

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
CURSO DE DIREITO**

PEDRO VITOR DA SILVA SANTOS

RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES

**NATAL/RN
2015**

PEDRO VITOR DA SILVA SANTOS

RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito** do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, orientado pela Professora Luciana Flávia Nunes Casimiro.

**NATAL-RN
2015**

PEDRO VITOR DA SILVA SANTOS

RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Monografia aprovada em ____ / ____ / ____

Pedro Vitor da Silva Santos

Profa. Luciana Flávia Nunes Casimiro
Orientadora

Prof. Nome Completo
Examinador (a) Titular

Prof. Nome Completo
Examinador (a) Titular

Prof. Nome Completo
Examinador (a) Suplente

***Dedico este trabalho à minha Avó Dália
(in memorian) minha flor e minha
eterna luz em todos os caminhos que
passei, aos meus Pais pelo total apoio
em todas minhas escolhas e a Rayane
que sempre me ajudou de todas as
formas e vem me guiando nessa
trajetória.***

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha Avó Dália (*in memorian*) minha eterna guia por todo amor, carinho e incentivo em todas as minhas escolhas e que sempre me ensinou que o melhor e mais correto caminho a ser seguido é o voltado para educação.

Aos meus pais pelo amor e apoio em todos os sentidos que sempre propiciaram a melhor forma para meu desenvolvimento em todos os aspectos.

À minha Orientadora Professora Mestre Luciana Flávia Nunes Casimiro pela paciência, dedicação, correções e incentivos.

“Em nome da moral e dos bons costumes, podemos dizer que a história do Direito de Família é também uma história de exclusões e em nome dessa moral muita injustiça já se fez”. (Rodrigo da Cunha Pereira).

RESUMO

Aborda as questões evolutivas acerca da união estável até chegar a visão de acordo com os ideais trazidos pela Constituição Federal de 1988, para reconhecer como forma de constituição da família tais entidades que também se formam pelo afeto e alocá-las no âmbito do Direito das Famílias, com fulcro na Dignidade da Pessoa Humana, Pluralidade das Entidades Familiares, dentre outros princípios aplicáveis. Identifica as causas e críticas que tange o tema união paralela, observando tal entidade familiar com novos olhares, com base, inicialmente, nas relações de afeto que se desdobram no poliamor. Discute o questionamento formulado através do método indutivo, onde será investigada a origem do fenômeno familiar e suas repercussões no seio social, bem como do método dialético, partindo da contraposição de ideias entre a doutrina vigente e as decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. Mostra, ao final, que reconhecer e inserir o núcleo familiar da união estável concomitante na constituição é consagrar a justiça e afastar o preconceito vislumbrado a estas várias pessoas particularmente consideradas que buscam apenas serem felizes, não podendo o Direito, jamais, negar tal atual realidade e deixa-la sem a devida tutela.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito das Famílias. Nova ideia de constituição da família. União estável concomitante. Pluralidade familiar pelo afeto. Poliamor.

ABSTRACT

It's a monograph that addresses evolutionary questions about the stable union to reach the vision of the ideals brought by the Federal Constitution of 1988, to recognize as a form of family formation such entities also formed by the endearment and allocate them under the Family Rights, preserving the dignity of the human person. It identifies the causes and criticism of parallel and concurrent Union, observing it also as a family unit, but though, a new look, since the emotional relationship inhabit polyamory. It's discussed the questions formulated by the inductive method where the source of the familiar phenomenon and its repercussions on social bosom will be investigated as well as the dialectical method, based on the contrast of ideas between current doctrine and case law decisions of the Superior Courts. It shows up, at the end, to recognize and enter the household of concomitant stable union in the constitution is devoted to justice and remove prejudice glimpsed to these various people particularly considers that the only seeking right to happiness may not be the right to forget, relegate and deny proper legal protection.

Key words: Civil Rights, Family Rights, New Family Formation Idea. Concomitant Stable Union. Family Plurality of Endearment. Polyamory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DE FAMÍLIA	12
2.1	DISPOSIÇÕES PRELIMINARES	12
2.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.3	CONCEITO DE FAMÍLIA	17
3	PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DAS FAMÍLIAS	19
3.1	PRINCÍPIOS E REGRAS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS	19
3.2	PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS (GERAIS E ESPECIAIS)	20
3.2.1	Princípios Gerais (aplicáveis ao Direito das Famílias)	21
3.2.1.1	Dignidade da Pessoa Humana	21
3.2.1.2	Igualdade	22
3.2.1.3	Vedação ao Retrocesso	23
3.2.2	Princípios Especiais (peculiares ao Direito das Famílias)	24
3.2.2.1	Afetividade	24
3.2.2.3	Pluralismo das Entidades Familiares	27
3.2.2.4	Intervenção mínima do Estado no Direito das famílias	28
3.2.2.5	Solidariedade Familiar	28
3.2.2.6	Proteção ao idoso, crianças e adolescentes	29
3.3	MONOGAMIA É UM PRINCÍPIO APLICÁVEL AO DIREITO DAS FAMÍLIAS?	30
4	MORAL, ÉTICA E DIREITO	33
4.1	DISPOSIÇÕES PRELIMINARES	33
4.2	MORAL, ÉTICA E DIREITO: SUAS DISTINÇÕES	33
4.3	APLICAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	35
5	DAS FAMÍLIAS PLURAIS: QUESTÕES CONCEITUAIS E CLASSIFICATÓRIAS	37
5.1	DISPOSIÇÕES PRELIMINARES	37
5.2	DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DA FAMÍLIA: PROJETO DE LEI DE N.º 6583 DE 2013	37
5.3	DAS VÁRIAS FORMAS DE FAMÍLIAS: CLASSIFICAÇÕES	39

5.3.1	Matrimonial	39
5.3.2	Informal (advinda da união estável)	41
5.3.3	Monoparental	42
5.3.4	Homoafetiva	43
5.3.5	Paralela ou poliafetiva	44
5.3.6	Parental ou Anaparental	45
5.3.7	(Re)composta ou mosaico	46
5.3.8	Natural, ampliada e substituta	46
6	DA UNIÃO ESTÁVEL	48
6.1	DISPOSIÇÕES GERAIS	48
6.2	CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	49
6.3	DOS REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL	53
6.4	DOS DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES	56
7	POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES, UMA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA	59
7.1	DISPOSIÇÕES PRELIMINARES	59
7.2	POLIAMOR OU POLIAFETO	59
7.3	AS RELAÇÕES JURÍDICAS EXISTENTE FORMADAS A PARTIR DA UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE	60
7.4	DO CONCUBINATO	64
8	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

Família é a base da sociedade, como diz a nossa Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Pode-se dizer que família possui uma conotação supralegal, do qual o ser humano é avesso à solidão e procura alguém para se relacionar e, de certa forma, é natural do ser humano (animal) buscar alguém para perpetuar a espécie.

