

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DIMAS DANIEL DE CARVALHO

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA**

POUSO ALEGRE - MG
2013

DIMAS DANIEL DE CARVALHO

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA**

Dissertação de Mestrado, área de concentração,
Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais sob
orientação do Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni da
Faculdade de Direito do Sul de Minas.

POUSO ALEGRE - MG
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

M-340

C331f

Carvalho, Dimas Daniel.

Famílias Simultâneas na Ordem Constitucional Democrática/ Dimas Daniel de Carvalho. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2013.

89p.

Orientador: Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

Dissertação – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1. Famílias simultâneas. 2. Ordem constitucional-democrática. 3. Elementos. 4. Reconhecimento. I. Simioni, Rafael Lazzarotto. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

DIMAS DANIEL DE CARVALHO

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL
DEMOCRÁTICA**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof.(a) Dr.(a)
Instituição

Prof.(a) Dr.(a)
Instituição

Pouso Alegre - MG
2013

Dedico este estudo a meu pai, Dimas Messias de Carvalho, minha fortaleza e fonte de inspiração, exemplo de honra, superação, caráter e trabalho. À minha doce mãe, Mara Silva de Carvalho, por ter me carregado no ventre durante nove meses e estar sempre ao meu lado me dando carinho e atenção. Aos meus irmãos Guilherme Henrique e Marcos Vinícius. Amo muito todos vocês.

À minha filha, Mariana Carvalho, quem me ensinou o verdadeiro sentido da palavra amor. Desculpa pela ausência durante a conclusão deste estudo.

AGRADEÇO,

Agradeço ao Professor Doutor Rafael Lazzarotto Simioni, meu orientador, pela grandiosa capacidade de ensinar e incentivar a pesquisa. Agradeço a atenção e disponibilidade.

A todos os professores do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, especialmente Professores Doutores Alexandre Melo Franco Bahia e Renato Maia pelos ensinamentos.

À Profa. Maria Clara Saraiva Biavati, pela presteza, amizade e grande auxílio. À Profa. Neusa Pereira Tourino, pela ajuda na correção das normas.

À linda Eline Sales pelo carinho e por trazer tranquilidade nos momentos delicados.

Aos amigos do mestrado, especialmente Ricardo Lima, Daniel Limongi, Ângela Limongi e Nélida Castro, com quem compartilhei grandes momentos na apresentação dos seminários e nas viagens para Pouso Alegre.

Aos grandes amigos, Luiz Sepini, Everton Costa, Felipe Lameiras e Diogo Gomes pelos momentos de alegria.

"A liberdade é um dos dons mais preciosos que o céu deu aos homens. Nada a iguala, nem os tesouros que a terra encerra no seu seio, nem os que o mar guarda nos seus abismos. Pela liberdade, tanto quanto pela honra, pode e deve aventurar-se a nossa vida."

Miguel de Cervantes

RESUMO

CARVALHO, Dimas Daniel. **Famílias Simultâneas na Ordem Constitucional-Democrática**, 2013. 89f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre-MG, 2013.

Este estudo teve como objetivo geral analisar a realidade sociológica e principiológica da família simultânea brasileira e sua exclusão pelo Estado, mediante o atual sistema aberto do pluralismo familiar, fundamentando-se no dispositivo constitucional do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, com ênfase no reconhecimento de seus elementos caracterizadores. A história do homem, no que se refere à família, vem mostrando inusitadas transformações que interferem nos setores políticos, econômicos, sociais e culturais e geram consequências jurídicas. Por isso, o estudo que se propôs a realizar, por meio da pesquisa bibliográfica dividiu-se em quatro capítulos assim distribuídos: Anotações Históricas, Família e Casamento, Entidades Familiares na Atualidade, O Sistema Monogâmico e Reconhecimento da Família Simultânea. Considerou-se, ao término deste estudo sociológico e principiológico que ênfase maior deve ser dada à observação doutrinária, jurisprudencial e, no futuro, legal, para que a legislação infraconstitucional, analisando cada caso nos parâmetros dos elementos caracterizadores, venha a ser reconhecida a família simultânea. Uma análise minuciosa poderá ser o caminho para acolher todas as entidades familiares no momento de necessidade de intervenção do Estado em suas vidas em busca da felicidade que todos almejam, cumprindo assim, o escopo do Estado Social Democrático de Direito que tem como coluna mestra a dignidade da pessoa humana. Posição contrária a esses argumentos faz evaporar no tempo, o sentido histórico das lutas empreendidas para a realização plena do respeito ao ser humano pelo Estado e vislumbra-se um retrocesso ao passado de tirania, autoritarismo e exclusão de pessoas da proteção legal, ao mesmo tempo, em que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: Famílias simultâneas. Ordem constitucional-democrática. Elementos. Reconhecimento.

ABSTRACT

CARVALHO, Dimas Daniel. **Simultaneous Families in a Democratic Constitutional Order**. 2013. 89f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre-MG, 2013.

This study aimed to analyze the sociological reality and principled simultaneous Brazilian family and their exclusion by the state through the current open system of pluralism family, taking account of the constitutional provision of article 226 of the Constitution of 1988, with emphasis on the recognition of its characteristic elements. The history of man, with regard to the family, has been showing unusual changes in sectors that interfere political, economic, social and cultural and generate legal consequences. Therefore, the study set out to accomplish, through bibliographic research was divided into four chapters as follows: Historical Notes: Marriage and Family, Family Entities in Actuality, System Monogamous Family Recognition and Simultaneous. It was, at the end of these sociological and insides of principles that that greater emphasis should be given to the observation doctrinal, jurisprudential and in the future, cool, so that the constitutional legislation, analyzing each case the parameters of characteristic elements, will be recognized family simultaneously. A thorough analysis may be the way to accommodate all the family entities at the time of need for state intervention in their lives in search of happiness we all crave, thus fulfilling the scope of the Social Democratic State of Law whose column master dignity the human person. Position contrary to these arguments, they evaporate in time, the historical sense of the struggles undertaken to achieve full respect for the human being by the state and glimpses a throwback to the past of tyranny, authoritarianism and exclusion of people from legal protection, at the same time that violates the principle of human dignity.

Keywords: Simultaneous Families. Democratic Constitutional Order. Elements. Recognition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ANOTAÇÕES HISTÓRICAS: FAMÍLIA E CASAMENTO	17
1.1 A família e o casamento	17
1.1.1 No contexto do Direito Romano.....	17
1.1.2 No contexto brasileiro	18
1.1.2.1 O casamento no Código Civil de 1916.....	23
1.1.2.2 O casamento na Constituição de 1988.....	27
1.1.2.3 O casamento no Código Civil de 2002.....	31
2 ENTIDADES FAMILIARES NA ATUALIDADE	35
2.1 As entidades familiares explícitas na Legislação Pátria	36
2.1.1 A família matrimonializada	36
2.1.2 A união estável	37
2.1.3 A família monoparental	38
2.2 As entidades familiares implícitas na Legislação Pátria	38
2.2.1 A união de pessoas do mesmo sexo.....	38
2.2.2 A família unipessoal	39
2.2.3 A família recomposta.....	39
2.2.4 A família constituída de parentes	40
2.2.5 A família solidária	41
2.2.6 A família simultânea.....	42
2.3 Mudanças de Paradigmas sobre Família e Casamento.....	42
2.3.1 União estável e concubinato	45
2.3.1.1 Concubinato Puro e Concubinato Impuro	47
2.4 As novas entidades familiares e a liberdade de escolha	49
3 O SISTEMA MONOGÂMICO	51
3.1. Princípios, Regras e Normas	51
3.2 Monogamia: Princípio jurídico?.....	53

3.3 Famílias simultâneas e monogamia.....	57
3.4 Crise do Sistema Monogâmico.....	57
3.4.1 Monogamia e poligamia.....	60
4 RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA SIMULTÂNEA.....	63
4.1 Pressupostos Metodológicos para Caracterização da Família Simultânea.....	64
4.2 Elementos Caracterizadores da Família Simultânea.....	65
4.3 Teoria dos Deveres de Proteção.....	67
4.5 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e perspectivas futuras.....	68
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76
REFERÊNCIAS.....	81

INTRODUÇÃO

A sociedade em que vivemos se diz avançada e atenta às mudanças, mas o que se percebe é que permanece o preconceito, as discriminações e exclusão, influenciadas por dogmas e tradições culturais, com tratamento marginalizado às relações afetivas que não estão dentro dos modelos comuns, em especial, as relações homoafetivas e simultâneas.

Cumprido ressaltar que as relações afetivas vêm sendo objeto de discussão desde que se tem notícia da existência do homem na Terra, especialmente quando este começou a se organizar em grupos.

Os estudos e relatos históricos, que acompanham a vida familiar do homem, descrevem três estágios de suas relações pessoais: o Estado Selvagem, considerado como infância do gênero humano, correspondendo à estruturação por grupos onde cada homem pertencia a todas as mulheres e cada mulher pertencia a todos os homens; a Barbárie que corresponde ao período da família sindiásmica, caracterizada pela redução do grupo a sua unidade última que é o par, ou seja, o casal; e finalmente, o estágio da Civilização, com o modelo correspondente à monogamia, que se baseia no predomínio do homem e cujo objetivo expresso é o de procriação dos filhos e a preservação da riqueza através da herança¹.

Salienta-se também que, nas culturas gregas e romanas, havia bastante cautela na forma de organização da família monogâmica, “a primeira que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e representou concretamente o triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente²”.

Essas culturas exerceram fortes influências na cultura ocidental no que se refere às famílias, que assimilaram velhos costumes e, portanto, hábitos de séculos passados deixando traços que vão se formando através dos séculos.

Ressaltar-se-á, em unidade posterior deste estudo, a formação das organizações familiares em Roma por ter sido o Direito Romano a base sólida do direito português que se estendeu para o Brasil. Através do descobrimento, pelos portugueses, aqui impuseram toda a cultura portuguesa, religião, hábitos e costumes, dizimando grande parte dos povos indígenas e de sua cultura. Mais tarde, a influência dos costumes e cultura indígenas e africanas também tiveram influência na formação familiar brasileira.

¹ENGELS, F. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982. p.146.

² Ibidem, 322.

É imperioso ressaltar que o vocábulo família tem sua origem etimológica no latim *família*, significando o conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do *pater familias*. Com sua ampliação, tornou-se sinônimo de *Gens* que seria o conjunto de agnados (os submetidos ao poder em decorrência do casamento) e os cognados (parentes pelo lado materno)³.

Foi nesse contexto, que a cultura monogâmica veio fazer parte da cultura brasileira, de origem portuguesa, justamente oriunda dos primeiros períodos da formação de Roma, em suas fases, arcaica e monárquica, e posteriormente, pela determinação das igrejas cristãs, com a constituição da família reconhecida somente através do casamento celebrado na esfera religiosa e civil.

Ao mencionar o surgimento de uma sociedade organizada, na história dos povos antigos da Antiguidade Oriental e da Antiguidade Clássica, não é possível ignorar a base ou seus fundamentos sem a família ou organização familiar e salientar, ainda, que o modelo de família brasileira encontra sua origem na família romana, como já mencionado, que, por sua vez, se estruturou e sofreu influência no modelo grego⁴.

Na Grécia, a formação da família era diversificada, pois dependia da origem das pessoas. Os camponeses, por exemplo, mantinham contatos no trabalho, na lavoura e ali, após se conhecerem, começavam um namoro que culminava com o casamento. Entre os nobres, as moças não podiam escolher seus parceiros, em razão do casamento ser arranjado entre os familiares segundo as conveniências de cada família. Esses arranjos eram de acordo com a situação econômica dos namorados. Aos deuses, especialmente à Artêmis, a protetora das mulheres, eram feitas oferendas, e dotes eram dados aos noivos e a seus familiares. Os pais da noiva ofereciam dotes como: terras, bens de alto valor e, até mesmo, dinheiro⁵.

Não se cogitava qualquer interesse da mulher, pois era tratada como simples objeto de seus pais e fonte de aumento do patrimônio da família. Vale lembrar que foi com Santo Agostinho que surgiu o pensamento das bases da dignidade do homem, pois ele afirmava que os seres humanos são filhos de Deus por serem dotados de racionalidade e inteligência. É com esse pensamento que se reconheceu a liberdade humana e a igualdade entre as pessoas. Além do mais, este filósofo esclarece que a justiça é o fundamento de validade de todo o Direito. Esta concepção de Agostinho emergiu das definições utilizadas por Cipião nos livros de

³ VIANA, R. G. C. A Família. In: VIANA, R. G. C.; NERY, R. M. de A. (orgs.). *Temas atuais de direito civil na constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.22.

⁴ CAHALI, Y. S. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.28.

⁵ MACHADO. J. L. de A. *A vida em família na Antiguidade Clássica*. Editor do Portal Planeta Educação, 2007. p.20.

Cícero acerca da República, mas que, em verdade, não existiu no Estado Romano, pois embora a república dependesse de uma ordem justa, não era o que prevalecia em Roma⁶.

Cumprido destacar ainda, que acentuadas interferências do Cristianismo foram descritas a partir do século XVI, como reação ao movimento reformista pregado por Martinho Lutero no que se refere à organização das famílias. Através do Concílio de Trento, a Igreja Católica passou por modificações nas suas questões dogmáticas e disciplinares. Dentre os vários assuntos discutidos, o casamento, como um dos sacramentos reconhecidos para se formar a família, foi um deles e permaneceu em debate durante dezesseis anos, definindo como pontos básicos na estruturação das famílias: a monogamia, a indissolubilidade, a liberdade de escolha dos cônjuges, dos impedimentos matrimoniais, em especial nas relações de parentesco, e coibição dos casamentos clandestinos. Exigiu-se a celebração do casamento por parte da autoridade religiosa, para sua validade perante a Igreja Católica⁷.

Resumidamente, é correto afirmar que foram quatro os períodos na evolução histórica do casamento:

a- como fato natural- a união dos esposos é um simples fato jurídico e, como um fato natural, não era regulamentado pelo direito, mas ao qual se reconhecem conseqüências legais, por exemplo, o casamento romano- físico (*corpus*) e espiritual (*animus*); b- celebrado exclusivamente pela Igreja- no primeiro período, que vai do século X ao século XVI, era da Igreja o direito exclusivo de intervir em tudo quanto dissesse respeito ao casamento, um sacramento com caráter fundamentalmente religioso. No segundo período, com as determinações do já mencionado, Concílio de Trento (1545 a 1563), dentre os grandes lineamentos, está a monogamia no casamento, que até hoje traçam diretrizes às legislações dos povos cultos; c- matrimônio regulamentado ao mesmo tempo pela Igreja e pelo Estado, corresponde à época do despertar das nacionalidades européias e da formação dos Estados modernos; d- matrimônio civil obrigatório- passa a ser competência exclusiva do Estado, que não reconhece validade ao casamento que não seja celebrado de acordo com as determinações por ele emanadas⁸.

No Brasil, a entidade familiar, de início, constituída pela figura do marido e da mulher, monogâmica e indissolúvel, acolhida pelas constituições brasileiras do passado, em razão da influência cristã, especialmente pela Igreja Católica, sofreu uma de suas inúmeras mudanças do final do século passado, com o reconhecimento da dissolução pelo divórcio, sendo que, anterior a ele, era somente pela morte de um dos cônjuges como determinava a dogmática cristã.

⁶ SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v.3, 2000. p.301.

⁷ VIANA, R. G. C. A Família. In: VIANA, R. G. C. ; NERY, R. M. de A. (org.). *Temas atuais de direito civil na constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.22.

⁸Ibidem, 25

Assim, a dissolução da sociedade conjugal passou a ser disciplinada também pelo divórcio, de acordo com o artigo 2º da lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio)⁹.

A união estável entre homens e mulheres recebeu a proteção estatal legislativa e reconhecida pela administração pública, na penúltima década do século XX, expressa na Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento¹⁰.

Confirmou-se, desta forma, o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, propiciando a todos os casais que estivessem vivendo como marido e mulher, a oportunidade de se ajustarem à legalidade e receberem a proteção do Estado.

Com esse mandamento constitucional, vieram as leis ordinárias para disciplinar o tema como a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, também conhecida como Lei dos Companheiros. Com um número reduzido de cinco artigos, assegurou aos companheiros direito a alimentos, bem como de receber herança¹¹.

No entanto, a união homoafetiva, realidade secular em todo mundo e também no Brasil, não foi reconhecida textualmente pelo legislador constitucional, recebendo respaldo somente através do Poder Judiciário.

Somente há um ano essas uniões tiveram reconhecidos seus direitos constitucionais baseados no princípio da dignidade humana e na igualdade de direitos para todos os cidadãos brasileiros.

Tem-se assim, traçados históricos dos momentos mais significativos da proteção das famílias e entidades familiares nas civilizações modernas e pós-modernas, e no berço do século XXI, essas organizações familiares foram adquirindo novos perfis e, aos poucos, sendo reconhecidas e protegidas dentro da legalidade, contrariando a história contada pelos antepassados e aceita por eles. Porém, os tipos alternativos de convivência familiar são ainda vistos de forma preconceituosa e excludente por grande parte da sociedade.

Os cidadãos brasileiros que, por qualquer motivo, optaram pela escolha de organizarem suas entidades familiares segundo a autonomia de suas vontades, ficaram durante

⁹BRASIL. *Lei n° 6.515, de 26 e Dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. 1977.

¹⁰BRASIL. *Constituição Federal*. República Federativa do Brasil, 1988.

¹¹ BRASIL. *Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em: 18 set. 2012.

séculos desprotegidos e desamparados no momento em que surgiam problemas de ordem familiar no que se referia aos filhos, ao patrimônio e mesmo em suas dissoluções.

Essas entidades familiares citadas, já se encontram sob a proteção do Estado, porém, as famílias simultâneas ou paralelas ainda continuam no limbo da legalidade.

Mesmo diante da possibilidade de proteção do Estado, torna-se complexo conceber qualquer tipo de proteção às relações simultâneas ou paralelas na mesma proporção que ao casamento formal e às demais entidades familiares já reconhecidas, pois ao contrário do que ocorre em várias situações em que a sociedade civil, a mídia, a igreja, entre outros, reclamam à ordem constitucional, as famílias simultâneas ainda não receberam aprovação do senso comum¹².

A questão central dessa pesquisa é observar que o pluralismo familiar, reconhecido pela ordem constitucional vigente, não exclui outras entidades familiares e nem contemplou somente o casamento institucionalizado como única forma de constituição de família e merecedor da proteção do Estado. O que se percebe é que o atual Estado Democrático de Direito não pode excluir qualquer cidadão da ordem constitucional democrática, em razão de seu relevante princípio que é a dignidade da pessoa humana e do componente revolucionário de transformação social.

Ressalte-se, porém, que não se pretende defender, neste estudo, todas as formas de relações extraconjugais, pois nem todas devem merecer proteção estatal, uma vez que sob o vislumbre sociológico e principiológico, não são benéficas e abalam a dignidade da família, e a segurança das mesmas, mas apenas aquelas que possuam os elementos que a caracterizem como verdadeira entidade familiar. Diante dessas relações, não cabe ao jurista classificar como correta ou incorreta, moral ou imoral essa relação familiar, mas buscar uma interpretação que atenda aos anseios de justiça e dignidade da pessoa humana, e melhor solução para cada caso concreto, tendo em vista que esses fatos estão presentes na sociedade e geram efeitos sociais complexos.

Diante do exposto, este estudo tem como objetivo geral analisar a realidade sociológica e principiológica da família simultânea brasileira e sua exclusão pelo Estado, mediante o atual sistema aberto do pluralismo familiar, fundamentando-se no dispositivo constitucional do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, com ênfase no reconhecimento de seus elementos caracterizadores.

¹² FERRARINI, L. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 87.

Com a finalidade de concretizar este estudo, dentro da formalidade acadêmico-científica, utilizar-se-á o método analítico, com a aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica, uma vez que esta é a mais apropriada para a análise que se pretende realizar dentro da linha de pesquisa Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (PGD/FDSM).

A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. O material consultado na pesquisa bibliográfica abrange todo referencial já tornado público¹³.

Procurar-se-á estabelecer uma crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, para recuperar o conhecimento científico acumulado sobre o tema proposto, com objetivo exploratório utilizando as concepções de autores que o retratam em artigos, periódicos, livros, jornais, legislação, jurisprudência e doutrina multidisciplinar, especialmente histórica e sociológica para o enriquecimento da exposição da temática, disponível na pesquisa tradicional e virtual.

Para serem atingidos esses resultados, no primeiro capítulo será realizada uma análise histórica de alguns pontos consideráveis para a compreensão das origens da família e do casamento, com breves anotações históricas, enfatizando o contexto do Direito Romano, por ser este o direito que influenciou diretamente o Direito Brasileiro, até chegar-se ao conceito aberto e plural de família consagrada pela nossa Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, serão descritas as entidades familiares contemporâneas, implícitas e explícitas no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, mudanças de paradigmas sobre famílias e casamento, demonstrando a evolução do concubinato e união estável.

