL, STF, 2020, *online*).

Em resumo, para o ministro Fachin, se ambas as uniões estáveis eram munidas de boa-fé das partes, consubstanciada no desconhecimento da outra união, isto é, se ignoravam os conviventes a concomitância das relações travadas pelo companheiro em comum, então, ambas as uniões merecem reconhecimento e proteção jurídica, com a garantia dos direitos previdenciários decorrentes para ambos os conviventes. Sua Excelência assentou, ainda, que não há superioridade jurídica do casamento sobre a união estável, e que, na multiplicidade

familiar estabelecida pela Constituição Federal, atribuiu-se idêntica relevância a cada forma familiar (BRASIL, STF, 2020).

Esse posicionamento é o mesmo defendido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que atuou no caso como *amicus curiae*, defendendo que deveriam ser reconhecidos os efeitos em relação às duas uniões estáveis, haja vista o disposto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Em sua sustentação oral, o advogado e diretor nacional do IBDFAM, doutor Marcos Alves da Silva (2012, p. 90), sustentou que “Agora, o Estado não diz mais o que é família e como elas se constituem, como diziam as constituições anteriores. É fundamental esse entendimento”.

Dessas premissas, vê-se que o posicionamento liberal atesta que a existência de união estável paralela ao casamento, comprovadas a afetividade, a convivência e a dependência econômica do(a) companheiro(a) simultaneamente ao casamento, dá ensejo ao reconhecimento dos direitos previdenciários decorrentes.

4.2.2 Posição tradicional (corrente majoritária)

Por outro lado, o posicionamento tradicional, adotado pelo voto vencedor, proferido pelo ministro Alexandre de Moraes, no Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, prima pela prevalência do vínculo monogâmico preexistente para o dever de fidelidade, impossibilitando o reconhecimento de possíveis direitos às famílias paralelas. Este entendimento, que foi acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Nunes Marques, deu ensejo à fixação da tese nº 529³

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), que também atuou na condição de *amicus curiae*, no julgamento do RE nº 1.045.273, representada por sua diretora, doutora Regina Beatriz Tavares da Silva, sustentou a proteção da monogamia e da fidelidade como princípios basilares do Direito de Família (BRASIL, STF, 2020).

Seguindo esse posicionamento, o relator ressaltou que não há superioridade do casamento sobre a da união estável, uma vez que a Constituição estabeleceu a multiplicidade

³ A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, §1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (BRASIL, STF, 2020).

familiar, atribuindo-lhe idêntica relevância. Porém, defendeu que o art. 1.521 do Código Civil, que trata dos impedimentos para casar, por força da legislação (art. 1.723, § 1º), também se aplica à união estável. Ademais, destacou que, como o art. 1.521 estabelece vedação ao casamento a pessoas casadas, tal impedimento aplicar-se-ia também à união estável.

Por fim, o relator consignou que as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar devem ser consideradas concubinato, na forma do artigo 1.527 do CC/2002. Segundo sustentou, subsistem no Brasil os ideais monogâmicos e a exigência de fidelidade recíproca na vida conjugal. Assim, o voto vencedor concluiu pela impossibilidade de cumulação de vínculos familiares, seja sob o título de casamento, seja sob a veste da união estável:

Dessa forma, em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsiste em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). (BRASIL, 2021).

Acompanhando o voto do relator, o ministro Dias Toffoli defendeu que, sendo reconhecida judicialmente uma pretensão de reconhecimento de união estável, outra só poderia o ser pelo processamento de prévia ação anulatória, não devendo ser admitida a concomitância de duas ou mais uniões estáveis. Para ele, a imposição deste entendimento é uma decorrência da escolha pela monogamia em nosso ordenamento jurídico, especialmente porque o art. 1.566 do Código Civil prevê a fidelidade como dever conjugal.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, afirmou que, no plano infraconstitucional brasileiro, a matéria de família foi amparada no postulado da monogamia, ao fundamento de que o art. 1.723, §1º, do Código Civil de 2002 decreta a incidência dos impedimentos matrimoniais sobre as uniões estáveis, e o art. 1.521 da mesma norma (impedimentos matrimoniais) impede o reconhecimento de união estável de pessoas casadas.

Vê-se, dessa forma, que o julgamento do RE nº 1.045.273 dividiu posições entre os julgadores e colaboradores do debate e também entre os juristas, que apresentaram uma grande onda de manifestações.

O doutrinador Rodrigo da Cunha (IBDFAM, 2020, *online*), manifestou que a decisão do STF adotou posicionamento que nega a clara existência das famílias simultâneas e isentou de responsabilidade aqueles que constituem uniões simultâneas em relação à segunda entidade familiar, num julgamento de cunho moral e não jurídico, que equiparou as famílias simultâneas ao concubinato.

Na visão de Paulo Iotti (IBDFAM, 2020, *online*), o voto vencedor desconsiderou os princípios do Direito de Família e errou ao afirmar a monogamia como um princípio constitucional. Tal posicionamento foi acompanhado por Christiane Torres de Azeredo (IBDFAM, 2020, *online*), que sustentou ter o STF ignorado uma realidade latente, coadunando com injustiças.

Diante de todas as divergências apontadas, certo é que a solução jurídica atribuída pelo STF não analisou a situação de forma ampla e realista, haja vista que, no caso concreto, não há apenas a concomitância de união estável com casamento, mas, também, a concomitância de famílias (famílias paralelas/simultâneas) que, em igualdade, merecem a proteção constitucional.

4.2.3 Outras jurisprudências

Além do recente julgamento exarado pelo STF, vê-se que a questão é deveras recorrente nos tribunais superiores, conforme se exemplifica a seguir.

Seguindo a linha do julgamento do mencionado RE 1.045.273, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 883.168/SC, julgou caso em que uma concubina pedia a divisão de pensão previdenciária com a viúva. O RE nº 883.168 que deu origem à repercussão geral que tratou da possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.