O conceito de família evolui com o tempo. Família passou de uma ideia de mão de obra até chegar a visão atualmente aplicada que é a constitucional. A família hoje se funda no afeto e no amor.

É visto que ao final do século XIX e o século XX vemos uma ideia de família com base no matrimônio (casamento), de forma indissolúvel, ou seja, a única forma de família que existiu durante esse tempo e no Código Civil de 1916 foi a forma baseada no casamento indissolúvel e principalmente na submissão da mulher, com base em uma ideia patriarcal, individualista e patrimonialista.

Com o passar do tempo surgiram institutos que relativizaram a ideia de casamento indissolúvel, tais como o desquite, lei do divórcio, separação (o termo desquite ficou considerado discriminatório, mas a separação tem a mesma ideia com outro nome), ou seja, houve uma mudança social do qual o Direito, embora de forma mais lenta, teve que tutelar.

O Direito não é algo estaticamente pleno, e sim dinamicamente pleno, essa frase não pode deixar de ser falada e explica resumidamente o que acontece com o Direito de Família, ou melhor dizendo, Direito das Famílias.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco para a nova ideia do Direito das Famílias, o paradigma individualista, patriarcal, procriacional foi drasticamente alterado. A nossa Carta Cidadã trouxe no artigo 226 que a família é base da sociedade e merece proteção do estado e ainda nos mostra outras formas de família tais como, união estável (antiga família informal) e família monoparental, destarte o rol é exemplificativo, não existe apenas essas formas de família. O que tem que se deixar claro é a mudança que a Constituição Federal trouxe no ordenamento jurídico, que além das formas de família trouxe um “princípio mãe”, qual seja, princípio da dignidade da pessoa humana.

Pela Lei 11.340 de 2006, conhecida como Maria da Penha, em seu artigo 5º¹, trouxe o que nenhuma lei havia trazido, o conceito de família, como uma unidade de afeto, elemento essencial a sua constituição.

Vê-se assim, que impera no Direito das Famílias princípios advindos da Constituição Federal. Consagrou-se no âmbito majoritário dos Tribunais que a união estável concomitante não seria entidade familiar e que assim efeitos jurídicos relativos ao Direito das Famílias não seriam aplicados, relegando tais situações a mera sociedade de fato ou a indenização por serviços prestados, ou seja, renega Direitos a pessoas que o possuem, alocando-as no âmbito do Direito Obrigacional.

A finalidade primordial do Direito é alcançar o ideal de Justiça, dizer que várias uniões estáveis não constituem família é deixar de ver uma realidade, é ser contrário a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Ora, precisa-se avançar socialmente. Posicionar-se em desfavor de preconceitos incrustados e consagrados na sociedade, o Direito não adotar tais questões, é preciso avançar como aconteceu recentemente com as uniões homoafetivas com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

A presente pesquisa busca o reconhecimento de uniões estáveis concomitantes a depender das circunstâncias fáticas presentes em cada caso concreto, ou seja, admitir tal união como entidade familiar. O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e a grande maioria dos Tribunais Estaduais tem tomado posições conservadoras a respeito do tema, malgrado, já existam reconhecimentos desse núcleo familiar pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ademais, o nosso Direito das Famílias não é regido pelo princípio da monogamia, tal princípio está presente no casamento, não em todas unidades familiares. Mesmo admitindo a monogamia como princípio do Direito das Famílias, analisando sob a ótica do princípio da proporcionalidade frente à dignidade da pessoa humana, tal ideia de monogamia deve ser mitigada (relativizada).

¹ Lei 11340 de 2006: Art. 5º: II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DE FAMÍLIA

2.1 DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Conceituar família é tarefa difícil e muitas vezes imprecisa tendo em vista as suas variadas formas ao longo da história e, conseqüentemente, as diversas mudanças que ocorreram em sua constituição ao longo do tempo. O que pode-se dizer é que variadas foram as formas de família no passar dos séculos até chegar ao modelo constitucional que vivemos hoje.

Antes de sua conceituação é necessário passar pelas diversas entidades formadoras durante vários séculos. Não se quer esgotar a abordagem histórica, nem seria possível no presente trabalho, mas, para um melhor entendimento sobre o tema, é necessário traçar alguns aspectos históricos.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A noção atual de família não se encaixa com o sentido que existia entre os povos mais primitivos.

Debruçando-se sobre o sentido, diverge, e muito, do que entendemos atualmente. Desta forma, conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014), é fato que a união organizada de pessoas visando uma coletividade e não apenas a individualidade é o básico para reconhecer um grupo familiar. Com isso, podemos dizer que os grupamentos familiares aqui tratados como primitivo também são entidades familiares, todavia possuem um sentido diferente do que se entende hoje por tal grupamento, ou seja, abstrai-se a afetividade.

Ao contrário Caio Mário da Silva Pereira (1996) que diz não ser possível afirmar com certeza que as estruturas dos povos primitivos, que retrata a promiscuidade, fossem homogênea em diversos povos. Com todo respeito ao Nobre civilista, não se busca uma forma homogênea, nem possível isso seria, mas sim retratar como eram estruturadas de alguns povos primitivos, para mostrar a evolução até nosso desenvolvimento atual.

Imperioso mencionar, devido a profundidade que retrata tais grupos, Engels (2000, p. 81):

Como vimos, há três formas principais de matrimônio [família], que correspondem aproximadamente aos três estágios fundamentais da evolução humana. Ao estado selvagem corresponde o matrimônio [família] por grupos, a barbárie, o matrimônio sindiásmico, e à civilização corresponde a monogamia com seus complementos: o adultério e a prostituição. Entre o matrimônio sindiásmico e a monogamia, intercalam-se, na fase superior da barbárie, a sujeição aos homens das mulheres escravas e a poligamia.

Pode-se dividir essas formas de maneira gradativa da seguinte forma, a família por grupos, sindiasmica e pela monogamia, tratadas, através de cunho histórico, de forma evolutiva até se chegar a monogamia (não que esta seja o ideal e estado evolutivo perfeito da entidade familiar). Engels (2000, p. 31):

O estudo da história primitiva revela-nos, ao invés disso, um estado de coisas em que os homens praticam a poligamia e suas mulheres a poliandria, e em que, por consequência, os filhos de uns e outros tinha que ser considerados comuns. É esse estado de coisas por seu lado, que, passando por uma série de transformações, resulta na monogamia. Essas modificações são de tal ordem que o círculo compreendido na união conjugal comum, e que era muito amplo em sua origem, se estreita pouco a pouco até que, por fim, abrange exclusivamente o casal isolado, que predomina hoje.