No terceiro capítulo, alguns pontos do Sistema Monogâmico serão abordados, trazendo a lume algumas posições doutrinárias favoráveis e desfavoráveis da monogamia como princípio jurídico, além de contextualizar as famílias simultâneas no referido sistema.

Já no quarto capítulo, será identificada a família simultânea, priorizando os pressupostos metodológicos e os elementos para a caracterização dessa espécie de família na ordem constitucional democrática, buscando seu reconhecimento na Teoria dos Deveres de Proteção e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

¹³ GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo: Atlas, 1999. p.50.

Não se pretende esgotar um tema tão relevante e repleto de matizes que superam qualquer discussão, mas, apenas trazer uma pequena contribuição aos saberes acadêmicos e instigar novas pesquisas que molduram a temática apresentada neste estudo.

1 ANOTAÇÕES HISTÓRICAS: FAMÍLIA E CASAMENTO

1.1 A família e o casamento

As anotações históricas desse intróito do estudo proposto darão alguns esclarecimentos sobre a relação do sentido de família e de casamento em alguns momentos significativos da história.

1.1.1 No contexto do Direito Romano

Torna-se de suma importância ressaltar a família e o casamento no contexto do Direito Romano, porque nenhuma outra civilização marcou tanto a história da humanidade, numa sociedade de mudanças acentuadas e expansionistas, onde o direito brasileiro possui lastros profundos, principalmente no que tange ao Direito de Família.

Roma tem uma história de 2800 anos, quando era um pequeno povoado que, aos poucos, tornou-se uma civilização que se estendeu por toda a região do Mediterrâneo.

O regime de monarquia foi a marca do início de sua história, semelhante à cultura grega, porém, mais tarde, Roma experimentou o regime republicano e o término de sua expansão foi sob um grande império.

A escrita e a codificação das leis romanas foram marcadas pelo surgimento da Lei das Doze Tábuas, (*Lex Duodecim Tabularum*) provavelmente instituída no século V, a.C que numa sociedade constituída de plebeus e patrícios, já se preocupava com a formação da família com privilégios para as famílias mais influentes e poderosas. Daí, a importância que davam ao nome de família¹⁴.

Desde o início da formação da cidade de Roma, por volta do século VIII a.C, até a codificação da Lei das Doze Tábuas, o direito era essencialmente costumeiro, rudimentar como a própria organização da sociedade, formalista e impregnada de elementos mágico-religiosos. Confundiam-se o direito divino e o direito humano¹⁵.

Quando a cidade deu início á escrita de suas leis, achou esse direito já estabelecido, enraizado nos costumes e fortalecido pelo unânime consenso dos povos. Aceitou-o, porque não podia proceder de outro modo e conseguiu modificá-lo muito tempo mais tarde.

¹⁴CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 241

¹⁵ *Ibidem*, 241.

Assim, o antigo direito não foi obra do legislador; pelo contrário, foi imposto ao legislador.

No Direito Romano, família significava não apenas o grupo de pessoas ligadas pelo sangue ou por estarem sujeitas a uma mesma autoridade, confundia-se essa formação familiar com o patrimônio nas expressões *actio familiae exerciscundae*, *agnatus proximus familiam habeto*¹⁶.

No histórico romano, percebe-se a relevância da família para esse povo, mesmo num sistema excludente e com privilégios para alguns que no período arcaico, e no período monárquico, o pai e os nobres mais abastados foram os privilegiados, com a organização familiar em especial patamar. A família romana passou por mudanças, quando surgiram as figuras do adultério e do divórcio. Com o aumento do divórcio na sociedade romana, dissolveu-se a família romana.

Muito da cultura e do direito dos povos romanos foram levados para outros povos em decorrência das invasões e conquistas romanas que robusteceram o grande império.

1.1.2 No contexto brasileiro

Embora a história nos conte que o modelo de família, dos primórdios do Brasil colônia, tenha sido patriarcal, legado romano, pesquisas recentes sobre a família brasileira desta fase, mostram que diversos tipos de lares conviveram paralelamente, e que, diante da grande dimensão territorial do país, da formação do povo por diferentes etnias e culturas, fizeram emergir uma pluralidade de arranjos familiares, com características variadas¹⁷.

Em seus primeiros séculos, predominou o modelo patriarcal, da família na sociedade brasileira, não sendo a formação familiar muito diferente do modelo romano, porém com certos arranjos familiares marginalizados e escondidos da sociedade.

Pode-se afirmar que nem é diferente nos dias atuais, quando as discussões, em torno de novas entidades familiares, são constantes e algumas delas, como a união estável homoafetiva e a família simultânea que continuam se escondendo e marginalizadas em seus direitos. Tudo parece se repetir como no passado secular do Brasil em seus períodos colonial, imperial e republicano. Parece que estagnaram as sociedades e o pseudo processo de evolução para, quando o assunto é família simultânea e seus direitos no Estado atual em que não mais

¹⁶ GAMA, G. C. N. da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.35.

¹⁷ CAYRES, E.C.D. *Família Brasileira no contexto histórico e cultural*. 2004. Disponível em: <<http://www.cmdcamacae.rj.gov.br/>>.pdf. Disponível em: 12 de fev. 2013.

se vê o despotismo do passado, mas ainda se aquecem as discussões diante dos preconceitos e discriminações.

Na estrutura familiar patriarcal, nos mesmos modelos do passado romano, predominou a organização familiar tradicional, patriarcal, extensa, rural que resultou da adaptação do modelo de família trazido pelos portugueses ao modelo socioeconômico em vigor no país. Como na cultura romana, impôs seu domínio na Colônia, subjugando os indígenas e, mais tarde, com a importação dos escravos negros, os portugueses foram destruindo formas familiares próprias desses grupos que aqui chegavam¹⁸.

Essa forma de organizar a família tinha como objetivo construir um modelo familiar onde o homem era o dominador que, em termos sociais e políticos, representava também o domínio do poder político da época para controlar a sociedade no seu todo.

Nessa perspectiva de família patriarcal, até a fase da industrialização foi perceptível essa presença, momento em que houve uma mudança no modelo de família, em decorrência da necessidade de novas adaptações à era industrial que teve seu início no século XIX. O objetivo era o domínio da constituição social e política, através do poder da família sobre os filhos e a mulher.

Desta forma, a família modelo patriarcal, vigente até então, passou a ser questionada e teve início o modelo conjugal familiar cuja escolha dos parceiros passa a ser de cada um, sem interferência do pai. Muitos casamentos se deram segundo a vontade do casal, tendo como base, o amor entre ambos. Nesse novo enlace, foram redistribuídos os papéis do homem e da mulher no casamento. A mulher começou a ter um lugar diferenciado na vida moral da família. Sua posição de boa esposa, mãe dedicada e educadora representava o apoio e base familiar. Era ela a responsável em contribuir para uma vida de convivência harmoniosa na família para que seu provedor pudesse ter tranquilidade de trazer o sustento para dentro do lar¹⁹.

A mulher era o alicerce da moral familiar e social, mas a sexualidade feminina era reprimida, e a masculina exercida livremente. A sexualidade reconhecida somente do homem lhe permitia manter uma ou mais concubinas, até porque muitos casamentos ainda eram realizados por interesses econômicos, deixando a questão amorosa em segundo plano.

Eram os homens os responsáveis em manter o sustento da família assim, tornavam-se legítimos “chefes familiares” com um leque grande de poderes perante todos da casa.

¹⁸ BRUSCHINI, C. Teoria crítica da família. In: AZEVEDO, M. A. ; GUERRA, V. N. de A. (orgs.). *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. – 3. ed. – São Paulo: Cortez, 2000. p. 50-79.

¹⁹ KALOUSTIAN, S. M. (org.). *Família brasileira, a base de tudo*. 7. ed. São Paulo: Cortez, Brasília, DF: UNICEF, 2005. p. 26-46.

Estabeleceu-se, a partir daquele momento, o enaltecimento da figura masculina em detrimento da feminina, colocada num nível inferior ao homem²⁰.

Os novos paradigmas eram da mulher educada, da boa esposa e da boa mãe que deveria saber ler e escrever para saber educar a prole enquanto o pai, como provedor, busca no trabalho o sustento da família²¹.

A família patriarcal foi substituída por outro modelo de família, a família conjugal moderna, condizente com os novos rumos para os quais a sociedade apontava naquele momento histórico marcado pela industrialização.

A partir daí, pode-se afirmar, que uma nova mentalidade sobre a família começou a se formar, em razão dos papéis dos cônjuges que também mudaram. Contudo, cumpre evidenciar, que o papel do homem continuou como o de “chefe”, daquele que detinha o poder maior sobre a mulher e os filhos.

Durante essa fase, o país passava pela transição de uma sociedade escravista para uma de ordem capitalista em decorrência da necessidade de constituição do mercado de trabalho industrial e urbano com a finalidade de atender às exigências da indústria, pois já sinalizava para uma nova era de crescimento.

Surgia o modelo da família nuclear, formada pelo pai, mãe e filhos, com uma hierarquia rígida de papéis onde o pai era o único provedor e a mãe a cuidadora dos filhos e do lar, suportada por um novo padrão de educação dos filhos. Este modelo de família atribuiu alto valor à privacidade e intimidade nas relações entre pais e filhos, dando extremo valor ao amor romântico e o amor materno que se tornaram suas bases fortes²².

Nessa breve trajetória histórica da família, do final do século XIX, com a industrialização, até meados do século XX, predominou a constituição familiar formada pelo pai, mãe e filhos em que o homem era o modelo de fortaleza. Sua postura mais racional do que emocional interferia na demonstração de amor e carinho na família. Esse tipo de postura imposta pelos paradigmas sociais da época passava de pai para filho e quanto às filhas, estas seguiam o modelo que a mãe as orientava, o de mulher frágil, submissa, contida e respeitável que tinha como meta o casamento para dar continuidade ao que aprendiam em seus lares²³.

A sociedade brasileira da época vivia sob o manto do preconceito racial, da demonstração de poder, tentativas de manutenção do nome e da riqueza, remanescentes de

²⁰NASCIMENTO, A. M. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

²¹CAYRES, E.C.D. *Família Brasileira no contexto histórico e cultural*. 2004. Disponível em: <<http://www.cmddcamacae.rj.gov.br/pdf>. Acesso em: 12 fev 2013

²²CARVALHO, D.M. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 2.

²³SAMARA, A. M. *A família Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999. p.6.

períodos anteriores, marcados pelo poder aristocrático que se manifestava nos casamentos, muitas vezes arranjados, como opção da elite branca para salvar famílias inteiras em busca de dinheiro²⁴.

Eram reconhecidos somente os casamentos religiosos, à família importava a boa convivência apenas, pois os filhos e a esposa eram subalternos ao pai e tinham por dever, sobretudo, a obediência por mais que fossem prejudicados em seus pensamentos, condutas e sentimentos. Aqueles que se rebelavam e não obedeciam às ordens do pai, eram deserdados, expulsos da casa paterna e materna sob o olhar triste da mãe que nada podia fazer diante das decisões paternas.

Com o apogeu da era industrial, em meados do século XX, o surgimento do feminismo, a adaptação das famílias aos novos contornos da trajetória social da mulher no mundo modernizado, a família começou a distanciar-se dos paradigmas do passado.

Após a experiência de duas guerras mundiais, o panorama da vida política e social começou a revestir-se de nova roupagem e os modelos genéricos de família patriarcal e de família conjugal, organizados, no início da colônia, no seu sentido extenso e posteriormente, no seu sentido nuclear, instituídos pelo casamento religioso, vão se afastando da visão tradicional da sociedade.

Deve-se o reconhecimento da família pelo casamento civil e religioso ao domínio do Direito Canônico durante séculos.

Foi resguardada a família, não mais nos moldes da família nuclear, mas na da adaptação à modernidade. Novos casais surgem com enteados e enteadas de ambas as partes convivendo, muitas vezes no mesmo lar. Assim, surgiu a família denominada mosaico, composta por indivíduos ligados por laços sanguíneos ou pelo afeto. Essa família venceu o século XX e deu continuidade no século XXI.

No Brasil do século XXI pelo egoísmo de cada ser que compõe as famílias, pensando cada dia mais em si próprio, em se promover profissionalmente do que em constituir uma família ou mantê-la, torna cada vez maior o número de divórcios que a menos de três décadas não eram tão comuns, afinal o divórcio era desonroso para a mulher e era tradição que um casamento fosse para o resto da vida. Mas, as lições que as novas gerações estão aprendendo são outras. Mudaram os parâmetros, a cultura e a liberdade de expressão decorrente de todo processo histórico²⁵.

Deve-se ao surgimento de novas posturas humanas, a nova visão de família, diante do contexto da industrialização do final do século IX, a meados do século XX. A partir da

²⁴SAMARA, op.cit p.8.

²⁵Ibidem, 243.

década de 1970, com a emancipação sexual da mulher e com a descoberta da pílula anticoncepcional, a busca de seu lugar no mercado de trabalho fez as mudanças na família nuclear.

Novos valores nasceram contra as exclusões e discriminações sociais referentes à mulher, mas aos poucos, no final do século XX, homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos conjugais. A Lei do Divórcio deu origem a outras formas de organização familiar. Não mais caberia ao homem o domínio absoluto sobre a chefia da família e o trabalho para seu sustento. Todo o autoritarismo deixou de pertencer-lhe, numa total redistribuição dos papéis do pai e da mãe no ambiente doméstico²⁶.

O art. 2º da Lei do Divórcio, Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977 assim dispõe: A Sociedade Conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio. Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio²⁷.

Foi fortemente representativa a Lei do Divórcio para as novas formas de organização familiar, no final do século XX, na sociedade brasileira, que se transformou e vem se transformando e ganhando novos contornos internos e externos.

Seguindo a trajetória das mudanças na estrutura familiar, o século XXI, logo no início de sua segunda década, viu despontar um direito até então negligenciado pela força legal do legislativo, quando os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral²⁸.

Consolidou-se a proteção das relações homoafetivas fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, do mesmo modo que a lei protegia a relação entre um homem e uma mulher, passou a proteger também essas relações. O fundamento foi a Constituição Federal de 1988 que trouxe em seu bojo os preceitos fundamentais como igualdade, liberdade em cuja autonomia da vontade está inserida.

²⁶GAMA, op.cit. p.36.

²⁷BRASIL. *Lei nº 6.515, de 26 e Dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. 1977.

²⁸ NOTÍCIAS DO STF. *Supremo reconhece união homoafetiva*, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 12 mar. 2013.

1.1.2.1 O casamento no Código Civil de 1916

O direito civil português vigorou no Brasil, antes do Código Civil de 1916, com embasamento na tradição romana e nos princípios da Igreja Católica. Mesmo diante da independência ocorrida em 1822, foram mantidas as leis civis portuguesas, que imperaram, com alterações trazidas por algumas leis esparsas nacionais, até 1º de janeiro de 1916, com o advento do Código Civil de 1916²⁹.

Não foram vistas muitas mudanças no novo diploma, uma vez que quem recebeu o encargo de elaborá-lo foi Clóvis Beviláqua no final do século anterior. Dessa forma, sua codificação foi embasada na visão social e política do século XIX, em que foi reverenciada a concepção de uma sociedade conservadora e patriarcal, tendo no homem a força e o poder em detrimento dos anseios da família. A mulher era obrigada a adotar os apelidos do marido, pois a família se identificava pelo nome do varão. Nessa época, só existia o desquite que dava fim à sociedade conjugal, mas não ao casamento. A mulher ao casar-se, tornava-se relativamente capaz do mesmo modo que os indígenas, os pródigos e os menores. Sua capacidade plena era desconsiderada no momento em que contraía o matrimônio. A família legítima só era aceita pelo casamento³⁰.

Não eram reconhecidas as relações extramatrimoniais, ao contrário, eram até punidas, pois não tinham a proteção legal e recebiam a denominação de concubinato. Constituíam-se na clandestinidade e os filhos nascidos dessas uniões recebiam também denominações preconceituosas como: naturais, adulterinos, incestuosos, bastardos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem nenhum direito a uma identidade. Eram excluídos pela sociedade e pela legislação de proteção à família que só era reconhecida se formada pelo casamento.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 6.121/62), conforme ensina Dimas Messias de Carvalho³¹, foi grande iniciativa que ocorreu em 1962 para romper com o poder masculino sobre o feminino numa sociedade machista e com vestígios patriarcais enraizados. Ele veio para devolver a plena capacidade à mulher, que passou à condição de grande colaboradora na administração da sociedade conjugal. A autorização marital para ingressar no mercado de trabalho desapareceu com a nova lei, além disso, outros ganhos foram verificados também como os bens reservados, que se constituíam de patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que

²⁹BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

³⁰FERRARINI, L. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 89.

³¹CARVALHO, op.cit. p.2.

presumivelmente contraídas em benefício da família. Veio em seguida a Emenda Constitucional nº 9 que introduziu a dissolubilidade do vínculo matrimonial³².

Embora com algumas mudanças, o CC de 1916 continuou a representar uma sociedade fundiária, patriarcal, hierarquizada e fortemente marcada pelo cristianismo, ainda que sob o argumento formal da laicização do Direito desde o final do século XIX, reconhecia apenas a família fundada no casamento, o qual era tido como célula fundamental da sociedade, a ser protegido e enaltecido pelo ordenamento jurídico como instituição independente das pessoas que o integravam.³³

Aproximando-se da história recente da família e do casamento, tem-se que no século passado, com o Código Civil de 1916, até o início do século XXI, com o Código Civil de 2002, foram determinantes as mudanças no casamento tais como: o fim da indissolubilidade da sociedade conjugal, o reconhecimento da união estável e a extensão do poder familiar à mulher, além de outras alterações que foram significativas em decorrência dos anseios sociais.

Antes da entrada em vigor do primeiro Código Civil, as leis civis brasileiras eram constituídas pelas Ordenações Filipinas, norteadas por diversas regras oriundas do direito romano, do direito canônico, de costumes ibero-lusitanos e por outras leis extravagantes.

Cumprido relatar que o Código Civil de 1916 foi influenciado pelo Código Civil Francês, também conhecido por Código Napoleônico, calcado na doutrina individualista e voluntarista. O referido buscava regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, em especial o contratante, no contrato, e o proprietário, os quais buscavam poder contratar de forma livre, adquirindo bens e fazendo circular riquezas, sem intervenção do Estado³⁴.

Na França, o desejo do povo, manifestado na Revolução Francesa, era buscar não só romper com a monarquia, que há séculos, determinava os caminhos a serem percorridos pela sociedade, mas ao mesmo tempo rebelar-se contra a postura da magistratura francesa. O casuísmo que imperava à época, invariavelmente, contra a vontade da maioria, despertou no revolucionário francês o desejo de uma nova ordem jurídica, obrigatória para todos.³⁵

Nosso Código Civil de 1916, com essa base individualista, juntamente com outras codificações do século XIX marcaram a era da estabilidade e segurança.

Com o declínio da Europa, a época da segurança entra em declínio, sendo necessário o início da intervenção estatal na esfera privada. Dessa forma, logo após a promulgação do

³²CARVALHO, op.cit. p.2.

³³GAMA, op. cit. p.12.

³⁴BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

³⁵FERRARINI, op.cit. p. 231.

CC de 1916, “o legislador começou a fazer leis excepcionais (assim chamadas porque não desmentiam o sentido de completude e exclusividade do Código Civil)³⁶”.

Com o longo processo de industrialização da primeira metade do século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais alimentados pelas dificuldades econômicas, as Constituições do pós-guerra assumiram compromissos de impor limites à autonomia privada, à propriedade e ao controle de bens³⁷.

As legislações esparsas portuguesas até então seguidas, foram substituídas pelo Código Civil de 1916, todavia não revelaram as mudanças esperadas na medida em que repetiram os interesses do patriarcalismo³⁸.

Cumprir destacar que entre os Códigos de 1916 e o de 2002 há o advento da Constituição Federal de 1988 cujas alterações foram propostas com a finalidade de desfazer as distorções e preconceitos que anteriormente promoveram tantas desigualdades no Direito de Família.

O liberalismo era a ideologia marcante dessa época, característica da pós-revolução francesa cuja cultura foi a codificação com raízes no iluminismo e o determinismo científico.

Portanto, a codificação estava centralizada no homem privado. Para o Direito, o sujeito era aquele que desempenhava papéis preestabelecidos num corpo codificado. “A noção de pessoa se confundia com a ideia de sujeito de direitos tipicamente patrimoniais. Conseqüentemente, todos os institutos acabavam sendo analisados a partir dos mesmos valores”³⁹.