No julgado em referência, o STF reconheceu que a monogamia é princípio estruturante do casamento e da união estável, afastando a ideia de que amantes poderiam ter direitos previdenciários, familiares e sucessórios, com a fixação da tese nº 526:

É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável. (BRASIL, STF, 2022)

A Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFS), atuando como *amicus curiae*, sustentou, em primeiro lugar, que a monogamia é princípio estruturante do casamento e da união estável. Além disso, defendeu que atribuir efeitos a uma relação concubinária, independentemente de sua duração, equivaleria à institucionalização da bigamia (BRASIL, STF, 2021).

A fundamentação da associação pelo indeferimento do RE também se pautou no fato de que o reconhecimento dos benefícios previdenciários a quem participa de uma relação “paralela”, ou seja, do concubinato, implicaria atribuir licitude a uma relação que é ilícita: o adultério (BRASIL, STF, 2021).

Enfim, defendeu que a base da concessão dos benefícios da seguridade social por morte reside na existência de uma entidade familiar, em forma de casamento ou de união estável, e no parentesco, de modo que a pensão por morte tem seu alicerce nas relações de família, e não somente na dependência econômica.

Observa-se, portanto, que, não obstante a monogamia esteja muito longe (talvez até impossibilitada) de ser considerada um princípio constitucional e estruturante do casamento enquanto instituto, os fundamentos da ADFAS foram acolhidos pelos ministros do STF, com exceção do ministro Edson Fachin. Logo, assim como no caso paradigmático – Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE –, o julgamento do RE nº 883.168 também não aconteceu de forma unânime.

O julgado reconheceu a inconstitucionalidade de direitos previdenciários à concubina de longa data, distanciando de qualquer proteção estatal as extraconjugualidades mantidas ao crivo do direito à liberdade no período de vida do cônjuge falecido.

Sob enfoque contrário, o voto vencido do ministro Edson Fachin chama a atenção pela necessidade de se verificar a presença da boa-fé objetiva, principalmente por se tratar de uma questão mais próxima do campo previdenciário do que do Direito de Família. Neste sentido, propôs o reconhecimento da proteção jurídica para efeitos previdenciários em relações concubinárias a depender da existência de boa-fé objetiva (BRASIL, STF, 2021).

Outro caso-paradigma recentemente julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2022, foi o Recurso Especial (RESp) nº 1.916.031/MG, de relatoria da ministra Nancy Andrigui, que invocou o entendimento do STF (RE nº 1.045.237/SE, Pleno,

DJe 9.4.2021) no sentido de que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro consagra o dever de fidelidade e da monogamia (BRASIL, STJ, 2022).

O pedido que fundamentou a pretensão recursal foi formulado por uma mulher que conviveu três anos com um homem antes que ele se casasse com outra companheira e que manteve com ela e com a esposa relacionamentos simultâneos por mais de 25 anos, ambos com filhos. A pretensão da companheira era o reconhecimento e a dissolução da união estável paralela ao casamento, bem como a realização de partilha no formato de triação e, não de meação.

O magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, reconhecendo a união estável paralela e determinando a partilha de bens no formato de triação. A sentença recorrida foi levada ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, por sua vez, reformou a sentença para julgar improcedente a ação.

Ato seguinte, o acórdão recorrido foi levado ao STJ, que deu parcial provimento ao recurso da companheira para reconhecer — como sociedade de fato — regida pelo direito obrigacional, o tempo em que o homem casado conviveu simultaneamente com a companheira, caso preenchidos os requisitos da Súmula 380/STF⁴.

Em sua fundamentação, o STJ reconheceu como união estável apenas o período de convivência anterior ao casamento e reafirmou a impossibilidade de reconhecimento de união estável concomitante ao casamento, na medida em que aquela pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, a existência de separação de fato. Desse modo, para o STJ, a relação de 25 anos vivida com a companheira, revelava-se concubinato impuro, o qual se equipara à sociedade de fato e, por conseguinte, gera repercussão patrimonial (partilha) (BRASIL, STJ, 2022).

Por conseguinte, concluiu a ministra que, resguardado o direito da esposa à meação, a partilha deve ser feita em liquidação de sentença, uma vez que as instâncias ordinárias não mencionaram se havia provas da participação da recorrente na construção do patrimônio ou quais bens faziam parte da meação da esposa.

Em verdade, o STJ não entregou a prestação jurisdicional de forma satisfatória, pois, ao determinar que eventual partilha fosse feita no âmbito do direito obrigacional, tratando a relação

⁴ Inteiro teor da 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.”

familiar paralela como sociedade de fato, violou a especial proteção constitucional que o Estado deve garantir às entidades familiares, sejam elas decorrentes do casamento ou de união estável paralela ao casamento (MELLO, 2022, *online*).

Nesse sentido, o Vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM, o advogado Marcos Alves da Silva, aduz que “tribunais brasileiros têm sustentado uma visão preconceituosa e sobretudo discriminatória em relação às mulheres, que decaem da condição de companheiras e são reduzidas a meras concubinas” (IBDFAM, 2022, *online*).

A propósito, a postura relutante dos tribunais não coloca em xeque apenas a dignidade das companheiras, mas de todos os eventualmente envolvidos, inclusive os filhos advindos das relações paralelas. Quanto ao ponto, é importante ressaltar que, devido à pluralidade dos arranjos familiares que tem surgido, chega a ser difícil estabelecer características para as famílias simultâneas.

Inúmeros são os casos em que se pleiteia o reconhecimento das uniões simultâneas, todavia, os preceitos monogâmicos e o casamento ainda prevalecem como referencial determinante para concepção jurídica de família, como se percebe das jurisprudências colacionadas no Anexo A, proferidas em diferentes anos, uma de cada região do País.

Assim sendo, as jurisprudências analisadas e suas implicações à configuração, compreensão e tutela dos direitos das famílias brasileiras, ganham especial relevância sob a perspectiva de que a Constituição Federal precisa ser interpretada com um dinamismo que dialogue com as transformações sociais, o que claramente não tem acontecido nos tribunais brasileiros.

Do entendimento jurisprudencial exposto, denota-se também, que, embora a orientação dos tribunais superiores aponte para o não reconhecimento de conjugalidades paralelas/famílias simultâneas, nem sempre há unanimidade sobre o tema, como demonstraram os acórdãos analisados.