Fica claro diante dessas formas que a entidade familiar monogâmica não foi a primeira a surgir, pelo contrário, podem-se mostrar diversas formas distintas em diversos tempos históricos, e o culto pela monogamia, de certa forma, é recente, incentivado pela propagação de riquezas de forma determinada (herança definida para determinada pessoa), avanço do poder masculino e dogmas religiosos.

A ideia e propagação da monogamia é tradução dos ensinamentos ocidentais e trazidos, principalmente, pela Igreja Católica como a forma “correta”.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 48):

Essa crítica visão permite a rediscussão de um paradigma muito aceito na concepção ocidente, qual seja, o de que a forma pratriarcal e monogâmica de família seria a modalidade mais antiga, identificando-a como um modelo pronto e acabado, como se não tivesse havido qualquer evolução, admitindo-se, no máximo, algum tipo de período de ausência de regra geral de papéis sexuais.

Trata-se, sem dúvida, de uma imposição ideológica, influenciada certamente por uma visão religiosa, inspirada talvez pelos livros do Pentateuco (os cinco primeiros livros da bíblia).

No entendimento de Engels (2000, p.31):

Encontramo-nos a frente a uma serie de formas de família que estão em contradição direta com as até agora admitidas como válidas [...] silenciado, ao filisteu moralizante, sobre o fato de que na prática aquelas barreiras impostas pela sociedade oficial são tacita e inescrupulosamente transgredidas.

A forma de por grupos é quando homens e mulheres estão se relacionando mutuamente e onde não existe o ciúme, não é vista aqui um poder patriarcal². Aqui não existem proibições, inclusive havia a pratica de incesto entre irmãos e irmãs, todavia a ideia de imoralidade no que tange a tal tema é de cunho recente, imposto pelo costume como aborda Engels (2000).

A família sindiásmica diz Engels (2000) que o poder do homem “cresce”, ou seja, ele pode viver com mais de uma mulher, todavia a poligamia e a infidelidade é direito dos homens, a mulher deve ser fiel, sua infidelidade é castigada.

O grupamento monogâmico seria uma terceira forma dos povos mais antigos, no qual retrata um aumento do poder do homem, ou seja, este figura como o centro da relação. Começa-se a ideia de transmissão de herança para os filhos e estes precisam ser determinados, o que não acontece diante do chamado direito materno. Engels (2000, p. 62):

Esta forma de família assinala a passagem do matrimonio sindiásmico à monogamia. Para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade dos filhos, aquele é entregue, sem reservas, ao poder do homem: quando este a mata, não faz mais do que exercer seu direito.

² Engels (2000, p.43) “Em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Ainda que ele chame filhos seus a todos os da família comum, e tenha deveres maternos para com eles, nem por isso deixa de distinguir seus próprios filhos entre os demais. É claro, portanto, que em toda parte onde existe o matrimônio por grupos a descendência só pode ser estabelecida do lado materno, e, por conseguinte, apenas se reconhece a linhagem feminina.[...] Ele designa o reconhecimento exclusivo da filiação materna e as relações de herança dele deduzidas com o nome de direito materno. Conservo essa expressão por motivo de brevidade, mas ela é inexata, porque naquela fase da sociedade ainda não existia direito, no sentido jurídico da palavra.”

Nessa passagem para a monogamia mesmo existindo a relação entre um homem e mulher era possível o concubinato³, entretanto possível apenas para o homem, por exemplo, como existia nos povos babilônicos.⁴ Dessa forma Venosa (2005, p. 20):

Na babilônia, por exemplo, a família fundava-se no casamento monogâmico, mas o direito, sob influência semítica, autorizava esposas secundárias. O marido podia, por exemplo, procurar uma segunda esposa, se a primeira não pudesse conceber um filho ou em caso de doença grave.

Diante disso, vemos que no seio do grupo monogâmico há um predomínio do homem, procriando filhos que sabem ser seus (quebra do direito materno), repercutindo assim no âmbito sucessório. Não vemos aqui a afetividade, característica primordial quando se fala da família atualmente. Da mesma forma não se tem, na forma monogâmica apresentada, a ideia concreta e perfeitamente acabada, ao contrário, é uma forma de patriarcal onde há um total domínio do homem e uma submissão desenfreada da mulher.

Por conseguinte é necessário falar sobre a família no Direito Romano, em virtude de ser uma das bases do nosso sistema de jurídico. Da mesma forma anteriormente falada, a ideia que os romanos tinham também difere da que conhecemos hoje e, de certa forma, das tratadas até aqui.

Em Roma tinha-se a ideia do *pater potestas*, que consistia que a figura do homem mais velho exercia sua autoridade sobre descendentes não emancipados, sobre a esposa e sobre mulheres casadas com *manus* (mulheres que ao casarem entram na família do marido), ou seja, o *pater* era uma pessoa *sui juris* (chefe de seus descendentes), da mesma forma Wald (2009).

Segundo Wald (2009, p.11) a família era “uma unidade econômica, religiosa, política ou jurisdicional”.

Existia no Direito Romano o parentesco cognição e o parentesco por agnição, o primeiro envolve o parentesco natural e não produzia efeitos jurídicos, o segundo parentesco envolve a sujeição ao *pater famílias*, ou seja, a sua autoridade.

³ Artigo 145 do Código de Hamurabi: “Se um homem casou com uma sacerdotisa *naditum* e se ela não lhe deu filhos e se ele se propôs casar com uma sacerdotisa *sugétum*, este homem poderá casar com uma *sugétum*; e poderá fazê-la entrar na sua casa. Esta *sugétum* não será tida em pé de igualdade com a *naditum*.”

⁴ Wolkmer (2014, p. 33-34): “A organização familiar é em regra monogâmica, sendo, contudo, flexibilizada quando se tratar da continuidade da linhagem familiar; é permitida, em alguns casos, a inserção de uma segunda esposa, uma espécie de concubina, quando o casal não conseguir gerar filhos, mas fica mantida a precedência da primeira esposa em relação a segunda.