Percebe-se que o Código Civil de 1916 retrata a mesma tradição representada pelo modelo francês, em que prestigiaram o individualismo voluntarista e o liberalismo jurídico, orientados das concepções do século XIX, e, ainda, a completude e unicidade do Direito, centralizados na única fonte que era o Estado. “Mas, como as exigências socioculturais daquela época se alteraram, impôs-se a necessidade de mudar o enfoque. Nessa dimensão, foi surgindo uma leitura diferenciada do Direito Privado, com ampla reforma na concepção do Direito Civil. Paulatinamente, a partir da interferência de normas de ordem pública, no campo privado, o Direito Civil passou por transformações ao mesmo tempo em que se assistia à passagem do Estado liberal ao Estado social”⁴⁰.

³⁶FERRARINI, op.cit.p.301.

³⁷GAMA,op. cit. p.122.

³⁸FERRARINI, op.cit.321.

³⁹RAMOS, C. L. S. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, L. E. (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p.5.

⁴⁰LÓBO, P. L. N. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano, 36, n.141, p.102, jan./mar. 1999.

No Código Civil de 1916, o legislador destacava o casamento como a única forma de constituição de família, negando o reconhecimento de união livre, duradoura e não eventual, relativamente estável, como sendo hábil a ensejar efeitos jurídicos nas relações formadas fora do casamento⁴¹.

Nesse mesmo sentido, evidencia-se uma esclarecedora explicação:

A família era concebida como um instituto em prol da própria família, um fim em si mesma, porque o legislador entendia que aquele modelo fechado era o único correto; logo, assim teria que ser, a qualquer preço, independentemente do sacrifício pessoal de seus membros. Nessa linha de inteligência, a subordinação e o sofrimento da mulher seriam recompensados com um valor de maior importância, a manutenção do vínculo familiar⁴².

Enquanto esteve vigente o Código Civil de 1916 prevaleceu a ideia de família vinculada ao casamento institucionalizado e com a promulgação de uma nova Constituição, a de 1934, inseriu-se um capítulo no seu bojo para tratar da família.

Em síntese, estabeleceu que o casamento civil fosse indissolúvel, determinação que permaneceu durante décadas. O casamento era considerado a única forma legítima de composição da família, porém, tal documento conferiu a possibilidade de o casamento religioso produzir efeitos civis, desde que devidamente inscrito no Registro Civil⁴³.

Como já mencionado, antes do Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 fundamentou-se na inclusão do princípio da igualdade. Já se percebe uma família estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, divergindo acentuadamente do modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, do fingimento⁴⁴.

Pode-se complementar que a obrigatoriedade de permanecer juntos até a morte gerava descontentamento, conflitos e ainda práticas de infidelidade, além da procura de outros relacionamentos clandestinos que causavam rejeição pela sociedade da época.

⁴¹BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil.

⁴²ALVES, L. B. M. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1225, p.8, nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

⁴³GAMA, G. C. N. da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*: Guarda Compartilhada à Luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. P. 146.

⁴⁴CARDOSO, H. A. *Da união estável*. Teoria e jurisprudência. São Paulo: Iglu, 2000. p. 27.

1.1.2.2 O casamento na Constituição de 1988

A vigência do art. 226 da Constituição Federal de 1988 dispõe que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E no § 3º está determinado: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. O § 4º do mesmo art. 226, veio com a seguinte disposição: “Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”⁴⁵.

Cumprir destacar a importância da Constituição Federal de 1988 que seguiu a evolução dos costumes e as situações ocorridas no mundo dos fatos da sociedade brasileira ao inserir o termo família em seu artigo 226, deixando a expressão casamento dissociada de família (BRASIL, 1916⁴⁶; BRASIL, 2002⁴⁷; BRASIL, 1988⁴⁸).

Percebe-se que o Direito de Família, com fundamento na dignidade da pessoa humana, na igualdade e liberdade deixou de proteger apenas o casamento institucionalizado e inseriu a família. Nesse sentido, a família deixa de ser a instituição jurídica protegida para assumir feição de instrumento para a promoção da personalidade humana, mais contemporânea e afinada com os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos já citados, princípios da liberdade e igualdade.

Nesse contexto de mudanças e dissociação de família e casamento tradicional, a Constituição Federal de 1988 atendeu aos ideais do Estado Democrático de Direito e inovou ao proteger o pluralismo familiar.

Cumprir ressaltar ainda, neste contexto, que enquanto o Estado Liberal de Direito possuía característica ordenadora e o Estado Social de Direito tinha caráter promovedor, no Estado Democrático de Direito agrega-se algo a mais no plano normativo: o direito passa a ser transformador da realidade social, em função de terem os textos constitucionais sugestões de promessas de mudanças, dessa realidade social, e isso representa muito, especialmente em países como o Brasil, que não passaram efetivamente pelo *Welfare State*⁴⁹.

A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito deu-se em razão do movimento iluminista surgido na Europa, tendo como principal centro a França. Locke,

⁴⁵BRASIL. *Constituição Federal*. República Federativa do Brasil, 1988.

⁴⁶ BRASIL, Código Civil. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Rio de Janeiro, 1916.

⁴⁷ BRASIL, Novo Código Civil. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 342 p.

⁴⁸ BRASIL, op. cit. *Constituição Federal*, 1988.

⁴⁹ STRECK, L. L. ; ROCHA, L. S. (orgs.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p.154.

Montesquieu, Rousseau, entre outros, sustentando os ideais iluministas, no sentido da proteção aos indivíduos contra a ingerência e a interferência absolutista do Estado, inspiraram a declaração de independência dos Estados Unidos, ocorrida em 1776, que se consagrou com o nascimento, em 1787, da Constituição dos Estados Unidos, elaborada com a convalidação da garantia da liberdade individual, da proteção dos direitos do cidadão e da propriedade privada⁵⁰.

Já o Estado Social de Direito também denominado de “Estado do bem-estar” (*Welfare State*), dentro do qual a lei, deixando de ser somente comando abstrato e geral, faz-se instrumento de atualização concreta do Estado. A intervenção do Estado, limitada no Estado de Direito Liberal Individualista, passa de negativa para positiva, no sentido de atuar, com prestações positivas, junto às várias questões sociais como, as trabalhistas e as previdenciárias. O desenvolvimento das relações sociais impõe a transformação do modelo liberal individualista e o surgimento do Estado Social de Direito⁵¹.

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma fundado em uma nova legitimidade no plano do direito constitucional e da ciência política. O Direito assume função transformadora e, diversamente das Constituições Liberais e das Sociais, a legitimidade transformadora do Estado Democrático de Direito e do Direito em si, surgem da própria Constituição⁵².

O papel dos princípios constitucionais é fundamental no contexto do Estado Democrático de Direito e são eles que formam o parâmetro para a interpretação e a efetivação da Constituição como a base do sistema jurídico. Este deve ser fundado numa hermenêutica transformadora com ruptura no passado excludente para que o direito possa de forma dinâmica e aberta assumir papéis que incluam os valores concebidos pela ordem social.

O Estado não mais pode conviver passivamente com as desigualdades e injustiças sociais. Ele precisa atuar para se reestruturar, reestruturando também a sociedade. A sua atuação não deve ser voltada para o indivíduo unicamente ou para um grupo simplesmente, mas para toda a comunidade, educando-a, conscientizando-a além de se empenhar para preservar a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos da vida: econômico, político, jurídico, moral e biológico, e abrir igualmente as portas para a participação popular como fator de sua legitimação político-democrática.

⁵⁰STRECK, L. L. ; ROCHA, L. S. (orgs.), 2005. p.154.

⁵¹ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.223.

⁵² STRECK, L. L. Hermenêutica e concretização da Constituição: as possibilidades transformadoras do Direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n.1, p. 681-712, 2003.

Portanto, a concepção de um Estado formal como mera ordem normativa, sem fins, como a defendida por Hans Kelsen⁵³, é totalmente incompatível com a idéia de Estado Democrático de Direito.

O enfoque é diferente quando se remete à concepção do Estado Democrático de Direito, pois este se encontra voltado para superar as imprecisões, ambiguidades e as insuficiências transformadoras do Estado Social de Direito⁵⁴. Com o advento do Estado Democrático de Direito, houve alteração na relação entre Direito e Política. Agora, é a política que se subordina ao Direito e torna-se a ser instrumento de sua realização⁵⁵.

Sua tutela jurídica é ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos. Esse novo paradigma de Estado não se contenta com a simples declaração de direitos, pois o seu objetivo é transformação com justiça da realidade social, em que o plano da efetivação dos direitos traça uma das suas principais metas e incorpora os direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão, indo além. Incorpora ainda, os direitos fundamentais de terceira dimensão, relacionados com a fraternidade, com a solidariedade, concluindo a proteção ao ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, dentre outras, bem como outras dimensões de direito fundamentais, quarta e até quinta dimensão, conforme classificação de determinado setor da doutrina⁵⁶. Isso porque o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito é aberto e dinâmico e, assim, acompanha e impõe transformações sociais na busca da justiça material. Novos valores e direitos que surgem da dinâmica social são integrados pelo sistema.

Um dos temas mais relevantes no campo do Direito, atualmente, é a relação entre Estado Democrático de Direito e Sociedade. Constata-se então que o Estado Democrático de Direito é um novo paradigma no plano do desenvolvimento do Estado.

É o Estado da transformação, com justiça, da realidade social; é o Estado da proteção jurídica ampla, irrestrita e efetiva, a direitos individuais e coletivos; é o Estado em que a política passa a ser meio de realização dos direitos, especialmente dos fundamentais; é o Estado do pluralismo, da participação social, da priorização da tutela preventiva, como a mais genuína forma de tutela jurídica; é o Estado da solidariedade coletiva e da tutela do direito à diferença; é um modelo de Estado transformado, bem diverso do Estado Liberal do Direito e do Estado Social de Direito; é o Estado aberto para o mundo, principalmente no que tange às propostas de criação de uma ordem jurídica mundial constitucionalizada e democrática; é o

⁵³ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.272-3

⁵⁴ LUÑO, A. E. P. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitucion*, 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.. 1986. p.229.

⁵⁵ *Ibidem*, 711.

⁵⁶ WOLKMER, A. C. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-30.

Estado da proibição do retrocesso; é o Estado do controle da constitucionalidade, em síntese, é o Estado da justiça material⁵⁷.

É este o Estado que conduz à proteção das minorias e privilegia a dignidade da pessoa humana, afastando os preconceitos e as discriminações seculares.

O melhor entendimento dentro das correntes existentes, pauta-se no sentido da superação da visão dualista, que separava e distinguia o Estado da Sociedade. O movimento da superação da concepção dualista teve início no Estado Social de Direito e encontra todo o respaldo teórico e principiológico no Estado Democrático de Direito.

Jürgen Habermas, em uma concepção dualista diferenciada, defende o princípio da separação entre Estado e Sociedade. Admite que tal princípio significaria, em geral, a garantia jurídica de uma autonomia social que possa atribuir a cada um, na condição de cidadão, idênticas oportunidades de se utilizar de seus direitos políticos de participação e de comunicação, porém isso não coincidiria plenamente, afirma Habermas, com o modelo do Estado de direito burguês que se limita em determinar funções para uma sociedade econômica que é auto-reguladora e livre das regras do Estado. Habermas salienta ainda que em sua concepção abstrata, o princípio da separação entre Estado e Sociedade exige uma sociedade civil e, assim, relações de associação, bem como uma cultura política suficientemente desacoplada de estruturas de classe⁵⁸.

A participação social e o pluralismo são valores fundantes em um Estado Democrático de Direito, porém, separar, por princípio, o Estado da Sociedade Civil não se adapta realisticamente à própria cláusula essencial para uma democracia, no sentido de que todo poder emana do povo, que inclusive está presente expressamente no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A função de transformação da realidade social, com a diminuição das desigualdades, não é somente do poder social, mas também do próprio Estado como um todo, inserido que deve estar na Sociedade como sua cláusula mãe.

Ao defender sua tese do sujeito autônomo, Habermas se coloca ao lado da realidade, embora não a negue, como afirmou Streck⁵⁹.

São inúmeras as transformações por que passam a própria concepção de sistema jurídico, de sistema jurídico fechado e auto-suficiente para sistema jurídico aberto, móvel e

⁵⁷SOARES, M. L. Q. *Teoria do Estado*: substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.65-81.

⁵⁸HABERMAS, J. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.I,II, 1997. p.218-9.

⁵⁹STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.175.

composto de valores⁶⁰. A interpretação constitucional passa a ser pluralista dentro daquilo que Peter Häberle denomina de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”⁶¹.

Vê-se que no atual Estado Democrático de Direito, o pós-positivismo coloca o constitucionalismo em substituição ao positivismo legalista, com profundas mudanças em alguns parâmetros, dentre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção⁶².

Entende-se que a Constituição de 1988, diferiu da concepção de Estado Social do século XIX e surge, nesse momento, de Estado Democrático de Direito, a Constituição de um sistema aberto e móvel com conceitos mais claros e determinados. “Com efeito, a necessidade de valorização da família tem sido entendida como caminho a ser perseguido por todas as nações, como forma de criar uma sociedade sólida, solidária e justa a partir de sua célula-mãe, que é a unidade familiar”⁶³.

É de se notar que as mudanças do mundo dos fatos na organização familiar, segundo as vontades de cada indivíduo foram revalidados pela Constituição Federal⁶⁴.

1.1.2.3 O casamento no Código Civil de 2002

Foram as mudanças ocorridas na segunda metade do século XX que refletiram também em mudanças no Código Civil de 2002, em função dos anseios da sociedade daquele meio e final de século. As novas famílias identificadas constitucionalmente passaram a ter os mesmos direitos e proteção que as demais numa demonstração de interpretação democrática da Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”.

Porém, o casamento continua sendo o meio pelo qual um homem e uma mulher se unem para formar uma família, segundo o CC de 2002.

Eles se unem para compartilhar os momentos bons e os momentos ruins, felicidades e tristezas. Preocupam em construir a nova família num ambiente de felicidade para todos. O amor ainda continua ser a base sólida nos momentos ruins e de tristezas, para que sejam

⁶⁰BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos de novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, In: BARROSO, L. R. (org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, p.34-35, 2003.

⁶¹HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, 1997. p.12-3.

⁶²ALEXY, R. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p.159-61.

⁶³FERRARINI, L. *Família simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.59-64.

⁶⁴MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.105.

superados os obstáculos. É impossível negar a base sagrada do casamento para dar segurança à família. Não será uma ou outra forma de constituição familiar que irá trazer tal segurança, mas certamente, em muito contribuirá para sustentar uma união duradoura, especialmente quando esta segurança tem uma proteção legal mais ampla, sem que seja necessário realizar-se sob a égide de uma ou outra religião. A família precisa de ter um apoio jurídico e social para se manter sob o manto da aceitação, mas independente de normas pré-estabelecidas ou padronizadas.

No processo de evolução da legislação para proteger a família, em 2002 mudanças significativas marcaram o direito de família com o novo diploma legal através do código Civil de 2002, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

No pensamento de Beviláqua o casamento é: “O contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer”⁶⁵.

O novo Código teve como finalidade suprir as necessidades do Direito de Família do fim do século XX que conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira: “As transformações operadas neste século teriam sido maiores e mais avançadas de que em dois milênios de civilização romano-cristã”⁶⁶. O autor quer demonstrar que existiram fatores externos, sociais, econômicos e políticos no século XX que influenciaram a organização familiar, mais do que em épocas passadas quando predominava apenas as concepções e domínio da civilização romano-cristã.

O CC de 2002 anuncia condições para o casamento no que concerne à sua validade, para que seus efeitos se concretizem, condições estas, que podem torná-lo nulo ou anulável. São os impedimentos, como o caso do erro essencial quanto à identidade do outro cônjuge.

É de se notar que em muitos países, na atualidade, somente o casamento civil produz plenos efeitos legais. Todavia, muitos códigos civis se identificam ainda com preceitos estabelecidos pela tradição religiosa em seus dispositivos. Até mesmo em nações de regime declaradamente materialista, persiste, pelo menos em parte da população, o costume de aceitar o casamento civil com uma cerimônia religiosa para a bênção dos noivos. Este é um legado do passado de muitos povos, ainda presente na atual legislação, como se percebe também pelos costumes do Brasil.

Pelos ensinamentos de Maria Berenice dias, pode-se afirmar:

⁶⁵ BEVILÁQUA, C. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1996.

⁶⁶ PEREIRA, C. M. da S. *Direito Civil*: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.169.

O matrimônio é um negócio jurídico de caráter contratual, no qual se distinguem três elementos fundamentais: a capacidade jurídica dos contraentes, assegurada por todos os requisitos prescritos pela lei e, em particular, da ausência de impedimentos; a apresentação de um consentimento válido por parte de ambos os nubentes; e a observância dos ritos formais para a realização do casamento⁶⁷.

O CC de 2002 ainda faz referências ao casamento formal, protegendo mais a família institucionalizada, embora a existência das famílias monoparentais, sejam identificadas constitucionalmente e reconhecidas. Essa nova postura reflete efetiva conquista nos rumos do reconhecimento de novos núcleos de relações de afeto e proteção, gerando, inclusive, direitos patrimoniais⁶⁸.

“A família não mais encerra um fim em si mesma, finalmente, averba-se que ninguém nasce para constituí-la (a velha família cimentada no casamento, não raro, arranjado pelo pai que prometia a mão de sua filha, como se fosse uma simples negociação patrimonial)”. É agora um lugar privilegiado, de segurança para o ser humano, no local onde nasceu e desenvolverá verdadeiro sentido a ser dado na busca da felicidade da pessoa humana. “Está é a família da nova era⁶⁹”.

A família no CC de 2002 conferia relevância ao matrimônio que segundo o art. 222 do Código Civil revogado, era permitido um curador para “defendê-lo” no caso de pleito de declaração de sua nulidade⁷⁰. As entidades familiares, nesse contexto, deixam de ser consideradas. A mera instituição jurídica do casamento não coaduna com dignidade da pessoa humana ao adquirir interpretação sob um único prisma. As novas entidades familiares, independentes do casamento, assumiram, diante do novo dispositivo constitucional, o feitiço de instrumento para a promoção da personalidade humana.

O direito de família no Brasil é na atual conjuntura jurídica um direito constitucionalizado, em razão de uma série de princípios que acolhe a familiaridade, sem vínculo direto com o casamento, e lhe dá novas características, pouco ainda compreendidas para o senso comum social, mas que vêm se incorporando na legislação infraconstitucional, embora, timidamente.

Ainda pendente de uma institucionalização (Código Civil de 2002, previsão do registro civil do casamento religioso- art. 1515)⁷¹, a família é questionada no sentido de existir

⁶⁷DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.89.

⁶⁸PEREIRA, T. da S. A Família. In: PEREIRA, R. da C. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁶⁹FARIAS, C. C. de (coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

⁷⁰TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.353.

⁷¹Art. 1.515. 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)

para o ser humano e não o ser humano existir para ela. A simbiose legal de família e casamento já não mais faz sentido quando se visualiza algo de maior valor humano, de maior profundidade nos direitos de igualdade e de liberdade.

2 ENTIDADES FAMILIARES NA ATUALIDADE

Como já visto, a família mereceu a proteção na Constituição Federal de 1988 com a denominação de entidades familiares. Entende-se que a única forma de família reconhecida no passado já não mais condiz com direitos iguais.

Privilegiou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988 (art. 1º. inciso III, CF/88), além de outros princípios como: o da liberdade e da igualdade, numa clara demonstração de que uma nova ordem jurídica foi estabelecida; abandonou-se o caráter econômico e de procriação e novas concepções de família com prioridade para o afeto entre seus componentes passaram a ser valorizadas e melhor compreendidas legalmente⁷².

Gustavo Tepedino ensina que todas as normas de direito positivo, principalmente aquelas que disciplinam o Direito de Família, devem convergir para a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade⁷³.

Com essa mentalidade inseriu-se na CF de 1988, a proteção constitucional extensa da família que com novas demandas exige a mesma proteção da família formada pelo matrimônio ou casamento civil reconhecido legalmente no Código Civil. Promover o bem-estar das famílias é dever do Estado sem discriminações.

Um olhar para as necessidades da sociedade leva à alcançar uma norma jurídica apropriada para atender o direito individual e coletivo. Essa maneira é possível à migração do Código à Constituição, isso é, dos direitos civis aos direitos fundamentais⁷⁴.

No pensamento de Luis Edson Fachin está claro que:

A porosidade do sistema jurídico é assegurada pela maior abertura propiciada pelos princípios e valores que informam e estruturam o sistema, sendo, pois, indispensável o enfrentamento do desafio de (re)construção do direito a partir de sua ordem principiológica⁷⁵.