E é justamente a esse dissenso que se presta o cerne da presente pesquisa, tendo como foco trazer para a discussão acadêmica a necessidade da técnica da ponderação quando houver colisões principiológicas, bem como a questão da boa-fé e da má-fé nas condutas praticadas, principalmente por parte dos companheiros ou companheiras que não sabem da existência de outra família em função do elo comum entre elas.

4.3 Necessidade da técnica da ponderação nos julgamentos afetos às famílias simultâneas e a colisão principiológica

Dos entendimentos jurisprudenciais até aqui apresentados, é possível perceber que existe prevalência da concepção monogâmica nos casos levados até os tribunais superiores, quando se trata de questões concubinárias. É importante registrar que a compreensão ética da monogamia tem suas bases no judaísmo cristão, enquanto um dogma de uma vertente religiosa específica a ser seguido irredutivelmente.

O fato de que persiste na sociedade brasileira grande aversão às relações afetivas concomitantes às uniões estáveis ou matrimoniais não justifica a não prestação da tutela estatal a determinadas situações de relevante discussão jurídica. Afinal, as relações paralelas tendem a ocorrer como consequência do exercício de liberalidades humanas, as quais estão respaldadas por princípios sensíveis de um Estado constitucional.

As mudanças de comportamento social e a percepção eminentemente patrimonialista, que persiste nas questões do Direito de Família, mesmo que exista um movimento que preze pela concepção da afetividade, tendem a constituir um desafio para os órgãos de decisão. Afinal,

[...] é inconcebível declarar um padrão de família, extensível a uma possibilidade de escolha apenas, ou seja, é incongruente nomear a monogamia como exclusivamente necessária para assegurar a eficácia ao desenvolvimento de uma família em sociedade. (BARBOSA; SANTOS, 2020, p. 292).

É certo que a busca pelo bem-estar da sociedade, enquanto um projeto de cunho constitucional, envolve novas abordagens de compreensão da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. “Diante das transformações verificadas, o próprio conceito de família vem se modificando significativamente ao longo dos anos, impondo a reformulação dos seus critérios interpretativos, de modo a abranger novas formas de convívio” (PADILHA, 2014, p. 8).

A sociedade como um todo tem caminhado para maior dinamização das relações, ocasionando pluralidade de formatação do grupo familiar, o que coaduna com o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Ao reconhecer o instituto da união estável, o texto constitucional possibilitou uma atividade hermenêutica voltada para a ampliação de direitos. Isso quer dizer que a racionalidade puramente monogâmica das situações cotidianas pode ser mitigada, quebrando a lógica tradicional de normatização legislativa e decisional com alto grau

de moralidade e de bons costumes, muitas vezes insustentáveis diante do caso *sub judice* (BARBOSA; SANTOS, 2020).

Sob essas premissas, tem-se que a discricionariedade do poder nos espaços de decisão não deve ser confundida com as atribuições cabíveis ao Poder Legislativo, devendo os juízes conduzir com atenção e moderação os processos envolvendo o Direito de Família (PADILHA, 2014). Quando o olhar de ponderação e proporcionalidade não existe, corre-se o risco de distanciar essas situações da prestação jurisdicional estatal, como vem acontecendo recorrentemente nos casos envolvendo famílias paralelas.

Ocorre que o princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado na jurisprudência brasileira de forma equivocada. Segundo Abboud (2011, p. 70), o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da proibição do excesso, tem como principal função possibilitar o controle da atuação dos Poderes Públicos no Estado Constitucional, assumindo, mormente no que se refere aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual.

A legitimidade sobre a restrição judicial ao princípio da pluralidade das uniões familiares resulta diretamente do poder de limitação da autonomia privada. É claro que não se pode perder de vista que nenhum direito é absoluto. Até mesmo as garantias fundamentais à liberdade e à intimidade do ser humano podem ser restringidas quando colidem com outros direitos, desde que haja previsão constitucional e não sejam totalmente erradicadas, devendo-se ainda reconhecer seu exercício e sua proteção, havendo somente uma ponderação proporcional das suas prerrogativas.

Contudo, nos ensinamentos de Simão (2014, p. 110), o campo da afetividade e da sexualidade é ilimitado no âmbito social, e, por isso, é necessário manter um equilíbrio para que se evite um impedimento generalizado da liberdade afetiva/sexual, o que seria inconstitucional.

Diante da aparente contradição entre o princípio monogâmico e a pluralidade das relações familiares, o que se tem visto atualmente são posições jurisprudenciais que enfatizam a monogamia como regra intangível, de grande valor moral, de maneira que o reconhecimento constitucional das famílias simultâneas na aplicabilidade jurisdicional da lei se dá por excluído, afrontando a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao livre planejamento familiar. Muitos julgados que partem desse pressuposto usam o referido princípio da

proporcionalidade como fundamento, mas, em verdade, ferem-no ao estabelecer cláusulas restritivas sobre os termos de validade de composição das famílias.

Desse modo, afigura-se importante a reflexão sobre as possibilidades de análise decisional e hermenêutica para mitigar posicionamentos que, de uma maneira ou de outra, reforçam a monogamia enquanto um imperativo categórico.

A possibilidade de mitigação da monogamia não deve ter por objetivo criar insegurança jurídica, na medida em que um de seus fatores é a existência de uma situação conflituosa entre normas (ALEXY, 2001a, p. 115).

Para que se possa refletir sobre as possibilidades de certa relativização da monogamia no âmago das discussões jurisprudenciais, faz-se necessário o apoio de métodos de análise para que se prezem os verdadeiros princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, liberdade, proporcionalidade e razoabilidade.

Isso porque “os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete a sua validade” (BARROSO, 2004, p. 10-11).

Além da valoração dos princípios, o fator boa-fé objetiva também precisa ser levado em consideração ao analisar determinado caso, devendo-se presumi-lo até que se apresente a sua inexistência.

Em tais situações, deve-se angariar possibilidades de se aplicar a técnica da ponderação, atentando-se para o fato de que “os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados”, podendo encontrar “seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Magna Carta” (ALVES, 2010, p. 30).