Também se mostra presente na família romana o concubinato, segundo Stolze e Pamplona (2014, p.51):

Para os romanos, o casamento era um estado de fato, que produzia efeitos jurídicos. Paralelo a ele, existia também o concubinato, que consistia em toda união livre entre homem e mulher na qual não ocorresse *affectio maritalis*, efeitos subjetivo do casamento, que representava o desejo de viver com o parceiro para sempre. Registra-se que, nesse momento, esse antecedente histórico do instituto do concubinato não tinha conotação pejorativa moral.

Passado o império romano, a ideia pagã, ascende o cristianismo, surgem com isso os inúmeros dogmas sobre a família, o instituto casamento e sua indissolubilidade e o poder patriarcal.⁵

Tem-se a ideia de sacramento, ou seja, a indissolubilidade do vínculo, pois a união realizada por Deus, *Quod Deus conjunxit homo non separet*.⁶

É da ideia de família trazida pelo Direito Canônico que recai a concepção (errada) que entidade familiar surgiu pronta e acabada nos moldes propostos pela Igreja. É assim que nos é ensinado durante toda a vida, e não seria diferente, vivemos em um mundo ocidental marcado por forte influência da igreja católica⁷. Segundo Venosa (2005, p. 21):

A família sempre foi considerada como a célula básica da igreja. Recorda Diogo Leite Campos que a família se mostrou como a própria igreja em miniatura, com a sua hierarquia, seu local destinado ao culto, uma pequena capela, uma imagem ou um crucifixo ainda encontráveis em muitos lares.

A vertente trazida pela igreja católica foi balanceada com a Revolução Industrial trazendo novas necessidades, qual seja, mão de obra. A mulher sai do ambiente doméstico e ingressa no mercado de trabalho, começando a desempenhar atividades para indústria, saindo da realidade que o mantenedor do lar era o homem, começa também a surgir o caráter afetivo, moral e de assistência recíproca, com a aproximação dos membros da família, de acordo Maria Berenice (2013).

⁵ Gênesis (Gen 2, 24): "Por essa razão, o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher, e eles se tornarão uma só carne."
Evangelho Mateus (Mat 19, 6): "Assim, eles já não são dois, mas sim uma só carne. Portanto, o que Deus uniu, ninguém separe."

⁶ O que Deus uniu o homem não separa.

⁷ Wald (2009, p.19): "Na sua técnica, o direito leigo de família conservou, todavia, os conceitos básicos elaborados pela doutrina canônica, que ainda hoje encontramos no próprio direito brasileiro."

Com a chegada do século XX surge uma ideia de família de forma mais compacta, baseada no vínculo afetivo que estão envolvidos seus participantes. De acordo com Stolze e Pamplona (2014, p.52):

A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um Lar, lugar de afeto e respeito, tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade.

Diante do exposto, fica claro que o conceito mudou e continua mudando no decorrer do tempo, não seria diferente, a sociedade muda, os valores mudam e os preconceitos, totalmente enraizados nesse tema família, tendem a se acabar (ou espera-se que um dia finalmente acabe).

Percebe-se que a família atualmente é um lugar de amor, carinho, solidariedade, convívio, ou simplesmente, afeto, onde se busca atingir a felicidade independente de qual modelo ali exista tal proteção deve ser garantida e retirado qualquer tipo de preconceito.

2.3 CONCEITO DE FAMÍLIA

Diante das diversas noções trazidas no decorrer do tempo, necessário conceituar o que é família atualmente, nesse mundo pós-moderno e com olhos na nossa Carta Magna que trouxe diversas mudanças no tema, bem como no novo modo de pensar o Direito Civil, qual seja, observa-lo sobre um prisma constitucional (direito civil constitucional), retirado do prisma arcaico, patrimonial e patriarcal.

Conceituar não é uma tarefa fácil e muitas vezes imprecisa, mas diante da importância do tema é necessário mostrar tal definição.

Primeiramente, família está ligada ao afeto, amor, convívio. Não é família só àquela matrimonializada.⁸

⁸ Farias e Rosendal (2015, p.7): "Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma

A família hoje é plural⁹ e socioafetiva, baseada na igualdade dos integrantes que a compõe, buscando sempre a felicidade e pautada na dignidade da pessoa humana, sem o viés preconceituoso, patrimonial, patriarcal e sacro. Dessa forma Farias e Rosenvald (2015, p. 12) “família é o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido e, merecendo uma especial proteção do Estado, desenvolve sua personalidade em busca da felicidade e realização pessoal”.

Diante do que foi exposto, segue-se o conceito trazido pelos Professores Stolze e Pamplona por ser conciso e esclarecedor sobre família nos dias de hoje, conceituam dizendo que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes [...]” (Stolze; Pamplona, 2014, p. 45).

unidade de afeto e entreajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.”

⁹ O presente trabalho segue a concepção que traz a Professora Maria Berenice Dias, ou seja, é adotado a ideia de “famílias”, logo Direito das Famílias, diferente os Professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DAS FAMÍLIAS

3.1 PRINCÍPIOS E REGRAS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Antes de adentrar e tratar dos princípios aplicáveis ao Direito das Famílias, necessário trazer à tona a semelhança e diferença entre regras e princípios, afinal possuem o mesmo sentido?

Regras e princípios são espécies do gênero normas jurídicas, ou seja, normas jurídicas se dividem em regras e princípios, esta é a semelhança. Todavia, princípios são mais genéricos e abstratos que regras, todavia existem alguma diferenças, senão vejamos.

Existem doutrinadores que diferenciam normas dos princípios¹⁰, porém o presente trabalho seguirá a doutrina majoritária que entenda que norma é gênero, sendo espécies regras e princípios¹¹.

Sabendo de tal semelhança e diferenças o Douro Bobbio (1999, p. 159):

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Na mesma linha de raciocínio de Bobbio, assevera Alexy (2008, p. 90):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das

¹⁰ Existe doutrinador que diferencia normas, dos princípios, dizendo que as normas possuem regras e os princípios não, dessa forma se posiciona JJ Gomes Canotilho (2002).

¹¹ Segue-se a linha de raciocínio de Robert Alexy e Norberto Bobbio.

possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se um regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Em síntese temos que, princípios são mais abstratos, deve se analisar cada caso concreto para que o interprete sopesse o eventual choque; ao lado que regras são regidos pela ideia da subsunção onde se chegará a um resultado conclusivo, a teoria do tudo ou nada. Todavia, as duas espécies são normas e uma não sobrepõe a outra¹².