Observa-se, dessa forma, que o fundamento principiológico da Constituição Federal de 1988, recepcionou novas entidades familiares, como direitos fundamentais protegidos no art. 226, como já mencionado.

⁷²BRAVO, M. C. ; SOUZA, M. J. U. As entidades familiares na constituição. *JusNavigandi*, Teresina, ano 6, n.54, p.1, fev. 2002.

⁷³TEPEDINO, G. *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.328.

⁷⁴FACHIN, R. A. G. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.57.

⁷⁵ *Ibidem*, 269.

Afirma-se, assim, que embora as novas entidades familiares recepcionadas atendam ao princípio da dignidade humana, ainda há aquelas que continuam num patamar mais elevado que outras.

Paulo Luis Netto Lôbo, assim se expressa nesse sentido:

Há civilistas que propõem que as famílias positivadas no referido artigo constitucional – as famílias matrimonializadas, as advindas de união estáveis e as famílias monoparentais – devem ser somente os três tipos tutelados pelo Estado, gerando assim soluções jurídicas inadequadas e exclusão social com a desconsideração dos outros núcleos de famílias⁷⁶.

E ressalta também que os doutrinadores que entendem que a Constituição não admite outras entidades familiares além das expressamente previstas, estabelecem uma forma de hierarquização entre elas, ao esclarecer:

- a) existe a primazia do casamento perante a união estável e a entidade monoparental, haja vista que o modelo de família concebido como ideal é este matrimonializado e esses outros deveriam receber tutela jurídica limitada;
- b) existe igualdade entre a família matrimonializada, a advinda de união estável e a entidade monoparental, haja vista que a constituição possibilita uma liberdade de escolha com igual dignidade das relações de afeto na sociedade⁷⁷.

E conclui o autor em destaque que a exploração feita mostra que a exclusão de um ou outro tipo de entidade familiar não está na Constituição, e sim na interpretação que é feita sobre ela como se pretende pontuar neste estudo.

2.1 As entidade familiares explícitas na Legislação Pátria

2.1.1 A família matrimonializada

Esta é a família tradicional aceita socialmente há séculos. É a família reconhecida no Código Civil brasileiro de 2002, onde o direito de família foi a temática com o maior número de regulamentação em seus 150 dispositivos⁷⁸.

Embora reconhecido como um importante fundamento da sociedade não existe definição expressa em nenhum dos dispositivos sobre o casamento na lei civil.

A visão passada sobre o casamento coloca-o como um contrato solene que se concretiza entre duas pessoas, ou seja, um homem e uma mulher indissolúvelmente com a

⁷⁶ LÔBO, P. L. N. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista IBDFAM*, n.12, p.40-55, jan./fev./mar. 2002. p.42.

⁷⁷ *Ibidem*, p.39.

⁷⁸ PENA JUNIOR, M.C. *Direito das pessoas e das famílias*: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p.67.

finalidade de legalizar seus atos sexuais, suas vidas e interesses e o comprometimento com a educação da prole. Hoje não mais se aceita conceituação, em razão de não mais vigorarem a indissolubilidade do casamento e a prioridade de ter uma prole⁷⁹.

As questões relativas ao casamento, nos dias atuais, relacionam-se mais com a afetividade, a ética em família, a cumplicidade e o desenvolvimento espiritual, como formas de entender o novo conceito de casamento⁸⁰.

2.1.2 A união estável

As uniões de fato anteriores à Constituição Federal de 1988 não eram reconhecidas nas decisões jurídicas. Os indivíduos envolvidos nessa forma de organização familiar sem o vínculo do casamento sofriam preconceitos e exclusão social, em razão desse tipo de convívio não ser aceito socialmente⁸¹.

A visão sobre esses casais era pejorativamente de concubinato, pois eram caracterizadas como ilícitas ou imorais, pois estavam afastadas das bênçãos do casamento.

Cumprido salientar que no art. 1.724 CC⁸² estão claros os direitos e deveres dos companheiros da união estável, que são parecidos com os dos cônjuges, com exceção da obrigatoriedade de convivência sob o mesmo teto, o que confere a essa união a proteção advinda do sentimento de afeto que une essas pessoas.

O reconhecimento explícito da união estável pela CF de 1988 foi um progresso na medida em que promoveu segurança jurídica a mulheres e homens independentes e descompromissados que decidem se unir sem nenhum fim econômico, pautados em relações de afeto um para com o outro⁸³.

O legislador procurou eliminar algumas distorções, preconceitos e desigualdades existentes no Direito familiar brasileiro e consolidar as conquistas de forma que introduziu o conceito de união estável, reduziu de cinco para dois anos o tempo exigido para o divórcio direto e impediu qualquer discriminação a respeito da origem dos filhos, acolhendo outros temas de igual importância para a sociedade. Foi contemplado o afeto como o principal elemento que leva as pessoas a constituírem uma família, não havendo porque se manterem

⁷⁹ BEVILAQUA, C. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p.34.

⁸⁰ PENA JUNIOR, op.cit. p.68.

⁸¹ BRAVO, M. C. ; SOUZA, M. J. U. As entidades familiares na constituição. *JusNavigandi*, Teresina, ano 6, n.54, p.1, fev. 2002.

⁸² Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos (BRASIL, 2002)

⁸³ *Ibidem*

discriminações baseadas nem mesmo nos fatores sexo (união estável homoafetiva) ou origem⁸⁴.

2.1.3 A família monoparental

Esta forma de organização familiar não é um fato da contemporaneidade, pois sempre existiu inclusive composta por mãe solteira com um ou mais filhos ou pai também solteiro com filho ou filhos. Hoje, após a Constituição Federal de 1988 sua presença na sociedade é melhor compreendida e aceita.

A família formada por um homem ou mulher que se encontra sem cônjuge ou companheiro e vive com uma ou mais crianças é denominada família monoparental⁸⁵.

2.2 As entidades familiares implícitas na Legislação Pátria

2.2.1 A união de pessoas do mesmo sexo

A união de pessoas do mesmo sexo não é uma novidade das sociedades contemporâneas, mas uma realidade que não pode ser negada que vem acontecendo desde registros remotos da história do homem.

A opção sexual de uma pessoa deve ser respeitada, tendo em vista a proibição legal de qualquer ato discriminatório em decorrência da raça, credo religioso, convicções políticas e sexo. Insere-se nesse enunciado proibido a dignidade de todas as pessoas⁸⁶.

Maria Berenice Dias salienta que "a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual"⁸⁷.

Os maiores entraves para o reconhecimento dessa cultura familiar estão ligados a dois questionamentos advindos do desenvolvimento de filhos nessa união, sendo o primeiro em relação à orientação sexual da criança em função do modelo homossexual e o segundo em relação ao sofrimento psíquico advindo do preconceito e discriminação dessa criança na sociedade. Porém, estudos californianos já comprovam que não há diferenças significativas

⁸⁴CUNHA PEREIRA, R. da. *Concubinato e união estável*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.181-183.

⁸⁵LEITE, C. Parentesco negado. *Revista JC*, Recife, ano 5, n.203, p.4-7, 05 jul. 2009, p.66.

⁸⁶BRAVO, M. C. ; SOUZA, M. J. U. *As entidades familiares na constituição*, p.2.

⁸⁷DIAS, M. B. Homoafetividade e direito homoafetivo. In: DIAS, M. B. ; BASTOS, E. F.; MORAES, N. M. M. (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.360.

quanto à sexualidade de crianças criadas por casais homo ou heterossexuais, bem como inexistem comportamentos patológicos diferenciados entre ambas⁸⁸.

Com o fundamento de que a orientação sexual é um direito do indivíduo, em países como Canadá, Espanha, Holanda e Bélgica é permitido o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

É oportuno esclarecer que existe a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo por analogia, mesmo com a incisiva discriminação do § 3º do artigo 226 CF, que explicita a união estável entre "homem e mulher". Esse entendimento por analogia se dá por força dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, e se deve estender essa possibilidade às relações homoafetivas⁸⁹.

Já é reconhecida essa entidade familiar e sua geração de efeitos jurídicos tem evoluído no direito de família brasileiro. Deve-se esse reconhecimento à decisão do STF realizada em maio de 2011 que concluiu, por unanimidade, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, o reconhecimento de uniões homoafetivas como entidade familiares por analogia à união estável⁹⁰.

2.2.2 A família unipessoal

Neste caso, tem-se algo bastante inusitado em nossa sociedade que é o desejo de viver só.

E para atender à finalidade social da lei, o Superior Tribunal de Justiça ampliou o conceito de entidade familiar para incluir os "singles" (solteiros), que, por escolha de vida ou por inabilidade de convivência com outra pessoa, formam a entidade familiar unipessoal⁹¹.

2.2.3 A família recomposta

Na família recomposta ou família reconstituída a estrutura familiar é originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros tem filho ou filhos de um vínculo anterior. É a família na qual ao menos um dos adultos é padrasto ou

⁸⁸MACHI-COSTA, M. I. Família e homossexualidade: tendências, conquistas e desafios. In: MACEDO, R. M. S. *Terapia familiar no Brasil e na última década*. São Paulo: Roca, 2008. p.647.

⁸⁹BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.

⁹⁰Ibidem.

⁹¹LÔBO, op.cit. p.51.

madrasta. Nesta categoria entram tanto as novas núpcias de pais viúvos ou mães viúvas como de pais divorciados e de mães divorciadas e pais e mães solteiros. Alude, assim, não só a reconstituição como ao estabelecimento de um novo relacionamento, no qual circulam crianças de outro precedente⁹².

As relações familiares devem ser pautadas no afeto entre os seus integrantes. Isso faz com que se gerem mudanças nas concepções de maternidade e paternidade, posicionando tais conceitos em diferentes escalas na vida dos filhos⁹³.

O número de dissoluções conjugais que vem crescendo dá ensejo a essa organização familiar com filhos de casamentos diferenciados que passam a viver num mesmo ambiente familiar ou a conviverem ora num ambiente, ora em outro.

Essa organização familiar ainda encontra-se numa fase inicial de construção jurídica doutrinária e jurisprudencial. Acredita-se que a partir dessa nova estrutura familiar pautada na afetividade, mas a partir do princípio da dignidade humana se abrirão novos horizontes e possibilidades interpretativas para as demandas que venham a surgir, encontrando assim soluções jurídicas mais adequadas aos casos⁹⁴.

2.2.4 A família constituída de parentes

Essa formação familiar pode ocorrer sem a presença de um ou de ambos os genitores no ambiente de convivência familiar.

Essa estrutura familiar é compreendida como a união de parentes e pessoas que “convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, especialmente no caso de grupo de irmãos após o falecimento ou abandono dos pais”⁹⁵.

Nesse sentido, Souza ensina que a família constituída de parentes, ou também chamada de família anaparental, pode também estar relacionada à convivência de irmãos com primos e tios com sobrinhos⁹⁶.

⁹²MATOS, A.C.H. Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e recomposta. In: HIRONAKA, G.M.F.N.; TARTUCE, F.; SIMÃO, J.F. (Coords.). *Direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p.398.

⁹³FERREIRA, B. M. V.; ESPOLADOR, R. de C. R. T.. O papel do afeto na formação das famílias recompostas no Brasil. In: DIAS, M. B.; BASTOS, E. F.; MORAES, N. M. M. (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.110.

⁹⁴Ibidem, p.110.

⁹⁵LÔBO, op.cit. p.41.

⁹⁶SOUZA, D. B. L. F. C. Famílias plurais ou espécies de famílias. *Revista JusVigilantibus*, 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39460>>. Acesso em: 10 jul.2010.

No conceito de Maria Berenice Dias não há necessidade específica de que haja vínculos de parentesco: "A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental"⁹⁷.

Já se nota que decisões jurisprudenciais de STJ tutelam essa entidade familiar⁹⁸.

2.2.5 A família solidária

Outra denominação a esta forma de se organizar em família é de família eudemonista, merecedora de tutela jurídica e se estrutura no afeto como centralizador da união dos entes envolvidos⁹⁹.

Essas pessoas convivem sem nenhum laço de consanguinidade, parentesco ou qualquer cunho sexual, apenas com o desejo de se auxiliarem com objetivo eudemonista, ou seja, com a finalidade de felicidade do homem¹⁰⁰.

Ao romper com hierarquia no interior da família, e flexibilizar os papéis do homem e da mulher reforça-se o que diz a Constituição Federal de 1988 que consagrou a família plural

⁹⁷DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.47.

⁹⁸ **Jurisprudência do STJ - Adoção Póstuma - Família Anaparental Adoção Póstuma. Família Anaparental.** Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam, o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Ademais, o § 6º do art. 42 do ECA (incluído pela Lei n. 12.010/2009) abriga a possibilidade de adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante no curso do respectivo procedimento, com a constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. In casu, segundo as instâncias ordinárias, verificou-se a ocorrência de inequívoca manifestação de vontade de adotar, por força de laço socioafetivo preexistente entre adotante e adotando, construído desde quando o infante (portador de necessidade especial) tinha quatro anos de idade. Consignou-se, ademais, que, na chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2º, do ECA. Esses elementos subjetivos são extraídos da existência de laços afetivos – de quaisquer gêneros –, da congruência de interesses, do compartilhamento de ideias e ideais, da solidariedade psicológica, social e financeira e de outros fatores que, somados, demonstram o animus de viver como família e dão condições para se associar ao grupo assim construído a estabilidade reclamada pelo texto da lei. Dessa forma, os fins colimados pela norma são a existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que pode gerar para o adotando. Nesse tocante, o que informa e define um núcleo familiar estável são os elementos subjetivos, que podem ou não existir, independentemente do estado civil das partes. Sob esse prisma, ressaltou-se que o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar a noção plena apreendida nas suas bases sociológicas. Na espécie, embora os adotantes fossem dois irmãos de sexos opostos, o fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si como para o infante, e naquele grupo familiar o adotando se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, encontrando naqueles que o adotaram a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte. Dessa arte, enfatizou-se que, se a lei tem como linha motivadora o princípio do melhor interesse do adotando, nada mais justo que a sua interpretação também se revista desse viés. REsp 1.217.415-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.217.415-RS, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 10 de junho de 2012. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.recivil.com.br/newsPrint.asp?intNews=18273>. Acesso em: 20 abr. 2013.

⁹⁹ SIGNORELLI, G. T. *A família solidária e seu reconhecimento no ordenamento jurídico*. 2010. Disponível em: <http://gerdalsignorelli.blogspot.com/2010/05/familiasolidaria-e-seu-reconhecimento.html>. Acesso em: 19 jul. 2012.

¹⁰⁰SOUZA, D. B. L. F. C. *Famílias plurais ou espécies de famílias*, p.2.

e eudemonista, fundada, ainda, no princípio da igualdade, que rompe com a hierarquização de papéis e com o patriarcalismo¹⁰¹.

É muito pouco o que se encontra na doutrina e jurisprudência acerca desse assunto, existindo, entretanto, pequenos avanços nesse sentido pela possibilidade de ser a próxima entidade a ser reconhecida pelo direito brasileiro¹⁰².

2.2.6 A família simultânea

Família simultânea ou paralela é também uma organização familiar milenar, mas sempre constituída no anonimato da história pela forma como a sociedade a enxergava.

“Essas formações de famílias apresentam simultaneidade de dois ou mais núcleos familiares com um componente comum entre elas, e mesmo que não seja prevista em um modelo legal deve ser respaldada pelo direito com diversos efeitos jurídicos”¹⁰³.

A Constituição Federal 1988, já referida neste estudo acolhe implicitamente essa organização familiar na concepção de pluralidade familiar como será apontado com mais detalhe em capítulo especial neste estudo.

2.3 Mudanças de Paradigmas sobre Família e Casamento no Direito

Como se percebe, com o passar dos séculos, as organizações familiares vêm sofrendo profundas transformações, desde as fases da família como instituição natural até sua proteção pela Igreja e Estado.

Nota-se que dentre as várias instituições estabelecidas, a família é aquela que sempre despertou maior interesse, pois nela está a base da sociedade e reveste-se de importante significação, sendo ou não reconhecida pelo Estado ou pela Igreja através de sua institucionalização, por ser a base para a formação e organização das sociedades através dos tempos.

Da mesma forma que a família sempre fez parte da estrutura social e em cada época organizada de diferentes formas e também cada um de seus membros são objeto de interesse a

¹⁰¹ RUZYK, C. E. P. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.114.

¹⁰²MATOS, op.cit. p.6.

¹⁰³RUZYK, op.cit. p.236.

cada época da história. Como já mencionado, no período patriarcal em Roma, a figura do pai como um verdadeiro deus foi o privilégio da época.

Todo homem, sem nenhuma distinção, com o nascimento, se torna membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. Conserva-se ligado a ela durante a sua existência, embora venha a constituir nova família pelo casamento ou união estável. As múltiplas relações se entrelaçam, estabelecendo entre os componentes da instituição familiar um complexo de disposições pessoais e patrimoniais que formam o objeto do direito de família¹⁰⁴.

O termo família ou a expressão entidade familiar, durante um longo tempo, confunde-se com casamento que é a união institucionalizada entre duas pessoas, um homem e uma mulher, cumprindo determinada ordem, legal ou religiosa e seus regulamentos para que a família seja constituída, ou melhor, permitida para ser protegida pelo Estado.

Dessa forma, o casamento institucionalizado é discutido e visto sob conceitos diferenciados. É a partir do casamento que se iniciam as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, entre pais e filhos, definindo, nesse aspecto, as espécies de filiação e o conceito de pátrio poder e enfim, a tutela, criação artificial para suprir a autoridade do chefe de família e a curatela, instituição protetora dos incapazes.¹⁰⁵

Fundamenta-se o casamento, na idéia de instituição ou de contrato, ou ainda, caracterizando o ato sob concepções filosóficas ou religiosas, sob o aspecto formalista da solenidade e, geralmente, definindo o ato pelos seus fins ou efeitos.¹⁰⁶

É pertinente ainda a este estudo, ressaltar que são termos de origem distinta o casamento e o matrimônio e que, de acordo com a concepção tomista, ou seja, criada por Tomás de Aquino, filósofo da Igreja católica: *matrimonium* provém de *matrem, mater + muniens*, ou *monens*, ou *nato*, ou *monos*, ou *munus*, significando, respectivamente, “a proteção da mulher-mãe pelo marido-pai”, representando um “aviso à mãe para não abandonar seu marido”, o ato que “faz a mulher mãe de um nascido”, união de dois formando uma só matéria, “ofício ou encargo de mãe”¹⁰⁷.

Já o vocábulo *casamentum*, do latim medieval, referia-se a cabana, moradia, bem como ao dote de matrimônio, constituído por terreno e construção, oferecido tanto pelos reis e

¹⁰⁴CARVALHO, op. cit. p.2-6.

¹⁰⁵ WALD, A. *Direito de Família*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 22-35, 1990.

¹⁰⁶ LIMA, D. S. B. *Casamento*. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 13, 2001. p. 379.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.379.

senhores feudais aos seus criados, quanto pelos mosteiros às filhas de seus fundadores e, ainda, pelo sedutor à vítima para reparar seu erro¹⁰⁸.

No contexto das mudanças de conceitos de casamento e família, como visto, as várias organizações familiares que hoje existem, na sociedade, diferem bastante do passado, mas a influência pretérita do patriarcado ainda é visível nos preconceitos e discriminações, mesmo diante da proteção que recebem essas novas entidades familiares.

Com a atenção voltada para a contratualidade do matrimônio, o Código Canônico de 1983, considera-o sacramento, produzido pelo consentimento de pessoas capazes perante o direito. Este consentimento é que gera a aliança matrimonial que, por sua vez faz nascer o vínculo, a comunidade de toda a vida¹⁰⁹.

Nesta afirmativa está a cláusula da indissolubilidade do casamento, que segundo determinação cristã, não aceitou a lei do divórcio.

Na união do homem e da mulher com prática de relação sexual, observam-se três estados: o biológico, resultante do instinto genesiaco; o psicológico, resultante da afetividade entre os dois seres e também o jurídico ou legal, decorrente de direitos e deveres oriundos da união estável, concebida e aceita. Existe uma ciência que não pode desprezar e que conjuga todos os aspectos que defluem dessa união, seja pelo casamento ou pelo concubinato, fatores psicológicos refletem nos dois seres e também na sociedade, por consequência no Estado. “A doutrina moderna do Direito de Família tende a disciplinar o casamento ou a união estável como negócio jurídico contratual. Ainda que vingue este pensamento não podemos esquecer que é no seu conteúdo que a família é uma instituição do Estado”¹¹⁰.