A partir da doutrina alemã, a ponderação pode ser compreendida como uma proporcionalidade em sentido estrito. O binômio intensidade e relevância de se intervir em um direito fundamental deve ser o norteador dessa técnica, de modo que “quanto mais intensa se revela a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção” (ALEXY, 2001a, p. 160). Há, portanto, análise de consequencialidade em que, sem definir hierarquias, colocam-se os princípios em uma balança⁵ e, a partir do caso concreto, busca-se a precisão racional de qual princípio deve ser aplicado na situação (ALEXY, 2001a, p. 115).

⁵ Metáfora do peso utilizada por Robert Alexy.

A ponderação enquanto técnica de resolução de um conflito é diferente da ponderação realizada pelo juiz ao se debruçar sobre as razões apresentadas pelas partes. A que interessa para a presente análise é a primeira, ou seja, a ponderação enquanto “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (ALVES, 2010, p. 31-32).

A técnica da ponderação que leva em conta a proporcionalidade no caso concreto é importante instrumento de análise nas situações que envolvam o Direito de Família. Mais especificamente, diante de um cenário em que os tribunais superiores têm atribuído maior relevância ao princípio da monogamia, outros princípios também precisam ser levados em consideração para um maior alcance da tutela estatal nas relações paralelas ao casamento.

Seguindo a doutrina de Luís Roberto Barroso (2004, p. 65), a busca pela ponderação envolve observância de princípios que eventualmente estejam em colisão, atribuindo-se carga valorativa entre os elementos em embate e preservando ao máximo os valores convergentes:

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade assume importante função como norteador da solução a ser encontrada pelo aplicador do direito, tendo em vista que concilia dois valores primordiais: a segurança jurídica e a justiça, sendo certo que o ponto de contato entre eles se dá com a decisão razoável, justificada por meio de uma argumentação. (ALVES, 2010, p. 34).

Nesta diretriz, Barroso (2004, p. 78) explica que o processo de análise da ponderação demanda três fases: 1) compreensão da norma e não necessariamente de um único dispositivo, de modo a formar um grupo de argumentos fundamentados; 2) exame factual, isto é, o caso concreto e a sua relação com a norma; e 3) ponderação conjunta dos grupos normativos fundamentados e os fatos do caso em análise, de modo a adaptar os parâmetros da primeira fase nas particularidades do caso concreto.

Vale ponderar que é na terceira fase que ocorre a singularização da ponderação oposta à subsunção (método tradicional de enquadramento da situação fática às disposições abstratas com fulcro em uma conclusão). É preciso esclarecer, no entanto, que esta técnica, nas questões envolvendo relações concubinárias, não deve ser utilizada para fins valorativos ou de categorização de relevâncias principiológicas.

A ponderação de princípios é a melhor forma de se resolver eventual conflito em dada situação concreta. O juízo de ponderação foca na análise de circunstâncias inerentes a cada

hipótese, atentando-se para que cada valoração jurídica das situações conflitivas possa, em alguma medida, obter sua razão de existência e de real importância (ALVES, 2010, p.30).

Essa possibilidade técnica não colocaria em risco a segurança jurídica do Direito de Família. Pelo contrário: reforçaria a função social do Direito de abranger as situações concubinárias passíveis de tutela estatal, de modo a complementar eventuais lacunas que possam existir, como ocorre nas demais áreas.

A ponderação ou proporcionalidade nas decisões é salutar na mitigação da monogamia enquanto princípio, surtindo efeitos na função social do direito mediante novas formas de realizar a hermenêutica jurídico-constitucional e principiológica.

Por mais que a monogamia seja a principal pauta, inclusive nas discussões de concubinato adulterino, ao se valerem da técnica da ponderação, algumas mudanças de entendimento podem ser possíveis.

Ainda que os recentes julgados proferidos pelos tribunais superiores tenham um viés muito voltado para o modelo monogâmico de família, “consagrando as heranças culturais europeias trazidas com a colonização, os casos de relações extraconjugais duradouras persistem e produzem seus efeitos práticos, semelhantes aos do matrimônio” (SOUZA; RÊGO, 2013, p. 190-191), é comum que o elemento afetividade conduza o raciocínio formulado em teses jurídicas em sede de tutela estatal.

Outrossim, os princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana formam os fundamentos argumentativos que, ao serem aplicados em um caso concreto, podem reconhecer direitos advindos de relações concubinárias adulterinas. Essa compreensão poderia, inclusive, reconhecer que o concubinato é uma união estável em si, justamente pelos outros princípios mencionados, com foco na autonomia da vontade (SOUZA; RÊGO, 2013).

Sob esse enfoque, as jurisprudências de diversos tribunais de justiça brasileiros demonstram forte tendência de mitigação de alguns princípios tradicionalmente reconhecidos pela hermenêutica (ou mesmo da própria subsunção legal), para que se adéque a racionalidade interpretativa dos princípios ao caso concreto.

Certo é que a relutância dos tribunais superiores em reconhecer a poligamia mesmo quando diversos tribunais de segunda instância já o vêm fazendo, de modo a considerar a união estável paralela e sem desconsiderar o casamento, deriva de uma subsunção fática em seu

sentido mais estrito. Esse comportamento tende a afastar a prestação da tutela estatal e o avanço, desconsiderando as mais recentes formas de vida calcadas na boa-fé, na liberdade, na autonomia da vontade, o que reflete na dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que o conflito entre os princípios que envolvem o direito concubinário, deverá ser analisado com base no bem máximo tutelado em cada caso concreto, cabendo ao julgador compreender, mediante as provas documentais e testemunhais colacionadas no processo judicial, a existência do preceito da boa-fé no momento e na continuidade da existência de uma união paralela, pois cabe ao Direito primar pela realidade material que está sendo discutida.

5 CONCLUSÃO

As famílias simultâneas são uma realidade na sociedade brasileira. Na maior parte das vezes, apenas se toma conhecimento acerca da sua existência quando algo rompe ou destrói o véu que oculta essa condição. Frequentemente, tal fato advém da morte do ente masculino, o pai, ou seja, é ele quem origina essas relações familiares. Nos casos verificados para a pesquisa, todas as famílias simultâneas tinham como elo comum o homem.