3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS (GERAIS E ESPECIAIS)

Embora não haja hierarquia entre princípios e regras atualmente no direito brasileiro os princípios ganharam um grande relevo com a Constituição Federal. O direito não é mais reduzido ao mundo positivista das regras, muitas vezes determinada situação fática não está contida nas regras, porém existe no direito e tal solução pode ser alcançada utilizando princípios, no mesmo pensamento Pereira (2012).

Atualmente o Direito como um todo está sendo repensado. O Direito Civil (ramo autônomo do Direito), berço dos ideais patrimoniais, está sendo mudado, repersonalizado, trazendo uma vertente pública que advém, principalmente, do Direito Constitucional (ramo autônomo do Direito). Com isso, uma nova ideia surge na doutrina contemporânea conforme Chaves e Rosenvald (2015), seja bem vindo Direito Civil constitucional. O sujeito ascende em detrimento do objeto, o ser vale mais que o ter.

¹² Farias e Rosenvald (2015, p. 39 e 41): “Malgrado a indiscutível relevância e força normativa dos princípios, não se pode sugerir que o sistema jurídico é, preferencialmente, principiológico, e, tampouco, que é um modelo regulatório prevalecente. Efetivamente, o ordenamento brasileiro, partindo da *Lex Fundamentallis*, adotou um modelo normativo dicotômico, lastreado em princípios e regras, cada um cumprindo sua função própria e vocacionada para um determinado objetivo.

[...]

Regras e princípios, portanto, atuam no sistema jurídico com funções próprias e específicas, objetivando diferentes resultados. Grandezas diferentes, sem qualquer hierarquia entre si.”

Essas mudanças na família tradicional estão acontecendo paulatinamente no Direito das Famílias, ou seja, a repersonalização do Direito Civil e a família unidade de afeto e amor estão consequentemente sendo afetadas por esse novo modo de pensar.

Para ajudar nessas questões e elucidar mais o Direito das Famílias é necessário trazer a tona os princípios atinentes. Diante disso, como forma de melhor compreensão e didática será feita a divisão que é trazida pelos civilistas Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014), ou seja, serão divididos os princípios em gerais (aplicáveis ao Direito das Famílias) e especiais (peculiares ao Direito das Famílias).

3.2.1 Princípios Gerais (aplicáveis ao Direito das Famílias)

Tais princípios são de âmbito geral, todavia ganham um sentido especial quando tratado sob a ótica do direito das famílias, vamos a eles.

3.2.1.1 Dignidade da Pessoa Humana

Dignidade é tema recorrente em todos os ramos do direito, não seria diferente principalmente por ter sido trazido pela Constituição Federal de 1988 logo em seu art. 1º como sendo princípio da República Federativa do Brasil¹³.

Tal princípio foi galgado a partir de lutas e da evolução histórica da sociedade. Não é possível atualmente pensar um ser humano sem dignidade, ser contrário a ela é ser contra ao ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o tema Pereira (2012, p.114):

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. São, portanto, uma coleção de princípio éticos. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a

¹³ CF, Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico.

Com precisão no tema arremata Rocha (2000, p. 72):

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independente de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Vemos, mais uma vez, a ideia que o ser vale mais que o ter. Que o homem não é coisa, não pode ser substituído, ao contrário o homem tem dignidade, ou seja não tem um preço. O homem não pode ser transformado em instrumento de outrem¹⁴.

Aplicando tal ideia ao Direito das Famílias podemos retratar a mudança que acontece (e que continuará acontecendo, sempre em busca da dignidade e de seus princípios correlatos) na família no passar dos tempos, buscando, principalmente atualmente, o valor maior de garantir a dignidade e sair da ideia tradicional preconceituosa, da mesma forma Lobo (2011).

Trazendo a tona o afeto, amor e carinho nas relações familiares desenvolvemos a dignidade das pessoas que a compõem.

Desta forma a dignidade aplicada ao direito das famílias é uma dignidade que alcance todas as famílias, livre de preconceito e concepções arcaicas¹⁵, precisa no tema.

3.2.1.2 Igualdade

Ao iniciar tal ponto necessário relembrar os dizeres do Grande Barbosa (1999, p. 25) “Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

¹⁴ Kant (2005, p.77): “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.”

¹⁵ Dias (2013, p. 66): “A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto da vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.”

Para concretizar o macroprincípio da dignidade necessário pois existir a igualdade. Nosso ordenamento jurídico atual a consagra, presente, por exemplo, na nossa Carta Cidadã e no Código Civil.

Juridicamente é trazida a igualdade entre as pessoas, e principalmente entre homens e mulheres. Todavia, na prática ainda existe uma desigualdade entre homens e mulheres¹⁶.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ainda existe um grande preconceito que atinge as mulheres de forma negativa gerando distinções injustas¹⁷.

O que se busca é garantir não apenas a igualdade forma e sim a material, garantir esses dois lados da moeda é efetivar justiça, fim primordial que o direito deve sempre buscar.

Não se quer dizer que em determinadas situações as pessoas não devam ser tratadas com desigualdade, pelo contrário como já falado aqui, deve-se tratar os desiguais como desiguais na medida de sua desigualdade, só assim estará sendo igual, justo. Ao utilizar, por exemplo, ações inclusivas para mulheres estar-se-á buscando a igualdade material, dessa forma Pereira (2011).

Para garantir a igualdade o legislador, o interprete e o cidadão deve agir sem preconceitos, sempre buscando a isonomia e solução justa para todos os tipos de situação.

3.2.1.3 Vedação ao Retrocesso

A ideia da proibição ao retrocesso social traz a ideia que determinado direito que foi efetivado e concretizado, não poderá ser esvaziado ou abolido, chamado de *effet cliquet*.

Trazendo essa ideia Canotilho (2003, p. 468) afirma que:

¹⁶ Silva (1999, p.226): “O sexo sempre foi um fator discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica à do homem. A constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar direitos e obrigações de homens e mulheres.”

¹⁷ De acordo com pesquisa do IBGE: “A questão salarial é um desafio. O IBGE confirma que as mulheres têm remuneração inferior à dos homens. A população feminina ocupada concentra-se nas classes de rendimentos mais baixos: 71,3% das mulheres que trabalham recebem até 2 salários mínimos, contra 55,1% dos homens.”. Disponível: <http://www.camara.gov.br/internet/plenario/notas/ordinari/2004/3/V090304.pdf>. Acessado em 13 de novembro de 2015.

o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contrarrevolução social' ou da 'evolução reacionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo.

Tem-se que, o Estado diante de tais direitos concretizados se vê diante de duas obrigações são elas, uma positiva na qual podem apenas propiciar o desenvolvimento de tal direito já tratado, e uma obrigação negativa que o proíbe de extinguir ou diminuir tal direito¹⁸.