Vão-se os conceitos debatendo-se em concepções filosóficas, sociológicas e jurídicas, mas o que se deve procura manter é o direito das famílias constitucionalmente garantido, de forma explícita e implícita, independentemente de sua formalização nesta ou naquela crença ou fé. O dever de proteção não pode privilegiar o casamento realizado sob o manto civil ou religioso, mas acolher todas as famílias, num mesmo ideário de dignidade da pessoa humana, de igualdade e de liberdade como está na Constitucional Federal de 1988.

Em sua obra: “História da sexualidade”, Michel Foucault afirma que:

[...] o casamento exigia um estilo particular de conduta, sobretudo na medida em que o homem casado era um chefe de família, um cidadão honrado ou um homem que pretendia exercer, sobre os outros, um poder ao mesmo tempo político e moral; e

¹⁰⁸LIMA, D. S. B. *Casamento*. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 13, 2001. p. 380

¹⁰⁹Ibidem, p.380.

¹¹⁰Ibidem, p.380.

nessa arte de ser casado, era o necessário domínio de si que devia dar sua forma particular ao comportamento do homem sábio, moderado e justo¹¹¹.

Desde a época do Brasil Colônia, século XVI, até o século passado, a família patriarcal, vigorou no Brasil, por ter concentrado as mais importantes funções sociais e econômicas, desempenhando papel fundamental na sociedade colonial. Nesse caráter institucionalizado e transpessoal da família, as vontades individuais cediam lugar aos interesses familiares e do próprio Estado¹¹².

2.3.1 União estável e concubinato

Até antes da Constituição Brasileira de 1988, a união estável era vista pela legislação, como concubinato, todavia, a “Constituição Cidadã” passou a acolher em seu bojo essa organização familiar excluída socialmente até então, com a denominação apenas de união estável, já referenciado em unidade anterior.

A atual união estável, entretanto, tinha outra denominação até ser reconhecida, pois era referida como pessoas (homem e mulher) que “viviam como se casados fossem”. Havia algumas restrições a esse modo de convivência, que proibia doações ou benefícios testamentários e a inclusão da concubina como beneficiária de contrato de seguro de vida, dentre outras.

Duas espécies de concubinato eram conhecidos: o puro e o impuro. Pode-se resumidamente esclarecer: Álvaro Villaça de Azevedo destaca.

Considera-se puro o concubinato quando ele se apresenta (...) como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima. Assim acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, os viúvos, os separados judicialmente, desde que respeitada outra união concubinária. Tenha-se, por outro lado, que o concubinato será impuro se for adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinato, que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato¹¹³.

Surgiu nesse contexto a diferença entre concubina e companheira com a distinção de que: “concubina é a amante, mantida clandestinamente pelo homem casado, o qual continua frequentando” a família formalmente constituída. Companheira, ao contrário, é a parceira com

¹¹¹FOCAULT, M. *História da sexualidade*, 3: o cuidado de si. 8.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. p.75

¹¹²FERRARINI, L. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.59-64.

¹¹³AZEVEDO, Á. V. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

quem o homem casado entabula uma relação estável, depois de consolidada sua separação de fato da esposa, quando o casamento anterior não mais existia¹¹⁴.

A definição de concubinato de Maria Helena Diniz é relatada considerando também o concubinato puro e impuro:

Será puro se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiros, viúvos e separados judicialmente (RT 409:352). Ter-se-á concubinato impuro se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. Apresenta-se como: a) adúlterino (RTJ 38:201; RT 458:224), se se fundar no estado de cônjuge de um ou de ambos os concubinos, p. ex., se o homem casado mantém, ao lado da família legítima, outra ilegítima; e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre amantes¹¹⁵.

Entende-se que “união estável” é o relacionamento público entre homem e mulher, solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, que vivem como se casados fossem. Já o “concubinato”, é a relação velada entre homem e mulher, que se estabelece em paralelo ao casamento; a relação velada, às escondidas, do conhecimento apenas das partes envolvidas, sem que esse relacionamento interfira no casamento, que tem continuidade com ou sem o conhecimento da relação legalizada.

Primeiramente, deve-se falar na proteção do estado à família como base da sociedade, de acordo com o art. 226 da Constituição da República de 1988.

É de se observar que o casamento e as uniões estáveis são reconhecidos como entidade familiar, não igual, mas na proteção há igualdade. O Código Civil de 2002 enumera os requisitos para ambos os institutos, seus efeitos patrimoniais e em relação à comunhão de vida, sendo que os deveres de lealdade, respeito mútuo e assistência recíproca que são, implicitamente, comuns aos dois.

Já no caso da relação concubinária, não há ainda proteção legal sobre tal situação. O artigo 1727 do CC/2002 define claramente o concubinato como uma relação de infidelidade, ferindo os deveres do casamento e caracterizada pela existência de impedimentos entre os conviventes, impossibilitando assim a caracterização da união estável e mesmo a sua conversão em casamento¹¹⁶.

O legislador ao editar tal norma não privilegiou a figura do concubinato, uma vez que este tipo de relação muitas das vezes são furtivas e passageiras, sem demonstrar o “animus”

¹¹⁴ CZAJKOWSKI, R. *União Livre*. 2.ed. São Paulo: Juruá, 2000, p. 58.

¹¹⁵ DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.212.

¹¹⁶ BRASIL, Novo Código Civil. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 342 p.

de constituir família. Privilegiou sim, o legislador a família, entendendo-se como tal, aquelas constituídas sobre a proteção constitucional do casamento e união estável.

Não se pode confundir o instituto da união estável com o concubinato, sendo que este, pela literalidade da norma não é reconhecido como entidade familiar, visto o privilégio das normas de moral e bons costumes.

O assunto em discussão é rodeado por situações que aparentemente seriam de injustiça, mas que, ainda continua privilegiar o casamento e as uniões estáveis, como instituição, monogâmico, repudiando a idéia das relações plúrimas ou paralelas, extraconjugais e furtivas, não tendo estas quaisquer direitos.

2.3.1.1 Concubinato Puro e Concubinato Impuro

Concubinato, etimologicamente significa comunhão de leito, do latim *cum* (com) *cubare* (dormir); *concubinatus*. É a “união ilegítima do homem e da mulher. E, segundo o sentido de *concubinatus*, o estado de mancebia, ou seja, a companhia de cama sem aprovação legal”¹¹⁷.

A expressão concubinato tem duplo sentido. Um sentido genérico análogo à “união livre”, que é toda ligação de homem e mulher fora do casamento, também chamado de mancebia, amigação, barregã, amásia, etc. Em sentido mais específico é o que se refere ao semimatrimônio, à posse de estado de casado, ao entrosamento de vida e de interesses numa comunhão de fato¹¹⁸.

É um casamento de fato. Há certa dificuldade para delinear o conceito de concubinato e não há, na verdade, um conceito preciso sobre ele. Mas a partir da ideia central que é a convivência duradoura entre um homem e uma mulher sem casamento registrado, o Direito vem, através de sua história jurisprudencial, tentando clarear esse conceito. Hoje, por exemplo, o nosso texto constitucional já denomina o concubinato de *União Estável*, uma expressão que traduz, na atualidade, uma melhor ideia dessa instituição jurídica tão antiga e tão moderna¹¹⁹.

Assim, a união estável adquire dois sentidos: o concubinato adúlterino e o concubinato não adúlterino.

¹¹⁷ SILVA, De P. e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.p.78.

¹¹⁸ BITTENCOURT, E. de M. *Concubinato*. São Paulo. Editora Universitária de Direito Ltda., 1980, p.40.

¹¹⁹ PEREIRA, R. da C. *Concubinato e união estável*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.65.

Considera-se união estável o concubinato *more uxório*, público, contínuo e duradouro, entre homem e mulher, cuja relação não seja incestuosa ou adúlterina¹²⁰.

Diante dos novos dispositivos legais surgidos a partir da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm feito uma diferenciação da antiga denominação, concubinato puro e impuro.

Observa-se, dessas considerações, que nas duas formas de concubinato, o puro e o impuro ou adúlterino, o primeiro caso, refere-se a um homem e uma mulher que viviam livres, sem nenhuma restrição impeditiva ao casamento, tinham relacionamentos amorosos sem se casarem formalmente com o intuito de formar família. Já no segundo caso, no concubinato impuro uma das partes apresentava restrição impeditiva. Dessa forma, não poderiam se vincular a outro relacionamento afetivo. Caso ocorresse, tal ação seria caracterizada como bigamia. Só poderiam viver em concubinato puro os solteiros, viúvos e separados judicialmente. A convivência contrária ao primeiro caso se configura concubinato impuro se o homem casado mantivesse, ao lado da família legítima, outra ilegítima; e em caso de incesto, ou seja, parentesco próximo entre os amantes que mantinham relações amorosas.

Edgar de Moura Bittencourt ensina sobre concubinato: “Concubinato exprime a idéia geral de união mais ou menos prolongada, fora do casamento. Pode-se revestir de aspectos morais ou imorais. Companheira é o nome que se dá à mulher unida por longo tempo a um homem como se sua esposa fosse, mas como não existe os laços do casamento civil, é concubina”¹²¹.

A expressão "concubinato" continua a ser utilizada, porém no intuito de designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas que infringem o dever de fidelidade (adúlterino), pois com a Constituição de 1988, passou a ser reconhecido o concubinato puro como união estável, com os mesmos requisitos do casamento civil, ou seja, nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento é proibida a união estável. Assim, as pessoas nessas situações não estão proibidas de casar. Isso implica no entendimento de que têm poder para a união estável aquelas pessoas que podem casar. Como no concubinato impuro ou adúlterino, as pessoas não podem casar, este é hoje denominado simplesmente concubinato e não é reconhecido legalmente.

¹²⁰ BEVILÁQUA, C. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p.89.

¹²¹ BITTENCOURT, op. cit. p.17.

2.4 As novas entidades familiares e a liberdade de escolha

Apesar dos parágrafos do artigo 226 referir-se a algumas entidades familiares, não houve exclusão das demais espécies de família, pois se trata de um rol meramente exemplificativo, que explicita os modelos mais conhecidos de família.

A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos¹²².

A Constituição da República de 1988 reconheceu o pluralismo das entidades familiares e a liberdade de escolha. Não cabe ao legislador impor qual espécie é a mais adequada. Da dignidade da pessoa humana decorre da liberdade de escolher qual entidade familiar irá corresponder com sua realização existencial.

Em que pesem as posições seguintes que entendem que família seria somente as expressas nos parágrafos do artigo 226 da Constituição Federal, e que ainda há desigualdades entre elas, perfilhamos o pensamento de Canotilho ao referir-se ao princípio da máxima efetividade, que pode ser formulado da seguinte maneira: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”¹²³. Na mesma linha de raciocínio de Konrad Hesse que menciona que interpretação constitucional é concretização. Assim “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”¹²⁴.

Por se tratar de um sistema aberto, viabilizado pelo pluralismo familiar, as relações paralelas, configurado seus elementos caracterizadores, merecem o reconhecimento de entidade familiar, e conseqüentemente a proteção estatal.

Com o novo dispositivo constitucional, acima descrito, a família passou a ser reconhecida, tanto aquela formada pela união estável dos companheiros, quanto pela presença de apenas um dos pais, acolhendo também a família monoparental. Todas as famílias como alicerce da pessoa humana deve merecer a mesma proteção como fonte, meio e fim.

¹²² LÔBO, P. L. N. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania - o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.45.

¹²³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*, Coimbra, 7ª. Ed. Almedina, 2003, p. 129.

¹²⁴ HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 40.

Foi esse o tratamento constitucional com as famílias formadas por união estável, monoparental e mesmo não sendo pela ordem constitucional, mas com fundamento na pluralidade familiar determinada na mesma, a união estável homoafetiva se efetivou e está protegida pelo Estado. Comprova-se esta afirmação com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, também já mencionadas em unidade anterior deste estudo, onde se buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e também que “os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”; além do não reconhecimento da união homoafetiva contrariar preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal de 1988. Com esse argumento, o pedido ao STF para que se aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas, foi atendido.

O que se verifica é que onde o legislador falha, quando ignora o interesse público, a decisão fica por conta do STF, pois a Constituição Federal é a norma fundamental, ou seja, é nela que buscamos fundamento de validade das normas existentes no ordenamento jurídico, ocupando o último escalão de uma hierarquia normativa. Todas as situações jurídicas devem com ela guardar relação de compatibilidade, sob pena de nulidade.

A Constituição, vista sob seu conteúdo normativo, é um complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, capaz de traçar as linhas mestras do mesmo ordenamento, é ela que se dá a denominação de Lei Fundamental, porque nela é que estão exarados os pressupostos jurídicos básicos e necessários à organização do Estado, além da previsão das regras asseguradoras de inúmeros direitos aos cidadãos, colocando-se ela, em razão disso, como base, como ponto de partida e como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico¹²⁵.

¹²⁵BERNARDES, J. T. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 08, p.78-85, jan. 2000.

3 O SISTEMA MONOGÂMICO

3.1. Princípios, Regras e Normas

Há uma grande variedade de significações para o termo princípio, porém para sintetizar pode-se afirmar que os princípios de direito são normas de caráter geral, que se constituem em diretrizes do ordenamento jurídico.

O termo princípio apresenta vários significados, tanto que pela sua função considerada pela Filosofia e pelas Ciências Naturais, nomeadamente na Matemática, na Física, na Química e na Biologia, o significado é de lei geral que rege um conjunto de fenômenos e verificada pela exatidão de suas consequências e, por isso, fonte de premissas a partir das quais todo um sistema se desenvolve, porém não logrou alcançar a mesma importância histórica para as Ciências Sociais, notadamente a Jurídica¹²⁶.

No que diz respeito a regras e princípios, cumpre destacar as ideias positivistas e pós-positivistas sobre normas, regras e princípios: para o positivismo, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração. Com o pós-positivismo, norte da metodologia jurídica contemporânea, os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios¹²⁷.

Uma teoria sobre direitos fundamentais, princípios e regras foi criada por Robert Alexy¹²⁸ sem o intuito de homogeneizar cada ordem jurídica fundamental, mas descobrir as estruturas dogmáticas e com a finalidade de revelar princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência, pois para ele, onde existem direitos fundamentais, colocam-se problemas que se assemelham, citando como exemplo, as diferenças estruturais

¹²⁶ VELOSO, C. M. da S. ; ROSAS, R. ; AMARAL, A. C. R. do. *Princípios constitucionais fundamentais*. São Paulo: Lex editora, 2005. p.36.

¹²⁷ GARCIA, M. Juventude e violência: A maioria penal e a ética da responsabilidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional Constitucional*. Brasil, n.62, p. 262, jan./mar. 2008.

¹²⁸ ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

entre os direitos sociais e os políticos. Procurando respostas para seus questionamentos, defende em sua teoria que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios, vindo nessa condição a se colidirem, tornando-se necessário contemplar a ponderação em favor de um deles.

Estabeleceu-se uma estreita relação entre princípios e regras, pois ambos são fundamentos para os casos concretos, mas com aplicações distintas. Para o autor, essa distinção está na concepção de que as regras são como normas, podendo ou não serem cumpridas, porém, os princípios como normas ordenam que se realize algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. É com esse entendimento, de colisões de direitos fundamentais com os princípios que reafirma as ponderações que devem ser consideradas¹²⁹.

No contexto que segue, os princípios encontram-se no âmbito do dever ser ideal, isto é, não determina como as coisas são, todavia, como devem ser pensadas para que se evitem contradições. Não poderia ser mais claro o entendimento de que regras e princípios são normas, em razão de ambos dizerem o que *deve ser*¹³⁰.

O direito só poderá ser aplicado se o intérprete consagrar em suas concepções a visão principiológica fundamentada na Constituição da República Federativa do Brasil. Eles são o referencial do arcabouço jurídico do Estado Democrático de Direito, devendo ser o ponto de partida do intérprete.

As regras constitucionais são extraídas de enunciados normativos, com reduzido grau de abstração e generalidade, que descrevem situações físicas e prescrevem condutas intersubjetivas, como a fenomenologia de incidência dirigida pelos princípios, de modo que eventual conflito é resolvido na dimensão da validade, à luz dos critérios cronológico, hierárquico ou especialidade, com o sistema de Direito Constitucional¹³¹.

A função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, em primeiro lugar, em funcionarem com critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema¹³². “Os princípios são a chave e essência de todo direito; não há direito sem princípios, concepção anterior ao pós-

¹²⁹ ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

¹³⁰ *Ibidem*

¹³¹ MORAES, A. de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

¹³² MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 12.

positivismo”¹³³. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada¹³⁴.

Após análise crítica e significativa fundamentação, Humberto Ávila propõe distinguir regras e princípios segundo três critérios, a saber, critério da natureza do comportamento prescrito, critério da natureza da justificação exigida e critério da medida de contribuição para a decisão¹³⁵.

A aplicação dos referidos três critérios à dissociação ou distinção entre regras e princípios é sintetizada da seguinte forma: as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas. Os princípios são normas imediatamente finalísticas e são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realidade de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento¹³⁶.

Violar um princípio é gravoso; a desatenção ao princípio implicaria ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido representa a ingerência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, afronta irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura¹³⁷.

3.2 Monogamia: Princípio jurídico?

Faz-se necessário, nesta unidade do estudo, apresentar algumas considerações de doutrinadores de direito de família sobre a monogamia, embora nosso objeto de pesquisa não seja discutir a monogamia como estrutura de organização da família ocidental.

O que se percebe até a presente descrição do tema em comento é que a estrutura familiar vem sofrendo modificações de profundo valor social e jurídico com o passar dos séculos, desde a tradicional estrutura composta por pai, mãe e filhos do passado, sendo somente esta organização reconhecida na legislação, tendo em vista as influências e costumes, onde se incluía a própria crença religiosa. Família e casamento somente se originavam se

¹³³ ATALIBA, 1998 apud CANOTILHO, op. cit. p. 3.

¹³⁴ BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.17.

¹³⁵ ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição á aplicação dos princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.78-79.

¹³⁶ *Ibidem*. p.79.

¹³⁷ MELLO, C. A. B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.27.

fossem celebrados na esfera civil e religiosa. Para as demais formas de arranjos familiares, especialmente a família simultânea, dentre outras, restava a clandestinidade, tendo em vista a concepção social de monogamia.

No dicionário Aurélio o termo monogamia tem o seguinte sentido: “Sistema no qual o homem não pode ser, simultaneamente, esposo de mais de uma mulher, e a mulher esposa de mais de um homem”¹³⁸.

Tal concepção exclui da sociedade e do sistema legislativo vigente, desde o passado, a família paralela ou simultânea.

Assim, neste contexto discute-se se a monogamia é um princípio de Direito de Família, porém um princípio que vem a baila a discussão sobre a discriminação daqueles que não se adaptam às imposições vigentes, como ocorreu com as uniões homoafetivas entre pessoas que não se adaptaram, por motivos ainda em estudo pela comunidade médica, aos ditames legislativos vigentes durante séculos. Como já mencionado, foi recente o reconhecimento dessas uniões.

Ressalte-se que esses temas têm gerado no cenário jurisprudencial e doutrinário posicionamentos divergentes no que concerne ao concubinato adulterino ou impuro que deu ensejo a questionamentos que exigem respostas de nossos juristas pátrios.

A partir de questionamentos sobre a vigência do princípio da monogamia, da rotulação da família simultânea como concubinária, dentre outros, lembremos que, nos dias atuais, a Sagrada Família se resumiu em um quadro na parede, onde ainda se vê a concepção clássica de papai, mamãe, filhinho e filhinha que já há algum tempo se tornou coisa do passado. O termo família é hoje visualizado no plural: famílias. Formam resultados de combinações completamente estranhas e inovadoras como as relações homoafetivas e as relações extramatrimoniais, bem como a união estável ou a família parental¹³⁹.

Como se percebe, os anseios sociais de cada época mudam e com eles deveriam mudar também a legislação, porém esta sempre anda a passos lentos, tentando seguir a sociedade, porém só consegue após ter tido tantos danos para muitos cidadãos. É preciso que aconteçam fatos bem rumorosos para que o Brasil, “deitado em berço esplêndido”, acorde para o futuro.

Enquanto os anos e até décadas passam com longas discussões de temas tão relevantes, pessoas perdem oportunidade de uma vida melhor, porque dependem de uma lei para que sejam reconhecidos seus direitos.

¹³⁸FERREIRA, A. B. de H. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 214.

¹³⁹MILÍCIO, G. Direito das Famílias - Monogamia não é um princípio, é só marco regulador. *Revista Consultor Jurídico*, 2007.

Enquanto não se decidem os legisladores, a doutrina e a jurisprudência procuram caminhos que suavizem os impactos da falta da legislação.