Também foi possível perceber que essa condição do homem pode se apresentar como reflexo da forma como as entidades familiares foram constituídas e legalmente estruturadas na sociedade brasileira. O homem ocupava a figura do chefe de família, que controlava tudo e todos a seu redor. O patriarca era o responsável por definir o destino e a forma como cada membro da família poderia se comportar e agir.

O patriarcado, sistema em que o pai era o chefe da família e todos os outros estavam abaixo de seu domínio, pautou os valores culturais de organização familiar. A figura masculina preocupava-se em evitar que o patrimônio da família viesse a se perder, por essa razão, o casamento era uma preocupação com o crescimento da riqueza e a dominação. Além disso, havia forte receio de que algum membro da família viesse a ser relacionar com algum escravizado(a).

À medida que a mulher passou a lutar por seus direitos e pela sua condição de não depender do marido, a visão de família, sua estrutura e organização foi alterada. Igualmente, o Código Civil de 2002, que revogou o Código de 1916, trouxe inúmeras mudanças, pois concebeu a entidade familiar como o local onde seus membros buscam amparo, cuidado e desenvolvimento, não havendo de se falar em ordem hierárquica.

As pessoas envolvidas em uma relação amorosa tornam-se os gestores da entidade familiar e deixam de ser os controladores e dominadores do poder. A entidade familiar não mais é considerada apenas como advinda da relação matrimonial, uma vez que se reconhece que ela pode ser composta por pessoas do mesmo sexo, por uma única pessoa, por pessoas em uma união estável, por crianças que moram com algum parente, dentre diversos outros. Logo, o que define a entidade familiar passa a ser o vínculo existente por laços de afetividade.

Portanto, o debate levantado possibilita concluir, nesse ponto, que há um alargamento no conceito de família, ou entidade familiar, e na estrutura dessas relações nos tempos atuais, com foco no vínculo da afetividade. Qualquer conceito que exclua alguma das possíveis formas

de se estruturar uma família ou que não seja capaz de englobar todas elas não é compatível com a realidade.

Nesse sentido, ao compreender a atual condição jurídica das famílias simultâneas, houve a abertura do debate no tocante ao princípio da monogamia e a análise da perspectiva jurisprudencial acerca do tema. Isso tornou possível compreender que a monogamia se apresenta como um mandamento jurídico-social e histórico empregado pelos magistrados para examinar e interpretar os conflitos familiares que chegam ao Poder Judiciário.

Muitos julgados consignam que a monogamia tem natureza jurídica de um princípio. Logo, consideram qualquer outro relacionamento, que exista afora o primeiro deles, contrário à monogamia e inexistente para o cenário jurídico, uma vez que não há amparo legal para o reconhecimento de dois relacionamentos simultâneos.

Conforme foi possível verificar de forma detalhada na construção desta dissertação, há verdadeiro conflito tanto doutrinário quanto jurisprudencial. Não há consenso entre os estudiosos do Direito no tocante à monogamia como princípio, uma vez que alguns defendem que deve ser sempre respeitado, mesmo em relação às famílias simultâneas, e outros entendem que deve ser relativizado, para proteger as famílias simultâneas e garantir que elas não sejam prejudicadas pelos atos de uma única pessoa. Também foi possível verificar a presença de insegurança jurídica para as famílias simultâneas no âmbito jurisprudencial, principalmente quando existe o elemento da boa-fé da parte que é enganada pelo elo comum. A própria jurisprudência, apesar de seguir no sentido de negar direitos para as famílias simultâneas, beneficiando apenas o primeiro relacionamento, não é unânime, pois existem diversos votos que relativizam a monogamia a depender do caso concreto.

A conclusão a que se chegou, em relação a esses postulados específicos – verificados no primeiro e no segundo momento desta dissertação –, possibilitou, nas ponderações apresentadas no último momento deste trabalho, a formulação de um posicionamento crítico-jurídico em prol das famílias simultâneas. Isso porque o Direito, enquanto uma ciência social aplicada, deve permitir que os princípios, modulados pela técnica da ponderação e da proporcionalidade, sejam mais próximos da realidade social, fazendo com que a tutela estatal alcance as relações paralelas que eventualmente tenham sido formadas ao crivo da boa-fé objetiva.

Portanto, o princípio da monogamia não deve ser analisado apenas enquanto uma máxima imutável; ao contrário, é preciso que o aplicador daquele princípio considere que, em uma relação familiar simultânea, há claro conflito entre a monogamia, a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. Deste conflito, a prevalência sempre será da dignidade da pessoa humana, pois é por meio deste que o ser humano tem garantidos seus alimentos, sua saúde, sua vestimenta, ou seja, sua vida digna. Possibilitar que a monogamia venha a ser aplicada enquanto uma máxima imutável é atentar contra a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana.

Igualmente, percebe-se que a relutância dos tribunais superiores em reconhecer a poligamia, mesmo quando diversos tribunais de segunda instância o vêm fazendo, de modo a considerar a união estável paralela e sem desconsiderar o casamento, deriva de uma subsunção fática em seu sentido mais estrito. Esse comportamento, tendente a afastar a prestação da tutela estatal e as mudanças sociais, desconsiderando as mais recentes formas de vida calcadas na boa-fé, na liberdade e na autonomia da vontade, tem reflexos na dignidade da pessoa humana.

Essa possibilidade técnica não coloca em risco a segurança jurídica do Direito de Família. Ao contrário: reforça a função social do Direito de abranger as situações concubinárias passíveis de tutela estatal, de modo a complementar eventuais lacunas que possam existir, como ocorre nas demais áreas. A ponderação ou proporcionalidade nas decisões é salutar na mitigação da monogamia enquanto princípio, surtindo efeitos na função social do direito mediante novas formas de realizar a hermenêutica jurídico-constitucional e principiológica.