Para dar exemplo e relacionar tal princípio ao Direito das Famílias vemos o Princípio da Igualdade que consagrou a igualdade entre homem e mulher e a do filho havido fora do casamento, não pode o legislador abolir tais direitos, pois são constitucionais e já estão consagrados no ordenamento, assim fazendo o Estado fará o que Canotilho (2003) chama de Evolução Reacionária.

3.2.2 Princípios Especiais (peculiares ao Direito das Famílias)

Tais princípios são de âmbito especial, ou seja, peculiares ao Direito das Famílias. Vamos a eles.

3.2.2.1 Afetividade

A família se desenvolveu e continua a se desenvolver com o passar do tempo. O direito tenta acompanhar as mudanças da sociedade, a passos lentos é verdade, mas deve ter em mente que o direito é dinamicamente pleno e não estaticamente pleno, ou seja, ele acompanhará na sua velocidade (em determinados caso de forma muito lenta) as mudanças que ocorrem na sociedade.

¹⁸ Dias (2013, p. 72): "É evidente, como bem ressalta Lênio Streck, que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituente."

Foi abordado no capítulo 01 do presente trabalho as mudanças ocorridas na família no decorrer do tempo e foi falado que existiram determinados marcos históricos, como a ida da mulher ao mercado de trabalho, a revolução sexual e feminista¹⁹. Para maiores detalhes consultar o capítulo do presente trabalho.

Com tais mudanças ocorridas principalmente no século XX houve uma grande mudança na estrutura da família, surgiu a ideia de afeto como elo primordial para existir uma entidade familiar.

Imperioso mencionar, por salutar, que os novos ares do direito civil são baseados na constituição. Hoje abordamos o direito civil, maior berço da individualidade e do patrimônio, sob olhares constitucionais. Houve uma despatrimonialização no direito das famílias, ou seja, seguindo a ótica constitucional veio à tona a repersonalização do direito civil.

E qual seria a importância de tal e a relação com o princípio da afetividade?

A pergunta é respondida facilmente da seguinte forma: as amarras patrimoniais ruíram, o afeto tomou a posição principal frente à ideia tradicional do Direito das Famílias (chamado à época de Direito de Família) patriarcal, patrimonial e procriacional.²⁰ Dias (2013, p. 74) afirma que “a comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas”.

O afeto é o principal elo de surgimento de uma entidade familiar é o que impulsiona nossas relações na vida, dessa forma Stolze e Pamplona (2014).

Com maestria Lobo (2004, p. 155) sobre o tema:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procriacional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procriacional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.

Ademais, Lobo (2011) afirma que além da afetividade é necessário existir, como corolários a afetividade, a ostensibilidade e estabilidade. Dessa forma a

¹⁹ Interessante notar como a evolução dos Direitos das Mulheres está intimamente ligada as mudanças nas famílias, consequentemente no Direito das Famílias, consagrando, além de outros princípios, o macroprincípio da Dignidade da Pessoa Humana.

²⁰ Villela (1994, p.645): “a teoria e a pratica das instituições de família dependem, em ultima analise, de nossa competência em dar e receber amor.”

afetividade retira o viés econômico, a estabilidade remete a comunhão de vidas e a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar que a sociedade reconheça.

A ideia de afeto, de amor, de carinho está presente nas famílias que existem hoje, seja qual for (a família é plural), é através disso que os seus componentes alcançam a felicidade e a dignidade humana é consagrada²¹. Pioneira no tema afirma Dias (2015, p. 52) “O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes ele uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família [...]”.

3.2.2.2 Função Social da Família

De fato sempre que pensamos em algo buscamos qual é sua finalidade e na ideia de família isso não é diferente.

Qual a função da família?

Uma coisa é certa, muito da ideia tradicional de família se foi com o surgimento da Carta Cidadã. Ademais, é pela CF/88 que veio mais a tona a ideia de função social, dentre as varias (propriedade, contrato, etc.) podemos extrair a ideia de função social de família.

Afirma Gama e Guerra (2007, p. 125):

[...] devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais, o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização.

Com isso a função social de família é a busca da efetiva felicidade e realização de anseios entre todos os membros. Assevera Stolze e Pamplona (2014, p. 99):

²¹ Stolze e Pamplona (2014): “Aliás, como já dissemos antes, o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva – e encontra a sua raiz ôntica – da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula sem aniquilar suas individualidades.”

Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um.

3.2.2.3 Pluralismo das Entidades Familiares

Já foi falado no presente trabalho da evolução do que é família no decorrer do tempo. Analisando o século XX brasileiro, saímos de uma sociedade onde somente o casamento era a forma de constituir família, onde as demais relações eram tratadas como concubinatos e não eram encaixadas no âmbito da família e sim como reles direito obrigacional.

O que se chama hoje de união estável era chamado de concubinato, as uniões homoafetivas eram tratadas (e infelizmente hoje ainda é assim) de forma marginal²².

Foi a Constituição Federal de 1988 que trouxe a ideia de formas plurais de família, ou seja, toda forma (o rol que se apresenta no texto constitucional é meramente exemplificativo) deve receber proteção do Estado²³.

Um avanço importantíssimo foi o que a Suprema Corte fez com os julgamentos da ADI 4277 e ADPF 132²⁴ reconhecendo e mostrando, o que muitos ainda tentam lançar infundados dogmas religiosos e pseudomoralizantes, que a união homoafetiva é uma forma de família²⁵. Ficando claro, mais uma vez, que o rol presente na Constituição Federal é meramente exemplificativo.

²² De fato a sociedade evoluiu e muito, mas ainda existe preconceito como o que aconteceu em 14 de novembro de 2010, na Avenida Paulista, São Paulo, onde jovens foram atacados com uma lâmpada fluorescente simplesmente por serem gays.

²³ CF, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 foi uma demanda proposta em 27 de fevereiro de 2008 pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em relação a maneira discriminatória que eram tratados os servidores públicos civis do Rio de Janeiro pelo Decreto-lei n.º 220 de 18 de julho de 1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro); A Ação de Direta de Inconstitucionalidade 4277 foi uma demanda proposta em 22 de julho de 2009 pela Procuradoria-Geral da República para reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo e que direitos e deveres de companheiros do mesmo sexo que estão em união estável sejam os mesmos da união estável formada por companheiros heteroafetivos. O Julgamento das demandas ocorreu entre os dias 4 e 5 de maio de 2011, foram julgadas conjuntamente reconhecendo a união estável entre casais homoafetivos.