Nos dizeres de Gláucia Milício, “é neste vazio de leis que surge o Judiciário, surpreendentemente ativo para ditar caminhos e marcar posições. Com dificuldades próprias de quem está mexendo e removendo crenças e hábitos ancestrais, são os juízes e não os legisladores, como era de se esperar, que estão construindo o novo Direito de Família, ou o novo Direito das muitas famílias que agora existem”¹⁴⁰.

Maria Berenice Dias, ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma das pioneiras nesse campo faz parte do Tribunal de onde tem saído as decisões mais avançadas no novo Direito das famílias, “consequência não apenas da liderança exercida pela desembargadora, como também do modo de trabalhar da corte. Há mais de 20 anos, o TJ-RS tem câmaras especializadas”. “E a especialização eleva a qualidade, diz Berenice”¹⁴¹.

Sua atuação no reconhecimento da união estável homoafetiva foi notável para a efetivação dos direitos desses cidadãos e agora os mesmos direitos são discutidos sobre as relações extramatrimoniais, aquelas que são duradouras e atendem a requisitos que serão tratados na unidade seguinte deste estudo.

Entende Maria Berenice que a monogamia “não é um princípio do direito estatal de família, mas sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado”. Para ela se a monogamia fosse elevada ao *status* de princípio constitucional ocasionaria resultados desastrosos, pois seriam negado efeitos jurídicos a simultaneidade familiar e ao princípio da dignidade humana¹⁴².

Ruzyk entende que no direito de família contemporâneo a monogamia não é tratada como princípio estruturante ou norteador, mas uma regra que proíbe múltiplas relações matrimoniais, ou seja, casos de bigamia¹⁴³. Se a monogamia fosse elevada ao patamar de princípio jurídico estar-se-ia desmerecendo o conteúdo e o propósito das famílias que é a realização pessoal de seus membros, bem como a conotação dos princípios e sua distinção frente aos valores¹⁴⁴.

Grande parte dos manuais de direito civil trata a monogamia como princípio. No entanto, ele é demonstrado como princípio do matrimônio, e dele decorre impedimento de

¹⁴⁰MILÍCIO, G. Direito das Famílias - Monogamia não é um princípio, é só marco regulador. *Revista Consultor Jurídico*, 2007.

¹⁴¹Ibidem

¹⁴²DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.60-61

¹⁴³RUZYK, C. E. P. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, R. da C. *Família e dignidade humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p.198

¹⁴⁴ALMEIDA, R. B. de. RODRIGUES JÚNIOR, W. E. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57-58.

vínculo, que seria a proibição da bigamia e também como dever de fidelidade recíproca. A monogamia aparece apenas como um dado, uma premissa e nunca é posto em discussão¹⁴⁵.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento das diversas entidades familiares, um princípio que regia o Direito de Família, como direito matrimonial, passa a não ter a mesma força e expressão e permanecer hígido como princípio, quando o leque de tutela da família ampliou-se para bem além do casamento¹⁴⁶.

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁴⁷ preceitua que embora estabeleça ponte de conexão entre moral e direito, a monogamia não deve ser enxergada como simplesmente uma norma moral ou moralizante, mas como princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, se ela fosse admitida como mera regra moral. Assim a monogamia funcionária como interdito proibitório imprescindível à organização social e jurídica, pois sem ela ocorreria a promiscuidade que geraria o caos.

O “Princípio da Monogamia” tem caráter informal, não é imposição constitucional, mas sim decorrente de interpretação da norma. O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental¹⁴⁸.

Pereira, entretanto, faz um abrandamento da monogamia referindo-se a prevalência da ética sobre a moral e leciona que a finalidade dos princípios jurídicos é atingir a justiça e que no caso da relação simultânea, o julgador poderá, aplicando outros princípios e a subjetividade de cada caso, atingir um bem maior, que é a justiça, mesmo que isto custe “arranhar” o princípio jurídico da monogamia¹⁴⁹.

Profundas reflexões hodiernamente perseguem o Direito de Família de acordo com a evolução que vem passando. É lícito dizer que passam a legislação, a doutrina e a jurisprudência por um momento de transição e até que se reconheça a monogamia como um princípio ou um marco regulador, ainda serão colocadas a lume muitas questões que envolvem o tema, religiosas, políticas, econômicas, dentre outras.

¹⁴⁵ DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro-direito de família*, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.45; GOMES, O. *Direito de família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.136; GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, v.6, 2005, p. 59

¹⁴⁶ SILVA, M. A. da, *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 151

¹⁴⁷ PEREIRA, R da C. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2012. p. 127-148.

¹⁴⁸ Ibidem.127.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 145.

3.3 Famílias simultâneas e monogamia

A família simultânea também constitui objeto de análise das entidades familiares que passaram a ser reconhecidas no Brasil, tendo em vista que na Constituição de 1988, as restrições referentes ao reconhecimento de filhos advindos fora do casamento foram abolidas, pois passou a ser aceita uma maior pluralidade familiar e o reconhecimento de filiação tratado com maior isonomia constitucional¹⁵⁰.

Ruzyk entende que nessas formações de famílias se apresentam simultaneidade de dois ou mais núcleos familiares com um componente comum entre elas, e mesmo que não seja prevista em um modelo legal deve ser respaldada pelo direito com diversos efeitos jurídicos¹⁵¹.

A nova família é diferente da família tradicional, mas apresenta direitos e responsabilidades porque não existem direitos sem deveres. Esta é a família reconhecida democraticamente e não é nada mais do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada¹⁵².

Constata-se que é no Direito de Família que a dignidade da pessoa humana tenha sido mais reverenciada. A família contemporânea recepcionada pela Constituição Federal de 1988 está fundamentada no afeto para garantir a felicidade possível dos seus membros.

Dada a sua importância, a noção de família deve estar em consonância com as alterações sociais. Trata-se de um conceito evolutivo, de modo que não mais perdura o caráter abstrato e hierarquizado entre famílias. Daí que se revelou o reconhecimento do descompasso entre o modelo de família legislado e a pluralidade social existente que, impondo-se frente ao Direito, passou a exigir proteção¹⁵³.

3.4 Crise do Sistema Monogâmico

O modelo monogâmico advindo dos tempos mais remotos surgiu para controlar a sexualidade feminina para não permitir que pairassem dúvidas sobre os herdeiros. A

¹⁵⁰TEPEDINO, G. *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.229.

¹⁵¹RUZYK, op. cit. p.236.

¹⁵²MORAES, M. C. B. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p.36.

¹⁵³CARBONERA, S. M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, L. E. (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p.284.

monogamia, com forte influência da religião judaico-cristã, mantém-se como padrão médio da família ocidental¹⁵⁴.

É certo, entretanto, que o modelo da família institucionalizada, formada pelo matrimônio está em crise. É cada vez maior o número de relacionamentos de fato, com variados perfis. Essas mudanças ocorreram principalmente no século XX.

A sociedade patriarcal e rural do início do século, fortemente influenciada pela religião (leia-se Igreja Católica), e que reconhecia como família apenas a constituída juridicamente pelo casamento, desagasalhando do manto das leis as demais, cedeu lugar a uma sociedade urbana e industrializada, com igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, proteção e igualdade dos filhos de qualquer origem, pluralidade de constituição de família e valorização da dignidade do ser humano¹⁵⁵.

Cumprir registrar que o que é vedado pelo ordenamento jurídico é a simultaneidade de dois casamentos, considerada bigamia. As demais formas de relacionamentos localizam-se no âmbito de juízos morais.

Nossa intenção, neste trabalho, não é negar a monogamia como eixo estrutural da organização jurídica da família, senão estaríamos omitindo a influência da religião e da moral dos países ocidentais no Direito. Consideramos a impossibilidade de construir uma teoria desligada de ordens morais e sociais, com Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito¹⁵⁶.

Optamos por conciliar o paradigma monogâmico presente em nossa cultura, com a diversidade conjugal existente e desprotegida em nossa sociedade. Impõe-se ao nosso Estado Social Democrático de Direito a função de garantir a liberdade e a igualdade das relações familiares simultâneas.

Nas relações simultâneas, busca-se extrair da ordem constitucional brasileira quais os parâmetros que orientam a efetiva proteção dos direitos fundamentais aos autores de uma simultaneidade digna de ser considerada uma verdadeira entidade familiar, verificando o fato e todas as suas circunstâncias¹⁵⁷.

¹⁵⁴COSTA, G. *Indivíduo e sociedade: sobre a teoria da personalidade em Georg Lukács*. Edufal, Maceió, Alagoas, 2009.

¹⁵⁵CARVALHO, op.cit. p. 2.

¹⁵⁶KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1 e 389 a 396. Kelsen tentou criar uma teoria em que seu princípio metodológico fundamental era libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Na atividade interpretativa o legislador ou o juiz não poderia utilizar-se de perspectivas ideológicas, sociais ou valorativas, na aplicação do direito.

¹⁵⁷FERRARINI, L. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 100.

Vê-se hoje que as relações simultâneas presentes em nossa sociedade ainda são estritamente adúlteras, e, como tal, são todas generalizadas, consideradas como iguais, e, portanto, ignoradas nas suas peculiaridades¹⁵⁸.

É um ponto importante a ser discutido porque essas relações simultâneas apresentam características diferenciadas no que se refere ao contexto em que acontecem. “No imaginário social ainda prepondera a idéia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e, “a outra”, por conseguinte, satanizada”¹⁵⁹.

O reconhecimento de relações paralelas a uma união formal está, pois, nessa dimensão, muito distante de se concretizar, na medida em que o preconceito preso às tradições mantém o sentido de marginalização que sempre lhes foi atribuído¹⁶⁰.

Deve-se o preconceito social às raízes monogâmicas históricas como expõe Letícia Ferrarini: “trata-se a monogamia de uma característica histórico-sociológica reconhecida como padrão médio da família ocidental. Por ser um padrão de conduta socialmente institucionalizado, reputam-se desviantes comportamentos que não seguem a orientação monogâmica”¹⁶¹.

Em toda a história contada a partir, principalmente do Cristianismo, a proteção jurídica da família volta-se plenamente para o sistema monogâmico. Encontra-se claramente apresentado que há uma crise hoje no sistema monogâmico. Paulatinamente, a situação de exclusividade do casamento e do casamento exclusivo, monogâmico e indissolúvel vem decrescendo. Na realidade, a família brasileira, no plano social, sempre foi plural, tendo como fonte não apenas o matrimônio, mas também relacionamentos de fato, de variados perfis, relacionamentos estes que se manifestavam tanto imitando a família matrimonializada quanto paralelamente à união conjugal¹⁶².

Embora a ordem jurídica na atualidade defenda a monogamia não há na Constituição Federal o uso do vocábulo monogamia. Sob a orientação judaico-cristã está resguardada na lei infraconstitucional e na sociedade¹⁶³.

¹⁵⁸FERRARINI, L. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*: pedaços da realidade em busca da dignidade. 2010. p. 97.

¹⁵⁹Ibidem p. 97.

¹⁶⁰Ibidem p.99.

¹⁶¹RUZYK, C. E. P. Famílias simultâneas e Monogamia. In: COUTO, S. ; MADALENO, R. ; MILHORANZA, M. G. (coord.) *Família Nota dez*: Direito de Família e Sucessões. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p.72.

¹⁶²FERRARINI, L. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*, 2010. p.98.

¹⁶³FERRARINI, op.cit. p.99.

Se a lei básica da família tem sua origem em uma proibição sexual, consequentemente toda a organização jurídica sobre ela gira em torno da sexualidade. Portanto, falar de Direito de Família é falar de sexualidade, afetos e consequências patrimoniais daí decorrentes. Esse ramo da ciência jurídica é, principalmente, a tentativa de organização dessas relações, para tornar possível e viabilizar a organização social que é o Estado¹⁶⁴.

3.4.1 Monogamia e poligamia

Ambos os termos Monogamia e Poligamia mantêm uma certa relação. Monogamia tem sua origem etmológica no grego *monós* que significa "um", unido a *gámos* = "esposo ou esposa", esse termo tem o sentido de relação vivencial estabelecida, mutuamente assentida e, eventualmente, convalidada por uma ordem cultural-social e, se houver, a jurídico-política, aceita no âmbito do grupo social. Já a poligamia, também de origem grega tem o prefixo *poli* que significa "diversos, muitos", unido a *gámos*, no sentido de "esposo ou esposa" representa também a relação vivencial estabelecida, mutuamente assentida e, eventualmente, convalidada por uma ordem cultural-social e, se houver, a jurídico-política. vigente no âmbito do grupo social. Neste caso, porém, não há exclusividade no pacto conjugal, mas a união entre mais que pessoas, ou seja, união plurívoca. Esta é a modalidade aceita na visão islâmica, sendo as demais reprováveis e não aceitas¹⁶⁵.

Sendo a poligamia uma forma de família também aceita por outros povos, não significa que ela deva ser condenável e considerada como um meio de deteriorização da família. Desde que aceita e os laços de afeto unam seres humanos no respeito e consideração de um com o outro. Assim, não há como reprovar essas uniões que dão certo para outros sistemas religiosos e sociais.

Defendem-se hoje, conceitos amplos de família por inúmeros familiaristas renomados, e no contexto de novas entidades familiares protegidas constitucionalmente, a identificação se vincula ao princípio da afetividade entre os membros da entidade familiar, como elemento de suma importância.

Ao longo de anos, vem o direito de família procurando adaptar-se às novas formas de comportamentos humanos no que se refere aos relacionamentos amorosos, posicionamento

¹⁶⁴ PEREIRA, R. da C. Direito, Amor e Sexualidade, In: _____ (coord.) Direito de Família: a travessia do novo milênio. In: II Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Anais ...*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.54.

¹⁶⁵ DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Academia Brasileira de Letras*. 2. ed. São Paulo: Companhia e Editora Nacional. 2008.

que implica em aceitar o afeto como elemento relevante das relações amorosas interpessoais e possibilitando o acolhimento pleno do princípio da dignidade do ser humano na busca de sua felicidade.

Entretanto, é de se observar que, mesmo, segundo, o relato bíblico, em tempos antigos como o dos patriarcas bíblicos primordiais, como Abraão, Isaque e Jacó, entre outros, a poligamia era aceita naturalmente.

Ao longo da análise realizada é pertinente ressaltar a percepção do preconceito em relação à mulher nas relações amorosas que excedem aos padrões sociais estabelecidos principalmente no que se refere aos termos concubina e companheira.

É uma diferenciação que a jurisprudência tem acompanhado, como poderá ser verificado a seguir:

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, consolidando o entendimento jurisprudencial, traz os seguintes ensinamentos:

Concubina, no dizer da jurisprudência, é ‘a amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima’ (RE 83.930-SP, rel. Min. Antônio Neder, RTJ 82/933); ‘é a que reparte, com a esposa legítima, as atenções e assistência material do marido’ (RE 82.192-SP, rel. Min. Rodrigues Alckmin); ‘é a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, como prática de bigamia e que o homem freqüenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis, (RE 49.195, conceito expendido pelo Juiz Osni Duarte Pereira e adotado pelo Em. rel. Min. Gonçalves de Oliveira, RF 197/7). A companheira, por seu turno, ‘é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem’ (RE 49.185, RF 197/97); ‘é a mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo, desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. Sua característica está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento, ou no dizer tradicional, é more uxório. Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois freqüentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher’ (Mário Aguiar Moura, RT 519/295). A distinção entre os dois conceitos acha-se convenientemente gizada pelo Em. Min. Antônio Neder, no trecho que transcrevo do voto proferido do RE 83.930-SP, verbis: ‘Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver more uxório com a outra parte. Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se caracteriza é uma união-de-fato (assim chamada por Ihe faltarem as justas nuptiae) e a mulher merece a vida como companheira; precisando melhor a diferenciação, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal’.

Quanto ao homem, não há a mesma posição assumida na jurisprudência, é como se a mulher fosse a responsável única pelos encontros clandestinos. O homem é o ser ultrajado por uma criatura maligna que o retira de seu lar, que o afasta da família, única forma aceita de constituição familiar junto à única mulher que a lei protege.

A mesma discriminação é clara no art. 1727 do CC de 2002 que define claramente o concubinato como uma relação de infidelidade, que fere os deveres do casamento e caracterizada pela existência de impedimentos entre os conviventes, impossibilitando assim a união estável paralela e mesmo a sua conversão em casamento¹⁶⁶.

Ao editar essa norma, o legislador não privilegiou a figura do concubinato, em razão deste tipo de relação ser muitas das vezes furtivas e passageiras, não demonstraria o “animus” de constituir família. Privilegiou sim, o legislador, a família, entendendo-se como tal, aquelas constituídas sobre a proteção constitucional do casamento e união estável.

Cumprе salientar que existem casos em que a união paralela não é passageira, pode um homem viver ao mesmo tempo e por longos anos com duas ou mais mulheres e ao término dessa união, uma vida foi construída em conjunto restando, em muitos casos, além dos filhos, um patrimônio a partilhar.

Essa é a “união estável” que emerge na discussão dos novos rumos a ser dado no direito de família, uma vez que a própria constituição não lhe veda quaisquer direitos, embora não esteja claro que a protege.

Sujeitos dos deveres são o Estado, a família e a sociedade; devem propiciar os meios de realização da dignidade pessoal, impondo-se-lhes o reconhecimento da natureza de família a todas as entidades com fins afetivos. A exclusão de qualquer delas, sob impulso de valores outros, viola o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Brasil Código Civil, 2002.

¹⁶⁷ LÔBO, P. L. N. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar., 2002.

4 RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA SIMULTÂNEA

Na união simultânea um dos cônjuges tem mais de uma família ou de um menor que vive tanto com o pai quanto com a mãe, sendo estes separados, tendo o menor duas famílias simultâneas. Também pode-se elencar casos de netos que além de conviverem com os pais vivem continuamente com seus avós¹⁶⁸.

Importa evidenciar que a proteção à união simultânea não pode se estender a qualquer relacionamento passageiro, pois nesse sentido, a estabilidade, notoriedade e a afetividade, são de suma relevância para o sentido de convivência familiar.

Quando se trata de entidades familiares, existe a noção de que cada indivíduo se insira somente em um tipo de esquema familiar, rejeitando mesmo que de maneira implícita a construção de mais de uma relação familiar concomitante. Porém, tal simultaneidade familiar é um fenômeno frequente na sociedade atual brasileira e deve ser tutelado por um direito que visa acompanhar as mais diferentes formas de manifestação social¹⁶⁹.

Matos demonstra que existindo a possibilidade de manifestação de afeto, diante da convivência, publicidade e estabilidade, estaremos diante de uma entidade familiar. Indubitavelmente, em relações simultâneas estáveis, existe convivência, vida em comum, e, também, um mínimo de publicidade, pois ao menos algumas pessoas, parentes próximos, amigos íntimos, tem conhecimento desta relação¹⁷⁰.

Existe uma parcela doutrinária que é desfavorável ao reconhecimento da família simultânea, mesmo aquela que apresenta os requisitos de estabilidade, notoriedade e afetividade¹⁷¹.

¹⁶⁸RUZYK, op. cit. p.193.

¹⁶⁹SCHREIBER, A. Famílias simultâneas e redes familiares. In: HIRONAKA, G. M. F. N. ; TARTUCE, F. ; SIMÃO, J. F. (Coords.). *Direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2009. p.241.

¹⁷⁰MATOS, op. cit. p.4.

¹⁷¹BRAVO; SOUZA, op. cit. p.2.; DAL COL, H. M *A família à luz do concubinato e da união estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 96.

4.1 Pressupostos Metodológicos para Caracterização da Família Simultânea

Se partirmos a análise do estudo da racionalidade desenvolvida pela Pandectística alemã, que teve seu ponto culminante com Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito¹⁷² veremos um sistema fechado, onde os modelos de família seriam somente aqueles previamente fixados pela norma jurídica.

Para essa corrente a racionalidade é simplesmente formal. Os conceitos são abstratos e se ordenam por uma lógica formal, constituindo seu cerne a unidade sistemática do direito e a noção formal e abstrata de relação jurídica. Nessa concepção as famílias simultâneas seriam situações irrelevantes para o direito, por não possuir seu modelo legal previamente estabelecido no ordenamento, sendo excluídas.

Bem se vê que um direito que acaba por se resumir à ordenação de conceitos legalmente estabelecidos por meio do modelo abstrato de relação jurídica estabelece uma clivagem seletiva entre as situações reais que podem subsumir às estruturas conceituais e aquelas que lhe são alheias. Esse fechamento operado pela dimensão ordenadora lógico-formal dos conceitos abstratos afasta o direito, em última instância, aquilo que não está descrito como modelo na lei. Não é essa, por certo, a racionalidade propícia à apreensão jurídica da realidade sociológica como a simultaneidade familiar, que não é descrita no ordenamento jurídico por meio de modelos legais. Situar-se-ia, nesse contexto, no âmbito dos fatos brutos, sem maiores espaços para seu ingresso como realidade relevante para o direito¹⁷³.