A função social do Direito e a segurança jurídica são institutos de criação e constituição de segurança relacionada às mudanças sociais, e não mecanismos de violação de direitos. No tocante à função social, ela independe do modo como algum núcleo familiar foi criado, cabendo ao julgador e aos aplicadores do Direito primarem pela proteção, garantia de direitos e o respeito aos integrantes familiares. Quanto à segurança jurídica, no Direito de Família, ela deve ter o objetivo de resguardar as relações de afeto que foram formadas, cuidando das relações de filiação, parentesco e solidariedade, além de preservar o patrimônio constituído por aquela família.

Tendo como princípio primordial a dignidade da pessoa humana, o qual deve se sobrepor ao da monogamia, foi possível concluir que a monogamia deve ser afastada nos casos em que se analisam os direitos de famílias simultâneas, porquanto ela segue na contramão da

função constitucional da família, do desenvolvimento da personalidade e da realização dos interesses afetivos e existenciais dos integrantes do núcleo familiar. Ademais, a monogamia fere os direitos patrimoniais que foram adquiridos durante a existência daquele relacionamento.

Logo, se no sistema constitucional brasileiro, a dignidade da pessoa foi posta como fundamento de todo ordenamento jurídico, tem-se como decorrência o respeito à pluralidade, como exigência e pressuposto da democracia, de modo que não deve haver lugar para a imposição da monogamia como princípio ditado pelo Estado a toda sociedade. Ao se impor tal princípio de forma generalizante, criam-se espaços para desclassificados, excluídos.

Por isso, o aparato jurídico brasileiro somente pode impor restrições às garantias individuais e sociais se houver justificativa no princípio da dignidade humana. Esta premissa traz consequências que impõem uma mudança no modo como a jurisdição brasileira decide os imbróglios que envolvem famílias simultâneas, impondo decisões que frequentemente reforçam a regra da monogamia, excluindo a tutela de diversos direitos a inúmeras pessoas que integram núcleos familiares resultantes de conjugalidades simultâneas.

Assim, cabe ao legislador e aplicador do direito ver as famílias com uma visão pluralista, despida de conceitos deterministas que possam excluir qualquer forma de organização familiar, sendo fundamental que os julgadores entendam que os valores sociais precisam ser reanalisados de tempos em tempos, à medida que a sociedade evolui.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 907, 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/download/41268513/Georges_Abboud_-_Direitos_Fundamentais_-_RT_907.pdf. Acesso em: 26 ago. 2022.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001b.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001a.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, Nadia Castro. Colisão de direitos fundamentais e ponderação. **Meritum**, v. 5, n. 1, p. 25-48, 2010.
- AMAZONAS. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara Cível). **Apelação Cível nº 06183888620158040001**, Relator: João de Jesus Abdala Simões, data de julgamento: 23.11.2020. Diário Eletrônico Online, 23 nov. 2020.
- AMORIM, Patrícia Mafra de; BELO, Fábio Roberto Rodrigues. A monogamia na obra de Freud. **Cadernos de Psicanálise - CPRJ**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 36 jan/jun, p. 199-219, 2017.
- AZEREDO, Christiane Torres. Uniões simultâneas nos tribunais. **IBDFAM**, 21 dez. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1617/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas+nos+tribunais>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- BARASH, David; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia**. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BARBOSA, Mônica. **Poliamor e relações livres**: do amor à militância contra a monogamia compulsória. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015.
- BARBOSA, Renata Mendonça Moraes; SANTOS, Dulce Paloma Vidal. União Poliafetiva: Direito ao amor livre à luz dos princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana. **Interfaces Científicas-Direito**, v. 8, n. 1, p. 287-302, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, p. 1-36, 2004.
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito da família**. Rio de Janeiro: Imprensa, 1903.

BRANDON, Marianne. **Monogamy**: the untold story. Estados Unidos, Santa Barbara, CA: Praeger, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.916.031/MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, julgado em 03.05.2022. DJe 05.05.2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100097368&dt_publicacao=05/05/2022. Acesso em: 1º mar. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 31 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (5 de outubro de 1988). **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946) **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Coleção de Leis do Brasil de 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 3 set. 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o §.3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm#:~:text=Dissolvida%20a%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20por%20morte%20de%20um%20dos%20conviventes,destinado%20%C3%A0%20resid%C3%Aancia%20da%20fam%C3%ADlia. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 883.168/SC**. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Paradigma do Tema nº 526 da repercussão geral (“Possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários ' pensão por morte ' à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada”). Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Embargos de declaração rejeitados. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 14 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4757390&numeroProcesso=883168&classeProcesso=RE&numeroTema=526>. Acesso em: 2 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal pleno). **Recurso Extraordinário nº 1.045.273**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgado em 21.12.2020. DJe 09.04.2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755543251>. Acesso em: 4 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. 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. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1964]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2482#:~:text=Comprovada%20a%20exist%C3%Aancia%20de%20sociedade,patrim%C3%B4nio%20adquirido%20pelo%20esfor%C3%A7o%20comum>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. Ed. rev. e atual. por Helena Bonito C Pereira. São Paulo: FTD Lisa, 1996.

CARMO, Paulo Sérgio do. **Prazeres e pecados do sexo na história do Brasil**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019.

CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Família: Cuidado, Vulnerabilidade e Sustentabilidade. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (Vol. 8: Ano 2011: Belo Horizonte, MG). Família: entre o público e o privado. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. **IBDFAM**. Porto Alegre: 2012.

COSTA, Dilvanir José da. A família nas constituições. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 48, 2006. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1455>. Acesso em: 31 ago. 2022.

DANTAS, San Tiago. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense: 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável**: realidade e responsabilidade. Dez, 2008. Disponível em: <https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2075-adulterio-bigamia-e-uniao-estavel-realidade-e-responsabilidade#:~:text=Adult%C3%A9rio%2C%20bigamia%20e%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%3A%20realidade%20e%20responsabilidade,-Adult%C3%A9rio%2C%20bigamia%20e&text=A%20flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20das%20rela%C3%A7%C3%B5es%20interpessoais,mais%20variadas%20formas%20de%20relacionamento>. Acesso em: 10 fev. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – direito de família**. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito de Família. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, Tribunal de Justiça, (Terceira Turma Cível). **Apelação Cível nº 20090110594760**, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, data de julgamento: 24.09.2014. **DJe**, 02.10.2014, p. 106.