²⁵ Zélia Duncan, música Imorais: “Os imorais Falam de nós, Do nosso gosto, Nosso encontro, Da nossa voz. Os imorais se chocam por nós, Por nosso brilho, Nosso estilo, Nossos lençóis. Mas um dia, eu sei. A casa cai...”.

É justa toda forma de amor!

3.2.2.4 Intervenção mínima do Estado no Direito das famílias

Com o advento da ideia de constitucionalização do Direito civil e principalmente do afeto nas relações familiares, ficou claro a necessidade da mínima intervenção do estado nas relações familiares.

Mas o Estado deve proteger as famílias, isto está previsto na Constituição Federal, então como seria possível que o Estado não intervisse no direito das famílias? Como relacionar e onde alocar o Direito das Famílias? Faz parte do direito público ou privado?

Podem-se responder as perguntas da seguinte forma, o Direito das Famílias é pertence ao direito civil, logo é direito privado, envolvem interesses individuais que interessam a coletividade, mas tal fato na o retira do âmbito privado do direito. O que se propõe é uma intervenção reduzida no âmbito das famílias, protegendo-as, não reduzindo-as ou jogando determinado tipo de entidade familiar no limbo, no esquecimento e no preconceito²⁶.

Dessa forma, conforme trouxe brilhantemente Pereira (2013), podemos resumir o principio da intervenção mínima no Direito das Famílias dizendo que o Estado se comporte como protetor-provedor-assistencialista das entidades familiares.

3.2.2.5 Solidariedade Familiar

Tal princípio consagra e aprofunda, de certa forma, outros princípios, quais sejam, o da Dignidade da Pessoa Humana e Afetividade. Senão vejamos.

²⁶ É o que acontece, por exemplo, com o projeto de lei n.º 6583 de 2013 que estabelece o Estatuto de Família, lei que fortalece o preconceito e discriminação de outras formas de família deixando claro em seu texto que entidade familiar é formada por homem e mulher.

A Solidariedade nos dizeres de Stolze e Pamplona (2014, p. 95) “culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.”.

Essa relação de solidariedade é tratada de forma brilhante por Lobo (2011, p. 62):

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

3.2.2.6 Proteção ao idoso, crianças e adolescentes

Nossa Carta Cidadã traz os princípios que concedem proteção especial ao idoso, criança e adolescente, em seus artigos 226 aos 230.

Relaciona-se tal princípio ao da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar²⁷. Ao tratar sobre os idosos Stolze e Pamplona (2014, p. 96-97) diz que:

A devida referência a todos aqueles que sobreviveram às batalhas da vida e, agora, encontram menos vigor em seus corpos físicos é um imperativo de justiça e uma decorrência necessária do princípio geral da proteção à dignidade da pessoa humana, bem como, em especial, do princípio da solidariedade social.

Ao tratar sobre proteção a criança e adolescente Stolze e Pamplona (2014, p. 100) afirmam que:

Isto significa que, em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mãe devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio.

²⁷ Também se pode fazer a menção quando se trata dessa proteção do Estado o caráter existente na forma de proteção que o Estado deve fornecer, ou seja, como foi já falado o papel do Estado é protetor-provedor-assistencialista.

3.3 MONOGAMIA É UM PRINCÍPIO APLICÁVEL AO DIREITO DAS FAMÍLIAS?

Com todas as mudanças no conceito de família e conseqüentemente no Direito das Famílias, poderíamos dizer, ainda, que a monogamia seria um princípio aplicável?

Muitos fatores na sociedade e na instituição família mudaram, das quais podemos afirmar que a monogamia não faz parte do princípio dos Direitos das Famílias. Vamos a tais pontos.

Como já foi tratado no capítulo que trata a questão histórica da instituição família vemos que no atual estágio do Direito das Famílias vemos a entidade familiar baseado no afeto, saindo do cunho patrimonial, procracional e sacro (matrimonial). Como um dos pontos importantes para demonstrar que a monogamia não é tida mais como princípio, vemos que o adultério não é considerado mais crime pelo ordenamento jurídico pátrio; outro ponto é que a quebra dos deveres inerentes ao casamento não gera nenhuma consequência jurídica, por exemplo não existe mais a ideia de culpa na dissolução do vínculo matrimonial.

Ao tratar do tema Engels (2000, p. 70) nos mostra que a ideia de monogamia foi deturpada no decorrer da história e não remete a forma perfeita e acabada de família:

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre homem e mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história.

Cite-se que a própria união estável em meados do século XX no Brasil era tratada a margem do Direito e um grande defensor de tal ideia (à época) era fundamentos relacionados com o princípio da monogamia (acrescente a visão clássica do Direito Civil).

A monogamia, de acordo com os princípios já mencionados no presente capítulo, não pode ser encaixada como princípio, em primeiro lugar não está presente no texto constitucional (nem expressa nem explicitamente); segundo que

tratar a monogamia como princípio fere a dignidade da pessoa humana, afetividade, pluralidade de famílias, dentre outros princípios. Ou seja, considerar tal característica como princípio é trazer a tona o preconceito de épocas passadas.

Com a precisão de sempre Dias (2013, p. 42):

A monogamia - que é monogamia só para a mulher - não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas. Embora a uniconjugalidade disponha de valor jurídico, não passa de um sistema de regras morais.

Da mesma forma não enxerga a monogamia como princípio Stolze e Pamplona (2014, p. 85):

Nessa linha, por coerência lógica, preferimos simplesmente encarar a monogamia como uma nota característica do nosso sistema, e não como um princípio, porquanto, dada a forte carga normativa desse último conceito, é preferível evitá-lo, mormente em se considerando as peculiaridades culturais de cada sociedade.

De forma mais amena existem doutrinadores que afirmam ser princípio específico aplicado apenas ao matrimônio, todavia vem sofrendo atenuações dessa forma Lobo (2011).

Entrementes, grande parte da doutrina e jurisprudência²⁸ considera a monogamia como princípio aplicável ao direito das famílias. Nessa linha de raciocínio um dos mais renomados juristas contemporâneos, Pereira (2012, p. 127):

O princípio da monogamia, embora funcione também como 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 princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das

²⁸ A jurisprudência ainda se posiciona considerando a monogamia princípio do direito das famílias: Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. O dever de lealdade implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural (Velo, Zeno citado por Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010). Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade que integra o conceito de lealdade para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. (STJ. REsp 1157273/RN, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 18.05.2010, DJ 07.06.2010.)

relações jurídicas de família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados adotam a monogamia.