Ressalta-se, apesar de adverso contexto histórico, a teorização de Niklas Luhmann referente aos processos de institucionalização, redução de expectativas e positivação. A norma jurídica positivada se coloca como instrumento de redução de complexidade, de modo a operar uma seleção das expectativas que possam ser reputadas normativas. Essas expectativas normativas passam por um processo de institucionalização, que consiste em uma estabilização de expectativas no meio social de tal modo elevada que aqueles cujas expectativas sejam contrárias à instituição terão contra si peso de uma auto-evidência presumida. Essas instituições se fundamentam “não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las”¹⁷⁴.

A concepção de Luhmann acerca da positivação, ainda que diga respeito à seleção de expectativas normativas no que tange dadas condutas às quais se destinam sanções, pode ser ampliada, na perspectiva da institucionalização, para a compreensão da não seleção pelo

¹⁷²BRAVO ; SOUZA, op,cit. p.5.

¹⁷³ RUZYK, C. E. P. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 51.

¹⁷⁴ LUHMAN, N. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

direito de relações sociais aptas a se transformarem em relações jurídicas, cuja sanção acaba por ser precisamente sua não inserção no âmbito daquilo que é juridicamente relevante¹⁷⁵.

Baseada numa racionalidade sistêmica fechada, a simultaneidade familiar somente produziria efeitos jurídicos se enquadrasse nos códigos de funcionamento do sistema. Se o sistema não possui um conceito de simultaneidade familiar que seja apto a ingressar na abertura cognitiva do sistema como fenômeno familiar, as famílias simultâneas tornam-se situação irrelevante para o direito. As expectativas que os sujeitos dessas famílias possuem em relação ao seu reconhecimento jurídico serão meramente cognitivas, pois não institucionalizadas e positivadas perante o direito¹⁷⁶.

Numa concepção sistêmica fechada só seriam relevantes para o direito, as categorias de famílias expressamente declaradas pela Constituição Federal de 1988, que são a família institucionalizada, a união estável e famílias monoparentais. As famílias simultâneas por falta de uma definição positivada estariam fora do sistema.

No entanto, se o sistema for aberto é possível, por meio da porosidade dos princípios, uma interconexão dialética entre o direito e os fatos, de modo que o que se situa no âmbito do não-direito pode ingressar no sistema e produzir efeitos¹⁷⁷.

A simultaneidade, considerando-se que não exista uma norma específica que a defina, caracteriza-se como situação de fato. Não há em nosso ordenamento jurídico modelos específicos que contemple as situações de simultaneidade familiar. Esta é considerada como não direito, no entanto, isso não significa ser irrelevante para o direito.

A simultaneidade familiar adquire relevância jurídica pela possibilidade de seu ingresso na porosidade do sistema jurídico aberto, e isso ocorre em razão da abertura operada pelos princípios, que fazem a mediação entre a exterioridade do sistema (de onde emerge a simultaneidade familiar) e as regras a ele interiores¹⁷⁸.

4.2 Elementos Caracterizadores da Família Simultânea

Cumprido ressaltar que nem todas as relações simultâneas de conjugalidade merecem reconhecimento como entidade familiar. Afasta-se da proteção estatal todos os

¹⁷⁵ RUZYK, C. E. P. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 63.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 69.

¹⁷⁸ RUZYK, op. cit. p. 74.

relacionamentos eventuais e clandestinos praticados por alguns dos consortes. Conforme Ruzyk:

(...) o direito não pode proteger aquele que, a pretexto da satisfação egoística do próprio desejo, aniquila a dignidade do outro, mediante um proceder iníquo e desleal, que frustra as expectativas de coexistência afetiva nutrida por conta de uma relação de conjugalidade entre eles mantida¹⁷⁹.

Para que determinada relação seja tutelada pelo Direito é necessário que cumpra determinados requisitos, dentre eles, e como elemento preliminar, está a boa fê-objetiva¹⁸⁰, a qual conforme Miguel Reale está na exigência de lealdade, no modelo objetivo de conduta. Insuficientes os deveres da boa-fê, que deverão ser aferidos na situação concreta das relações paralelas, a ordem jurídica é apta a negar seu reconhecimento como família.

A boa-fê objetiva, amplamente aplicada nas relações negociais, passa a adentrar na seara das relações existenciais ou coexistências impondo um dever moral negativo, ou seja, um dever de abstenção de estabelecer nova conjugalidade com quem já é casado ou vive em união estável com outra pessoa¹⁸¹.

Ressalta-se que no caso da união estável putativa, tema escuso ao nosso objeto de estudo, temos a chamada boa-fê subjetiva que ocorre quando um dos envolvidos desconhece a existência de simultaneidade familiar, ou seja, pressupõe a idéia de ignorância por uma das partes.

Outro elemento necessário para constituição de uma entidade familiar é o afeto. Conforme Rolf Madaleno o afeto “é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”¹⁸². É um sentimento que concorre para a realização da pessoa e sua constante formação.

A afetividade está cada vez mais presente nas famílias modernas e se apresenta como a grande justificativa dos ambientes familiares espontaneamente instaurados, especialmente aqueles que não contam com a concorrência de recursos jurídicos constitutivos, como a família paralela. O afeto é entendido como fundamento e finalidade da entidade familiar.

¹⁷⁹RUZYK, op. cit. p. 102.

¹⁸⁰A boa-fê é o foco, na esfera do qual girou a alteração da Lei Civil Brasileira, da qual cumpre salientar dois artigos, o de nº 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fê e os usos do lugar de sua celebração”, e o art. 422, que assevera in verbis, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fê.

AMARAL, D. M. S. do. O Princípio da Boa-Fé e suas diferenças entre objetiva e subjetiva. *JurisWay*. 28 jul. 2009.

¹⁸¹SILVA, M. A. da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. p 198.

¹⁸²MADALENO, R. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66.

Além da afetividade, demonstram-se como caracteres estruturais para a formação de uma entidade familiar na paradigmática lição de Paulo Lôbo a estabilidade e a ostensibilidade¹⁸³.

Diante dos argumentos apresentados, excluem-se as relações eventuais ou descomprometidas, sem intenção de manutenção de um vínculo estável.

A ostensibilidade diz respeito à publicidade, ou seja, não clandestinidade. Os envolvidos devem conviver de forma explícita no meio social em que se inserem. Não é necessário o conhecimento de determinada relação por apenas algumas pessoas, mas pela coletividade que convivem perto daquela.

Imprescindível para ao reconhecimento da família simultânea, mesmo que possa dificultar sua caracterização, é ser conhecida pelos conviventes dos dois núcleos conjugais, ou seja, ser ostensiva em face do núcleo familiar a ela simultâneo.

Presentes os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, a família paralela está apta a ingressar na porosidade principiológica do sistema aberto, merecendo proteção estatal.

4.3 Teoria dos Deveres de Proteção

Deve-se à doutrina alemã moderna parte do pensamento sobre a teoria dos deveres de proteção que surgiram para solucionar a questão dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Asseguram os defensores dessa teoria que o Estado teria a obrigação de abster-se de violar os direitos fundamentais e de protegê-los de potenciais lesões e ameaças advindas de particulares no seio social¹⁸⁴.

Enfatiza-se que conforme teoria dos deveres de proteção o Executivo e Judiciário só podem agir se a lei exigida pelo dever de proteção for ausente ou insuficiente, ou seja, quando o Legislativo for omissivo em atender os deveres de proteção.

Por esses deveres de proteção serem retirados dos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva, podem ser convertidos em direitos individuais. Assim, se o direito do interessado possuir amparo constitucional, e não possuir leis suficientes para proteger esse direito, está o legislador violando um direito individual do cidadão.

O texto constitucional em seu artigo 226 é categórico ao mencionar que a família tem especial proteção do Estado. Não possibilitou, entretanto, ao Estado proteger determinada

¹⁸³LÔBO. Op. cit. p.21.

¹⁸⁴SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

espécie de família em detrimento das demais. Assim, desde que a família simultânea preencha os elementos caracterizadores de entidade familiar, não poderá ser colocada em posição inferior à qualquer outra família.

A teoria dos deveres de proteção, apesar de não ter sido reconhecida em nossa doutrina e jurisprudência como a melhor em torno da eficácia dos direitos fundamentais, deve ser desenvolvida, especialmente na hipótese de famílias simultâneas, onde o mérito da tese dos deveres de proteção está na circunstância de que não se concentra na lógica de direito fundamental contra direito fundamental. Diante de duas entidades familiares paralelas merecedoras de chancela jurídica, é o Estado quem assume o encargo de proteger, na situação concreta, o livre desenvolvimento da personalidade e os planos de vida de cada um dos indivíduos envolvidos¹⁸⁵.

Na ausência de regulamentação legal pelo Estado-legislador, primeiro destinatário dos direitos fundamentais, faz-se necessário a presença do Estado-juiz, que com base na omissão do legislador, será responsável para dar força normativa à Constituição e garantir a proteção do direito fundamental que está sendo passível de ameaça ou violação causada por um particular.

Dessa forma, em razão do dever de proteção estatal não pode o Estado-juiz ignorar os direitos decorrentes da família simultânea, diante da inexistência de qualquer situação que proíba o reconhecimento dos seus efeitos ou que a equipare a um caso de bigamia. Deve a família paralela, apesar de não constar de forma expressa no texto constitucional, gozar dos mesmos efeitos jurídicos atribuídos a união estável.

4.5 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e perspectivas futuras

A Constituição Federal vigente, logo no seu artigo 1º, estabelece os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Consistem estes em pontos de partida para todas as outras normas constitucionais, e, por conseguinte, devem influir no teor de todas as normas infraconstitucionais. Dentre outros aspectos, estabeleceu-se, no seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Brasileiro¹⁸⁶.

Também conhecida por “Constituição Cidadã”, a constituição de 1988 em seu capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, nos dispositivos dos artigos 226 ao 230, tutela juridicamente o que antes era dedicado somente em decorrência do

¹⁸⁵FERRARINI, op. cit. p. 125.

¹⁸⁶BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*, 1988.

casamento. Passa a considerar tanto as relações familiares dele decorrentes quanto outras modalidades, quais sejam, a união estável (art. 226, § 3º) e as famílias monoparentais (art. 226, § 4º). A primeira consiste, em conformidade com o artigo 1.723 do novo Código Civil, na união entre homem e mulher, caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o intuito de constituir uma família.¹⁸⁷

Conforme ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo, se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para a realização pessoal de seus integrantes¹⁸⁸.

E complementa seu pensamento sobre a importância da afetividade no fundamento constitucional ao afirmar:

Não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que diz respeito aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação de fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas¹⁸⁹.

Pietro Perlingieri demonstrando as transformações que o princípio da dignidade da pessoa humana vem causando nas relações familiares leciona que “não é possível excluir a priori o merecimento de tutela de uniões diversas da família fundada no casamento, mas realizadas no respeito da dignidade humana e fruto da livre escolha segundo os princípios constitucionais”¹⁹⁰.

Notadamente, o sentido de família passou a ser mais representativo do que o casamento, durante séculos, considerado a única forma de constituir família aceita pela concepção religiosa, jurídica e social. Adotava-se o casamento indissolúvel e o homem era colocado numa posição hierárquica privilegiada mediante a esposa e os filhos, como já visto no início deste estudo. Valorizou-se, hoje, o bem-estar, a realização da pessoa e, principalmente, o afeto e não mais o sacrifício por uma estrutura conservadora e tradicional exigida socialmente.

¹⁸⁷BRASIL. *Constituição Federal*. 1988.

¹⁸⁸LÔBO, op. cit. p. 40-55.

¹⁸⁹Ibidem. p. 40-55.

¹⁹⁰PERLINGIERI, P. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.468.

Essa tutela privilegiou o princípio da dignidade da pessoa humana explícito no art. 1º, III, e estende-se de forma implícita por todo o texto constitucional de 1988, positivado como Fundamento da República Federativa do Brasil¹⁹¹.

Immanuel Kant ensina que o homem “é concebido como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão. Em função dessa condição de ser racional, comum a todos os seres humanos, é que o homem poderia ser chamado de pessoa – pessoa humana”¹⁹².

Jorge Miranda em excepcional corroboração confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado¹⁹³.

Infere-se que a importância do ser humano sobre qualquer outro animal está cima também da vontade do Estado, em especial, garantida no Estado Democrático de Direito que se fundamenta em sua dignidade de ser, de pessoa.

Não é um pensamento novo ou moderno a inclusão da dignidade da pessoa humana em textos constitucionais, data de 1215 essa preocupação em dar ao ser humano o privilégio de ser visto como pessoa, questão ignorada pelos sistemas autoritários de séculos passados.

O ser humano, entendido na sua totalidade e holisticamente pensando, foi acolhido na Magna Carta Inglesa de 1215 em cujo ordenamento os direitos fundamentais se evidenciaram¹⁹⁴.

Os direitos fundamentais encontram-se, desde o passado, vinculados à dignidade da pessoa humana, considerado o maior dos postulados nos quais se sedimenta o direito constitucional contemporâneo, sendo esse o direito que apóia e protege os direitos humanos da pessoa, entendido no direito constitucional brasileiro como fundamentais individuais e sociais.

Em semelhante entendimento Norberto Bobbio aduz: “Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”¹⁹⁵.

¹⁹¹ BRASIL, op. cit. 1988.

¹⁹² KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holtzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.112.

¹⁹³ SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.91.

¹⁹⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁹⁵ BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.5.

Inferese que não se chegou à vitória da garantia constitucional dos direitos fundamentais em um único momento da história humana, sendo lícito afirmar que até hoje, luta-se incessantemente por esses direitos e que as perspectivas futuras apontam para novas buscas de reconhecimento de igualdade e liberdade para todos os cidadãos, que nada mais são do que prosseguimentos da dignidade humana.

Em reescrita do artigo 16 da Declaração Francesa Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 verifica-se que *“Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”*¹⁹⁶.

A consagração do dispositivo do artigo 16 aponta para a força que tem as constituições democráticas embasadas na dignidade da pessoa humana, nos direitos ou liberdades fundamentais, balizadores da democracia que permite a participação e realização populares na busca da felicidade.

Nessa perspectiva, a democracia se constrói com fundamento de valor intrínseco da pessoa humana que na visão de Canotilho é “o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza”¹⁹⁷. Compartilha desse pensamento Jorge Miranda ao mencionar: que “a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”¹⁹⁸.

As constituições brasileiras que consagraram os direitos fundamentais, embora não os tenham classificado, ordenaram-nos como direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, de cidadania (direitos políticos) e por fim, as garantias constitucionais. Não se preocuparam em classificá-los como sendo dimensões ou gerações de direitos, mas em estudá-los e classificá-los individualmente, abordando um a um, de acordo com as disposições de nossa Constituição Federal¹⁹⁹.

Toda Constituição Federal compromissada com os ideais democráticos encontra-se no reconhecimento da normatividade dos princípios, permitindo um diálogo entre a legalidade e a legitimidade. “Os princípios seriam o traço unificador de todo direito, capaz de emprestar uniformidade ao conjunto de regras”²⁰⁰.

As concepções transpessoalistas do Estado e da nação que possam vir a violar a liberdade individual, ficam afastadas quando se vislumbra o princípio da dignidade da pessoa

¹⁹⁶ Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes definidos, não tem constituição (Trad. nossa).

¹⁹⁷ CANOTILHO. op. cit. 129.

¹⁹⁸ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Tomos II e IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

¹⁹⁹ SILVA, J.A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 95-101.

²⁰⁰ GOMES, L. F. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: revista dos tribunais, 2002.

humana porque ela possui um valor espiritual e moral que está enraizado na pessoa, faz parte e se manifesta como a própria vida exigindo, assim, o respeito por parte de seus semelhantes e por isso, deve ser o mínimo a ser assegurado pela norma jurídica.

Não faz sentido a sobrevivência do ser humano longe do seu entendimento de felicidade, desde que não seja prejudicada ou ofuscada a felicidade de outrem.

O ser humano foi colocado no centro de todo o sistema jurídico no momento em que se considerou sua dignidade, mas para esse reconhecimento de forma plena, as normas devem atender as suas necessidades e viabilizar sua realização existencial, devendo garantir-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.

Foge da concepção de dignidade da pessoa humana a visão radical de família tradicional e de casamento indissolúvel e o indivíduo deixa de ser o foco principal do Estado Democrático de Direito.

A entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal, ou seja, a tradicional família romana, recepcionada pelo cristianismo medieval, que reduziu a entidade familiar à família nuclear e consagrou como família-modelo a Sagrada Família: pai (José), Mãe (Maria) e filho (Jesus). Abandona-se o elemento basilar da sociedade que é o indivíduo com sua liberdade e dignidade²⁰¹.

Karl Larenz aduz que os princípios como normas são de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos, para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento, assim, os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra²⁰².

Os princípios das garantias fundamentais sedimentados no Estado Democrático de Direito são filhos das lutas contra o poder, contra a opressão, contra o desmando que fizeram nascer o anseio de encontrar a liberdade e a igualdade entre os homens, num processo gradual, ou seja, não nasceram os direitos e garantias fundamentais de só uma vez. E lícito é acrescer que ainda vão continuar por muito tempo em razão das incompreensões que ainda insistem em moldurar o princípio da igualdade entre os homens.

²⁰¹ BARROS, S. R. Matrimônio e patrimônio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 8, p. 05-12, jan./mar., 2001.

²⁰² LARENZ, 1979, apud VIEIRA, J. R. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, RT, n. 54, 2000. p. 95-104.

Destacam-se, pela sua magnitude, as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois é este o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no ponto de Arquimedes do estado constitucional²⁰³.

Jorge Miranda que representa expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado²⁰⁴.

Além da separação dos poderes, o respeito aos direitos e garantias fundamentais são características inalienáveis do atual Estado Democrático de Direito.

Percebe-se em toda essa argumentação legal e doutrinária que chave mestra do Estado Democrático de Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale lembrar, com fundamento em Robert Alexy, o que expõe Ingo Wolfgang Sarlet sobre a dignidade da pessoa humana:

Não será pelo fato-significativo, mas não necessariamente determinante de o constituinte ter elencado a dignidade da pessoa humana no rol dos princípios fundamentais que se poderá chegar à conclusão de que a dignidade da pessoa, na sua condição de norma jurídica, não assume, para além de sua dimensão principiológica, a feição de regra jurídica²⁰⁵.

Para Alexy, os direitos fundamentais não deixam de ser dotados de regras, ou melhor, de definições precisas e claras, que como balizadores dessas definições claras e precisas têm em suas estruturas as regras

Na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa atua, portanto- no que comunga das características das normas princípio em geral- como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições interativas de conduta sem que se vá aqui adentrar o mérito desta e das demais distinções apresentadas pelo eminente jusfilósofo germânico. Ainda no que diz com a dupla estrutura (princípio e regra) da dignidade, verifica-se que, para Alexy, o conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade, quanto cotejado com outros princípios, de tal sorte que absoluta é a regra (à qual, nesta dimensão se poderá aplicar com as necessárias ressalvas a lógica “do tudo ou nada”), mas jamais o princípio²⁰⁶.

Observando a posição hierárquica superior no ordenamento jurídico, a Constituição

²⁰³ SARLET, op. cit. 91.

²⁰⁴ MIRANDA, op. cit. p.364

²⁰⁵ ALEXY, apud SARLET, op.cit. p.87.

²⁰⁶ Ibidem, p. 87.

encontra-se na ponta da pirâmide, e é ela que dá fundamento de validade a todas as outras normas infraconstitucionais. Os princípios e as escolhas constitucionais condicionam a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico.

O advento dos estados democráticos mostrou a fundamentação do direito em regras animadas pelos princípios que lhes dão corpo e vida e deu início à valorização da dignidade humana.

Vale mencionar nessa trajetória, o passado cristão em sua primeira fase, mostra nesse contexto, o pensamento do Papa São Leão Magno, o qual sustentava que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tomar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo. Logo depois, no período inicial da Idade Média, Anicio Manlio Severino Boécio, cujo pensamento foi (em parte) posteriormente retomado por São Tomás de Aquino, formulou, para a época, um novo conceito de pessoa e acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional²⁰⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta o pensamento de Klaus Stern e esclarece que Tomás de Aquino foi fortemente influenciado também por Boécio e chegou a referir expressamente a expressão "*dignitas humana*", já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, pelo humanista italiano Pico della Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino²⁰⁸.

A busca incessante pela dignidade da pessoa humana, assinalada nas páginas da história, encontra-se ornada por lutas sangrentas e crueldades de todas as modalidades; estas foram precursoras das constituições modernas dos estados democráticos, legitimadas pelo constitucionalismo que lhes deram uma ordenação sistemática e racional onde se insere a comunidade política que através de um documento escrito declaram as liberdades e os direitos, além de fixarem os limites do poder político.