DOMINGUES, Joelza Ester. Família, patriarcalismo e mulheres no Brasil Colonial. **Blog ensinar história**. 26 abr. 2021. Disponível em: <https://ensinarhistoria.com.br/familia-no-brasil-colonial>. Acesso em: 23 ago. 2022.

DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução Nélcio Schneider. São Paulo: Editora Boitempo, 2019.

ENTREVISTA com o jurista Rolf Madaleno. União a três – repercussões jurídicas. Entrevista concedida à Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **IBDFAM**, online, 2012. Disponível

em: <https://ibdfam.org.br/noticias/4870/Entrevista+com+o+jurista+Rolf+Madaleno:+>. Acesso em: 7 ago. 2022.

ETIMOLOGIA. *In*: SIGNIFICADOS. Disponível em: <https://www.significados.com.br/etimologia/>. Acesso em: 10 out. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias – entre o Público e o Privado. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (Vol. 8: Ano 2011: Belo Horizonte, MG). Família: entre o público e o privado. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. **IBDFAM**. Porto Alegre, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

FISHER, Helen. **Anatomía del amor**: historia natural de la monogamia, el adulterio y el divorcio. Espanha: Barcelona: Editorial Anagrama, 1992.

FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade – Contribuições à psicologia do amor III. *In*: FREUD, Sigmund (Org.). **Obras psicológicas completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

FREUD, Sigmund. **O tabu da virgindade**. Rio de Janeiro: Imago, 2006a.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**. Rio de Janeiro: Imago, 2006b

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Direito de família: as famílias em perspectiva, v. 6).

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

HATTORI, Wallisen Tadashi; MOTA, Maria Teresa da Silva; SOUSA, Maria Bernardete Cordeiro de. Seleção sexual e reprodução. *In*: OTTA, Emma; YAMAMOTO, Maria Emília (Coords.). **Fundamentos de psicologia**: psicologia evolucionista. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009.

IOTTI, Paulo. STF erra ao negar direito previdenciário a união paralela de boa-fé. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 17 dez. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1615/STF+erra+ao+negar+direito+previdenci%C3%A1rio+a+uni%C3%A3o+paralela+de+boa-f%C3%A9>. Acesso em: 26 ago. 2022.

LAPLANCHE, Jean.; PONTALIS, Jean-Bertrand. **Vocabulário da psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto lhe era permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**. Brasília, v. 3, n.1, p. 16-35, jan./jun. 2017.

LESSA, Sérgio. A atualidade da abolição da família monogâmica. **Revista Crítica Marxista**. v. 35, p. 41-58, 2012.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 65-66.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa. Brasília**. v. 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>. Acesso em: 31 ago. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. Escritura de união poliafetiva: impossibilidade. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, Edição, n. 114, p. B26, 2013.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0181062015**, Relator: Luiz Gonzaga Almeida Filho, data de julgamento: 27.10.2015. Diário da Justiça Eletrônico, 17.11.2015.

MARIANO, Enio da Silva. Famílias paralelas: uma análise doutrinária e jurisprudencial. **ETIC - Encontro de Iniciação Científica**, v. 12, n. 12, 2016.

MELLO, Fabiano Cotta de. Há distinção entre união estável paralela e famílias paralelas/simultâneas? **Conjur**, 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-out-31/fabiano-cotta-uniao-estavel-paralela-familias-paralelas#_ftnref1. Acesso em: 4 fev. 2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. Vol. I, Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: eficácia jurídica, determinações inexatas, direitos, pretensões, ações – Tomo 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Franciso Cavalcanti Pontes de. **Direito das sucessões**: testamentário: inventário e partilha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 60).

MIRANDA, Franciso Cavalcanti Pontes de. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). *In*: MIRANDA, Franciso Cavalcanti Pontes de. **Coleção tratado de direito privado: parte especial**. 1. ed., v 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONOGAMIA. In: DICIO: Dicionário online de português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/monogamia/>. Acesso em: 10 out. 2022.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

NAMUR, Samir e KLEIN Vinicius. A boa-fé objetiva e as relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 371.

NOGUEIRA, Luiza Souto. Comentários ao Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE: uma análise crítica dos votos vencedor e vencido. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 29, p. 183-201, jul./set. 2021.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família – direito matrimonial**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 19.

PADILHA, Elisângela. Novas estruturas familiares: algumas reflexões. **Artigos Jurídicos do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais**, 81ª ed., 2014.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A relativização do princípio da monogamia. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 31, n. 1, p. 89-89, 2022.

PERDOMO, A. **Como se percebe, o apelado tem uma vida pessoal intensa: relativização da monogamia nas decisões do TJRS**. 2016. Dissertação (mestrado em Direito). Centro Universitário La Salle, Canoas, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11690/1269>. Acesso em: 11 maio 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF premia a irresponsabilidade ao negar rateio de pensão para união simultânea. **IBDFAM**, 19 dez. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1616/STF+premia+a+irresponsabilidade+ao+negar+rateio+de+pens%C3%A3o+para+uni%C3%A3o+simult%C3%A2nea>. Acesso em: 25 ago. 2021.

PORTUGAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Livro IV das Ordenações. Portugal, 1860. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 24 ago. 2022.

PORTUGAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Livro V das Ordenações. Portugal, 1860. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 24 ago. 2022.

RIBEIRO, Bruno Marques. **Relações Familiares à Luz da Ordem Civil Constitucional**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Sétima Câmara Cível); **Apelação Cível nº 70081023665**, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, data de julgamento 31.07.2019. Diário da Justiça Eletrônico, 05.08.2019.

ROUDINESCO, Elisabeth. **La famille en désordre**. Paris: Fayard, 2002.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

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

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do direito civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Brasília. Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16193>. Acesso em: 10 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 5802**. Relatora: Desa. Suzana Maria Carvalho Oliveira, julgado em 22.03.2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/337500/pensao-previdenciaria-para-amantes--a-visao-do-direito-e-da-psicanalise>. Acesso em: 23 mar. 2023.