Delpérée corrobora ao afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o "alfa e ômega" do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais²⁰⁹.

²⁰⁷ KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holtzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

²⁰⁸ SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 192p.

²⁰⁹ *Ibidem*. p.91

Evidencia-se que essa concepção se aplica também ao constitucionalismo brasileiro, igualmente caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que - como já frisado - erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, como, de resto, já tem sido amplamente sustentado também no âmbito da doutrina pátria²¹⁰.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet²¹¹:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Martínez, lembrado por Ingo Wolfgang Sarlet, em escritos pertinentes a esse tema, descreve a preexistência da dignidade ao direito e seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica como requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima²¹².

“As preocupações sociais e o fortalecimento desses interesses devem nortear a interpretação dos dispositivos constitucionais, gerando a aplicação efetiva de valores sociais, sob pena da Constituição transformar-se em mera *"folha de papel"*”²¹³.

Os interditos legais que, com fundamento na regra da monogamia, privilegia determinada família em razão de outra, impedindo a simultaneidade familiar, não está aplicando a ampla proteção da dignidade da pessoa humana, mas um critério de desigualdade. Conforme Marcos Alves da Silva verifica-se neste caso “a ausência de respeito ao outro em sua integridade moral, mormente, porque em termos jurídicos recebe a alcunha de concubino, ou melhor, e mais especificamente, de concubina. Impera a desclassificação da pessoa. Logo, ofensa à sua dignidade”²¹⁴.

²¹⁰ Ibidem. p.91

²¹¹ Ibidem p.91-92.

²¹² SALRLET, op. cit. p.92.

²¹³ LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. Revisão de Luzia Ferreira de Souza. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

²¹⁴ SILVA, op. cit . p.267

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A término deste estudo, é pertinente assinalar alguns de seus mais relevantes pontos que se iniciam pelas organizações familiares, desde a família no Estado Selvagem, até a família no estágio da civilização cuja correspondência marcante é a da família monogâmica, formada pelos pai, mãe e filhos com a finalidade de dar continuidade à espécie humana e cuidar da sucessão dos bens adquiridos conjuntamente, além de preservar as riquezas tão importantes para as sociedades capitalistas.

Todavia, ao longo de milênios, a família vem paulatinamente adquirindo um novo recorte político, econômico e social e, acima de tudo, cultural, principalmente no início deste novo século que despontou com inúmeras descobertas científicas e tecnologias que estão mudando acentuadamente a convivência humana.

Nos contextos históricos em que figura a família, não há como apontar um momento único, especial e mais importante de mudança, mas, com certeza, dar grande destaque para a Revolução Industrial que contribuiu para deixar para trás uma sociedade rural, na qual predominava a família patriarcal, que mal acompanhava tantas transformações na sociedade. As bases industriais com suas implicações de mobilidade social, geográfica e cultural acarretaram significativas mudanças e evolução no seio familiar que, aos poucos, foi se adaptando a essa nova ordem do mundo industrializado.

Embora tenha predominado a constituição familiar formada pelo pai, mãe e filhos, sendo o pai visto como um modelo de fortaleza e a mulher como um modelo de comportamento submisso, a evolução da sociedade industrial exigiu novas posturas que aos poucos se manifestaram. A necessidade da mulher foi nítida nesse mercado de trabalho que crescia e exigia muito trabalho. Assim, do século XIX ao final do século XX, perceberam-se as mudanças nos papéis e nas relações no interior das famílias, iniciadas de forma mais marcante nesse período, oriundas das influências do mundo externo, gerando várias alterações na estrutura familiar e na sua composição.

Nesse momento de grandes transformações, especialmente no início do século XX, ainda prevalecia a associação de família e casamento, pois o Código Civil de 1916, com essa base individualista, além de outras codificações do século XIX não havia acolhido todas as formas de famílias que há décadas já existiam no país, inclusive aquelas formadas por união estável que apresentava uma discriminada dicotomia chamada de concubinato puro e concubinato impuro. O primeiro (entre pessoas livres de outros casamentos) acolhido

posteriormente na Constituição Federal de 1988 e o segundo, (entre pessoas vivendo duas uniões) até hoje, em acirradas discussões como se vê neste estudo.

Contudo, como a sociedade é dinâmica e se transforma em diferentes momentos de nossa história, é natural que também a família se modifique, e considerando que há uma evolução nesse diapasão, destacam-se, no Brasil, as representativas mudanças na família brasileira também contextualizada no compasso do mundo industrializado dos séculos XIX e XX, das quais podem ser evidenciadas como as mais significativas, a proposta de lei do divórcio, já em 1977, para regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, bem como oferecer outras providências

Foi graças à lei do divórcio que a sociedade começou a aceitar as novas formações familiares, pois anterior a ele, somente considerava-se como família aquela constituída pelo casamento civil e religioso, em razão do domínio do secular Direito Canônico e em decorrência da forte influência da Igreja Católica na vida das comunidades em todo o Brasil. Mas, as mudanças que se iniciaram na era industrial até o fim do século XX como o feminismo, a emancipação sexual da mulher e com a descoberta da pílula anticoncepcional, na década de 1970, as novas posturas da mulher no mercado de trabalho, e principalmente as influências advindas das duas grandes guerras mundiais foram, aos poucos, fazendo surgir novas organizações familiares e as famílias, patriarcal e a conjugal, deram lugar aos novos modelos. O sentido extenso e o sentido nuclear ficaram nas páginas viradas da história contada e escrita até os fins do século XX.

Os novos casais que se divorciavam e formavam novas famílias, passavam a conviver com enteados e enteadas de ambos os lados e em muitas situações no mesmo lar. Esta nova família, conhecida como família mosaico, convivía entre si pelos laços sanguíneos ou pelo afeto e até o momento, a sociedade convive e aceita normalmente essa forma de família que permanece e que na atualidade é acrescida de novas entidades familiares como relatado no presente estudo.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, extinguiu-se todo o preconceito de família constituída somente pelo casamento, até então, o único protegido pelo Estado, e passou a prevalecer agora a democratização das relações amorosas, na qual se prioriza a igualdade, a dignidade da pessoa humana e o respeito mútuo, com total privilégio ao termo família. Com essa nova concepção, vislumbrou-se um novo horizonte mais amplo de novas entidades familiares, conforme disposto no artigo 226 que consagra a família como a base da sociedade, conferindo a ela especial proteção do Estado, e em seus parágrafos, elenca o rol de espécies de entidades familiares explícitas, sendo elas: a constituída pelo casamento

civil ou religioso com efeitos civis, a união estável e a família monoparental, além de contemplar outras formas de arranjos familiares de forma implícita. Com a realidade fática, tão acentuada no meio social, novas modalidades de famílias vêm se formando, constituídas não só pelos laços consanguíneos ou matrimoniais, mas pautadas, primordialmente, na afinidade de uns em relação aos outros e no afeto, transformando essas convivências em verdadeiras entidades familiares.

Embora se perceba a evolução do estado em proteger todas as formas de família, até então verificadas no meio social, as famílias simultâneas ainda continuam à margem da lei, são, no seu verdadeiro sentido, as famílias marginais no contexto da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito privilegia algo a mais no plano normativo, ou seja, faz do direito um transformador da realidade social. De forma diferenciada do Estado liberal, o Estado Democrático de Direito se posiciona de maneira ativa para garantir a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares. Diante disso, as famílias simultâneas, embora não constem segundo os moldes expressos constitucionalmente, não podem ser excluídas da tutela estatal. E o reconhecimento constitucional do pluralismo familiar permite que as relações simultâneas sejam reconhecidas como famílias, merecendo a mesma proteção das demais já reconhecidas.

Os casais que formam as famílias simultâneas não gozam ainda da proteção do ordenamento jurídico como uma entidade familiar, no seu sentido explícito, dependendo, assim, de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais para serem acolhidos. Não são garantidos os mesmos direitos que somente são disponibilizados para os que constituem uma das espécies de entidades familiares do rol do artigo 226 da Constituição Federal. Como o direito de família é um ramo do direito que cuida da relação pessoal do indivíduo, ele adentra na intimidade de sentimentos. Dessa forma especial, novas situações sempre surgem, já clamando por soluções ou amparo no ordenamento jurídico brasileiro, respostas estas que, nem sempre se encontram na letra da lei.

Uma análise extensiva e considerando o objeto do direito de família face ao dispositivo constitucional, a família simultânea que atenda aos requisitos enfatizados no estudo, tais como a boa-fé objetiva, a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade, não poderá ficar afastada da proteção legal do Estado.

Dessa forma, ultrapassado o preconceito e os dogmas conceituais concernentes às relações afetivas, e na omissão do Legislativo, cabe ao Estado-juiz, analisar cada caso concreto e mediante o dever de proteção, conferir às famílias simultâneas, presentes seus

elementos essenciais, sua efetiva proteção e produção de efeitos, em razão de não existir nenhuma norma que a equipare à bigamia ou proíba o reconhecimento de seus efeitos no mundo jurídico. A relação simultânea que possui esses elementos deve ser considerada como verdadeira família e ter cancelada toda sua eficácia jurídica com efeitos análogos à união estável.

Não é possível que uma análise centrada somente na “*ipsi litteris*” possa superar a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e da liberdade do indivíduo sem a procura do bem comum e da preservação de sua dignidade para a aplicação de uma justiça verdadeira que privilegie todos os cidadãos sem preconceitos ou exclusões.

Assim, depreende-se do estudo feito que os séculos de predominância da família patriarcal e nuclear protegidas pelo sentido da religiosidade que domina as sociedades ocidentais, também influenciadoras da legislação, ornaram de preconceitos, subjetivismo e tabus qualquer outra forma de relações e uniões amorosas como é o caso das famílias paralelas que são excluídas do manto de proteção legal. Percebeu-se que se deve à monogamia a exclusão dessas entidades familiares, embora não excluídas da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226.

Uma análise, considerando o sistema normativo expresso na Constituição Federal, art. 226, como um sistema fechado, coloca as famílias simultâneas fora da proteção jurídica estatal, ao passo que se houver uma análise aberta com consideração da porosidade dos princípios com reconhecimento da pluralidade de famílias hoje existente, efeitos poderão surgir no sistema normativo ao serem incluídas.

O casamento ou matrimônio do passado vão continuar nessa sociedade eclética e multicultural que temos hoje no país, estabelecendo entre o homem e a mulher compromissos que eles próprios irão verificar se haverá condições de cumpri-los eternamente, seguindo a ordem cultural social do momento. A eles é dada essa oportunidade, mas a decisão de permanecer com duas famílias no respeito, no amor e no afeto, mas é necessário que a proteção legal seja para todas as formas de família.

O tema, na verdade, é mesmo moldurado por inusitadas questões que precisam ser discutidas e já tem esse *status* em alguns julgados e jurisprudências, embora ínfimos diante da realidade social que desponta nos horizontes do direito de família em suas perspectivas futuras de alcance da afetividade também nesses casos.

Para finalizar, aduz-se que ênfase maior deve ser dada à observação doutrinária, jurisprudencial e, no futuro, legal, para que a legislação infraconstitucional, analisando cada

caso nos parâmetros dos elementos caracterizadores, venha a ser reconhecida a família simultânea.

Uma análise minuciosa poderá ser o caminho para acolher todas as entidades familiares no momento de necessidade de intervenção do Estado em suas vidas em busca da felicidade que todos almejam, cumprindo assim, o escopo do Estado Social Democrático de Direito que tem como coluna mestra a dignidade da pessoa humana. Posição contrária a esses argumentos, fazem evaporar no tempo, o sentido histórico das lutas empreendidas para a realização plena do respeito ao ser humano pelo Estado e vislumbra-se um retrocesso ao passado de tirania, autoritarismo e exclusão de pessoas da proteção legal, ao mesmo tempo em que viola o princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *El concepto y la validez del derecho*. 2.ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997, p.159-61.

ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, L. B. M. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138> Acesso em: 22 abr. 2013.

AMARAL, D. M. S. do. O Princípio da Boa-Fé e suas diferenças entre objetiva e subjetiva. *JurisWay*. 28 jul. 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br> . Acesso em: 22 mar. 2012.

ALMEIDA, R. B. de. RODRIGUES JÚNIOR, W. E. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Á. V. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BARROS, S. R. Matrimônio e patrimônio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 8, p. 05-12, jan./mar., 2001.

BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos de novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, In: BARROSO, L. R. (org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p.34-5, 2003.

BERNARDES, J. T. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 08, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2012.

BEVILÁQUA, C. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTENCOURT, M. E. de. *Concubinato*. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., p.40, 1980.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos* 12.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Novo Código Civil – *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 342 p.

BRASIL. Constituição Federal. República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 mar. 2012.

BRASIL. *Código Civil de 1916, de 01 de janeiro de 1916*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916.

BRASIL. *Lei nº 6.515, de 26 e Dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. 1977.

BRASIL. *Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em: 18 set. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.217.415-RS, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 10 de junho de 2012. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.recivil.com.br/newsPrint.asp?intNews=18273>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRAVO, M. C.; SOUZA, M. J. U. As entidades familiares na constituição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n.54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665> Acesso em: 08 jan. 2013.

BRUSCHINI, C. Teoria crítica da família. In: AZEVEDO, Maria A. ; GUERRA, Viviane N. de A. (orgs.). *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 50-79.

CAHALI, Y.S. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.28, 1998.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 411 p.

CARBONERA, S. M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, L. E. (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, p.284, 1988.

CARDOSO, H. A. *Da união estável*. Teoria e jurisprudência. São Paulo: Iglu, 2000. p. 27.

CARVALHO, D. M. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAYRES, E.C.D. *Família Brasileira no contexto histórico e cultural*. 2004. Disponível em: <http://www.cmddcamacae.rj.gov.br/.pdf>. Disponível em: 12 fev. 2013.

CORDEIRO, A. M. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.88, 1996.

COSTA, G. *Indivíduo e sociedade: sobre a teoria da personalidade em Georg Lukács*. Edufal, Maceió, Alagoas, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 241p.

CUNHA PEREIRA, R. da. *Concubinato e união estável*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CUNHA PEREIRA, R. da. Direito, Amor e Sexualidade, In: _____ (coord.) Direito de Família: a travessia do novo milênio. In: II Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Anais...*, Belo Horizonte: Del Rey, p.54, 2000.

CZAJKOWSKI, R. *União Livre*. 2.ed. São Paulo: Juruá, 2000, 58p.

DAL COL, Helder Martinez. *A família à luz do concubinato e da união estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 96

DIAS, M. B. Homoafetividade e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, E. F.; MORAES, N. M. M. (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 360p.

DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.47, 2007.

DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.60-61, 2010.

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Academia Brasileira de Letras*. 2. ed. São Paulo: Companhia e Editora Nacional. 2008.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*, 23. ed. São Paulo: Saraiva, p.45, 2008.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro. direito de Família*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, 212p.

ENGELS, F. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

FACHIN, R. A. G. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, C. C. de (coordenador). *Temas atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

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

FERREIRA, A. B. de H. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, 214p.

FERREIRA, B. M. V. ; ESPOLADOR, R. de C. R. T.. O papel do afeto na formação das famílias recompostas no Brasil. In: DIAS, M. B. ; BASTOS, E. F. ; MORAES, N. M. M. (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 110p.

- FOCAULT, M. *História da sexualidade, 3: o cuidado de si*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- GAMA, G. C. N. da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GAMA, G.C.N. da. Função social da família e jurisprudência brasileira. In: CUNHA PEREIRA, R. da. *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008, 490p.
- GARCIA, M. Juventude e violência: A maioria penal e a ética da responsabilidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional Constitucional* 62. Brasil, p. 262, jan./mar. 2008.
- GOMES, L. F. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, O. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.6, 1980.
- GOMES, O. *Direito de família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.136.
- GONÇALVES, C. R. G. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, v.6, p.59, 2005.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, p.12-13, 1997.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.I,II, p. 218-219, 1997.
- HESSE, K. *Escritos de Derecho Consticional*, trad. Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p.40,1992.
- KALOUSTIAN, S. M. (org.). *Família brasileira, a base de tudo*. 7. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNICEF, p. 26-46, 2005.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holtzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, p.272-273, 1987.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 1, p. 389 a 396, 1998.
- LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. Revisão de Luzia Ferreira de Souza. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LEITE, C. Parentesco negado. *Revista JC*, Recife, ano 5, n.203, p.4-7, jul. 2009.

- LIMA, D. S. B. *Casamento*. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 13, p.379, 2001.
- LÔBO, P. L. N. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n.141, p.102, jan./mar. 1999.
- LÔBO, P. L. N. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania - o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- LUHMAN, N. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, 45p.
- LUÑO, A. E. P. *Derechos humanos, Estado de drecho y Constitucion*, 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1986. 229p.
- MACHADO, J. J. C. *Curso de Direito de Família*. Sergipe: UNIT, 2000.
- MACHADO, J. L. de A. *A vida em família na Antiguidade Clássica*. Editor do Portal Planeta Educação, 2007. Disponível em: <http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?405>. Acesso em: 12 nov. 2012.
- MACHI-COSTA, M. I. Família e homossexualidade: tendências, conquistas e desafios. In: MACEDO, R. M. S. *Terapia familiar no Brasil e na última década*. São Paulo: Roca, 2008. p.647.
- MADALENO, R. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66.
- MATOS, A. C.H. Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e recomposta. In: HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F.; SIMÃO J. F. (Coords.). *Direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2009. 398p.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 105p.
- MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Tomos II e IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- MELLO, C. A. B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MILÍCIO, G. *Direito das Famílias - Monogamia não é um princípio, é só marco regulador*. Revista Consultor Jurídico, 2007. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-consultor-juridico-direito-das-familias-monogamia-nao-e-um-principio-e-so-marco-regulador.cont>. Acesso em: 12 nov.2012.
- MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Tomos II e IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 1991.p.364
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 12
- MORAES, A. de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, M. C. B. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p.36.

MOURA BITTENCOURT, E. de. *Concubinato*. São Paulo: Leud, 1975, 40p.

NASCIMENTO, A.M. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2003,

NOTÍCIAS DO STF. *Supremo reconhece união homoafetiva*, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 12 mar. 201.

PENA JÚNIOR, M. C. *Direitos das Pessoas e das Famílias Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, C. M. da S. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.169.

PEREIRA, T. da S. A Família. In: PEREIRA, R. da C. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERLINGIERI, P. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 60p.

RAMOS, C. L. S. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, L. E. (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, p.5, 1988.

RUZYK, C. E. P. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 114p.

RUZYK, C. E. P. Famílias simultâneas e Monogamia. In: COUTO, S. ; MADALENO, R. ; MILHORANZA, M. G. (coord.) *Família Nota dez – Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, 72p.

RUZYK, C. E.P. *Famílias simultâneas e monogamia*. In: PEREIRA, R. da C. Família e dignidade humana: *V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, p. 193-222, 2006.

SAMARA, A. M. *A família Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 192p.

SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v.3, 2000.

SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, A. Famílias simultâneas e redes familiares. In: HIRONAKA, G. M. F. N. ; TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. (Coords.). *Direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2009. 241p.

SIGNORELLI, G. T. *A família solidária e seu reconhecimento no ordenamento jurídico*. 2010. Disponível em: <http://gerdalsignorelli.blogspot.com/2010/05/familiasolidaria-e-seu-reconhecimento.html>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

SILVA, De P. e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, p.95-101, 1998.

SILVA, J.A.da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 223p.

SILVA, M. A. da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. 198p.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, p.65-81, 2001.

SOUZA, D. B. L. F. C. Famílias plurais ou espécies de famílias. *Revista Jus Vigilantibus*, 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39460>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

STRECK, L. L. ; ROCHA, L. S. (orgs.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. 154p.

STRECK, L. L. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes. *Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, ano 1, n. 1. Curitiba, 2009.

STRECK, L. L. Hermenêutica e concretização da Constituição: as possibilidades transformadoras do Direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n.1, p. 681-712, 2003.

TEPEDINO, G. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELOSO, C.M. da S.; ROSAS, R.; AMARAL, A. C. R. do. *Princípios constitucionais fundamentais*. São Paulo: Lex editora, 2005.

VELOSO, Z. P. ; TOLEDO, Laura de. *Famílias simultâneas: união estável e concubinato*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em: 20 abr. 2010.

VIANA, R. G. C. A Família. In: VIANA, R. G. C. e NERY, R. M. de A.(orgs.) *Temas atuais de direito civil na constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.22, 2000.

VIEIRA, J. R. .Princípios Constitucionais e Estado de Direito. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, RT, n. 54, p. 95,104, 2000.

WALD, A. *Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 22-35, 1990.

WOLKMER, A. C. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, A. C. LEITE, J. R. M. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, p.1-30, 2003.