SILVA, Andre Luciano da. A compressão da família monogâmica em Engels: analisando o texto a origem da família, da propriedade privada e do estado. **Anais II CONEDU**. Campina Grande: Realize Editora, 2015. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/15052>. Acesso em: 3 nov. 2022.

SILVA, Enio Waldir da. **Sociologia jurídica**. Ijuí: Unijuí, 2012. 304 p. (Coleção direito, política e cidadania; 35).

SILVA, Marcos Alves da. **Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/9252>. Acesso em: 10 out. 2022.

SOUZA, Lara Marcelino de; RÊGO, Lorena Nogueira. Contornos jurídicos, filosóficos e sociais da monogamia: paradigmas do poliamor no direito de família. **Revista FIDES**, v. 4, n. 2, p. 184-202, 2013.

STJ decide que é incabível o reconhecimento de união estável paralela, mesmo se iniciada antes do casamento. **IBDFAM**. Assessoria de Comunicação do IBDFAM (com informações do STJ). Belo Horizonte, 22 set. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10076/STJ+decide+que+%C3%A9+incab%C3%ADvel+o+reconhecimento+de+uni%C3%A3o+est>

%C3%A1vel+paralela%2C+mesmo+se+iniciada+antes+do+casamento. Acesso em: 4 fev. 2023.

TRESPACH, Rodrigo. **Histórias não (ou mal) contadas**: revoltas, golpes e revoluções no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017.

VANCE, Carole. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. **Physis: Revista de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, UERJ, v. 5, n. 1, p. 7-31, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

ANEXO A

JURISPRUDÊNCIAS

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SEPARAÇÃO DE FATO DO DE CUJUS. IMPEDIMENTO LEGAL. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. RECURSO IMPROVIDO. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. I – Verifica-se que a apelante não preencheu os critérios estabelecidos para o reconhecimento da união estável, porquanto, além de não ter logrado êxito em comprovar uma relação contínua e duradoura com o de cujus, consta na espécie hipótese legal de impedimento matrimonial, uma vez que ele era casado com a Sra. Neide, ora recorrida, em que pese residirem em diferentes estados da federação; II - No Ofício de fls. 826/827, consta a declaração do síndico do Condomínio Parque Rios I no sentido de que a ora apelante nunca morou com o de cujus. Ainda, nas fls. 220/221 há a mensagem do porteiro no qual, categoricamente, afirma que a recorrente nunca residiu no prédio, além de aclarar sobre relações do de cujus com outras mulheres, além da Sra. Andréia. III - Nos autos consta que o de cujus mantinha conta conjunta com a esposa/recorrida (fls. 233/234); que ela era dependente nos planos de saúde junto ao empregador do falecido (fls. 236/237); bem como recebeu pensão por morte, em razão da inscrição de dependente na qualidade de cônjuge do falecido (fls. 238/241) e, por fim, às fls. 256/257 há o registro do contrato firmado, em 2012, entre o Sr. Roberto e o Bradesco consignando o nome da Sra. Neide como beneficiária em caso de morte; IV - As provas relacionadas nos autos, portanto, revelam que o de cujus era casado e nunca se separou de fato ou judicialmente da apelada, o que permite inferir que, ainda que se reconhecesse uma relação permanente entre a apelante e o falecido, tem-se que se tratava de relacionamento concomitante ao casamento, de forma que tal relação que se busca reconhecer caracterizaria o concubinato, previsto no art. 1.727 do CC. V – Apelação conhecida e não provida. Majoração de honorários. (TJ-AM - AC: 06183888620158040001 AM 0618388-86.2015.8.04.0001, Relator: João de Jesus Abdala Simões, Data de Julgamento: 23/11/2020, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 23/11/2020)

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. EVIDÊNCIA DE

OUTRA RELAÇÃO PARALELA. ÓBICE. PRECEDENTES. SENTENÇA CONFIRMADA. Nos termos da legislação civil vigente, para o reconhecimento de união estável, incumbirá a prova, àquele que propuser o seu reconhecimento, de que a relação havida entre o casal foi pública, contínua, duradoura e destinada à constituição de um núcleo familiar. Não é possível o reconhecimento de união estável se uma das partes é casada e do cônjuge não está separada de fato ou judicialmente, ou mantém outro relacionamento amoroso concomitante, em face do princípio da monogamia, norteador do Direito de Família. APELO DESPROVIDO. (TJ-RS - AC: 70081023665 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 31/07/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 05/08/2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS. PRELIMINAR. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO JUDICIAL DE PARTILHA DE BENS. COISA JULGADA. ACOLHIMENTO. PERÍODO INICIAL DA RELAÇÃO DO CASAL. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. I. A sentença que homologa acordo judicial é atingida pelo instituto da coisa julgada, de modo que é inadmissível retirar a sua eficácia jurídica sem ser pela via adequada, qual seja, ação anulatória, sobretudo quando não demonstrado vício de consentimento. II. Não é possível reconhecer a união estável dos litigantes durante o período em que o convivente mantinha uniões estáveis simultâneas, porquanto deve ser observado, para a configuração da convivência marital, o dever de lealdade que implica necessariamente na fidelidade, em respeito ao princípio da monogamia que rege a nossa sociedade e o ordenamento jurídico pátrio. III. Apelação conhecida e provida. (TJ-MA - APL: 0181062015 MA 0000036-88.2010.8.10.0082, Relator: LUIZ GONZAGA ALMEIDA FILHO, Data de Julgamento: 27/10/2015, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/11/2015)

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. REQUISITOS. AUSÊNCIA. MONOGAMIA INEXISTENTE. RELACIONAMENTOS CONCOMITANTES. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CARACTERIZADA. 1. Para que a união estável seja reconhecida como familiar, é necessário que seja caracterizada, de forma inequívoca, como uma convivência contínua, duradoura e

pública, com o objetivo de constituição de família. 2. O ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, por ofensa ao elemento natural da monogamia 3. Recurso conhecido e improvido. (TJ-DF - APC: 20090110594760, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 24/09/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/10/2014 . Pág.: 106).