Mas afinal, considerar a monogamia e consagrar o preconceito e deixar de visualizar outras formas de família, o que é contrario a vários princípios já citados aqui, ou seja, é contrario a própria justiça, deixa-se de fazê-la. O próprio Pereira (2012, p.129) embora afirme ser a monogamia princípio, também afirma o seguinte ao tratar do “concubinato adulterino” (termo marcado pelo preconceito, mais ainda utilizado):

Isto significa colocar em pratica o que disse antes, ou seja, que o direito deve proteger a essência e não a forma, ainda que isto custe “arranhar” o principio da monogamia. Se o fim dos princípios jurídicos é ajudar a atingir um bem maior, ou seja, a justiça, este paradoxo do concubinato adulterino deve ser resolvido, então, em cada julgamento, e cada julgador aplicando outros princípios e a subjetividade que cada caso pode conter é quem deverá aplicar a justiça dentro do seu poder de discricionariedade.

Diante do exposto, considerar a monogamia princípio é consagrar a injustiça para outras formas de família, por exemplo. A monogamia, que como disse Dias (2015), é só para mulher não pode ser considerada em detrimento da Dignidade da Pessoa Humana, Pluralidade das Famílias, Mínima Intervenção Estatal, dentre outros princípios do Direito das Famílias. A monogamia não pode ser considerada frente à Justiça!

4 MORAL, ÉTICA E DIREITO

4.1 DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Ao falar das entidades familiares e conseqüentemente do direito das famílias, impossível não nos remetermos a questão da moral, ética e direito. Afinal, as relações familiares por muito tempo foram marcadas pelo moralismo exacerbado, fruto das relações conservadoras, patriarcais e sacras.

Como traz Pereira (2012, p. 88) “Em nome da moral e dos bons costumes, podemos dizer que a história do Direito de Família é também uma história de exclusões e em nome dessa moral muita injustiça já se fez.”.

Não é possível, nem faz parte do objetivo do presente trabalho, esgotar as ideias de ética e moral que perpassam o tempo e traz uma grande complexidade de vários séculos através de ideias de vários filósofos. Todavia, alguns apontamentos são necessários para tentar nortear a relação de tais pontos com o moderno Direito das Famílias.

4.2 MORAL, ÉTICA E DIREITO: SUAS DISTINÇÕES

Apesar de muito próximos tais conceitos é necessário a diferenciação, todavia como traz o grande jurista Reale (2014) é preciso diferenciar tais conceitos, sem, contudo, separá-los ao extremo.

A moral nos remete ao ideal de conduta espontânea trazida no espírito do indivíduo. Havendo coação para determinada situação não podemos ligá-la à moral.

Ao tratar do tema Reale (2014, p. 44):

O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma. Não é possível conceber-se ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência.

Observando tais pontos existem diferentes correntes que relacionam moral e direito. Existe a “teoria do mínimo ético” que diz que o direito está inserido na moral, podendo ser representada por dois círculos concêntricos; outra teoria entre direito e moral diz que existem questões que são morais e outras que são jurídicas e situações que são morais e jurídicas, podendo ser representadas por dois círculos secantes, dessa forma Reale (2014).

Em síntese, pode-se dizer que a moral atua no foro íntimo e não há coação externa na sua obrigatoriedade. É uma consciência individual

Tratando da ética através da concepção trazida por Reale (2013) a encaixamos e a classificamos como uma teoria da ação (seja ela boa ou má). Dessa forma, não é um fim em si mesmo e sim um meio para se chegar a algo. De acordo com Pereira (2012, p. 99):

Enquanto a ação jurídica é aquela de acordo com o direito, a ação moral é aquela conforme determinada moral, e a ação ética, nessa concepção aristotélica-realeana, é aquela que visa, por convicção moral interior, realizar deveres admitidos interiormente. Para que haja ação ética, portanto, é preciso que haja um dever moralmente reconhecido pelo agente e que a ação seja um meio para cumprir esse dever; pode até mesmo ser um dever que coincida com deveres morais, jurídicos, cívicos, etc., mas o que também o torna um dever ético – um bem ético – é o seu reconhecimento interior pelo agente.

Embora muito parecidas, ética e moral se distinguem de uma forma bem sutil. Sabendo que ambas as relações são orientadas por valores subjetivos, sua diferença consiste no ponto que a ética passa por um tratamento racional das questões morais. Pereira (2012, p.100-102, grifo nosso):

Em relação à moral ou à ética, é necessário que haja o juízo individual do próprio agente. Ou seja, há juízo moral quando, ao menos, o próprio agente concebe correção ou incorreção às suas ações e os seus fins; e há juízo ético quando esse **juízo moral é empreendido segundo critérios racionais**, também acessíveis ao próprio agente.

[...]

Tanto a conduta ética quanto a moral são guiadas por valores individuais ou subjetivos, sendo que a conduta ética é guiada necessariamente por uma **avaliação racional** das questões morais. Embora parece ser apenas um detalhe, temos aí uma diferença gigantesca, que fica evidente quando chega o momento de decidir qual das duas orientações – a moral ou a ética – é a melhor para guiar ações.

O direito possui determinadas características que o diferencia dos demais. Vamos a elas.

Adotando a concepção de Reale (2014) o direito é dotado de coercibilidade, ou seja, relação do direito com a possibilidade utilização da força (diferente da moral onde tal coerção é incompatível); o direito é heterônomo, ou seja, ele é posto por terceiros (legislador, juiz, costumes, etc.) que pode condizer ou não com a concepção interna da pessoa (a moral é autônoma); o direito é bilateral e atributivo, ou seja, é uma relação entre sujeitos onde eles ficam autorizados a exigir algo (dar, fazer ou não fazer).

4.3 APLICAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Como já falado no presente capítulo Pereira (2012, p. 88) “Em nome da moral e dos bons costumes, podemos dizer que a história do Direito de Família é também uma história de exclusões e em nome dessa moral muita injustiça já se fez”.

Foi pela moral atrelada ao mundo jurídico que muito preconceito foi esculpido. Até hoje muitas questões ligadas ao direito das famílias são tratadas pelo preconceito galgado em um patético e inescrupuloso moralismo. É dessa forma que Pereira (2012) trata dizendo ser a ética inclusiva e a moral excludente, em virtude do que já foi falado, a ética pode ter conteúdos morais, mas passa pelo crivo racional.

Continua Pereira (2012, p. 109):

O que propormos e pretendemos aqui, em síntese, é tratar a questão da justiça, sem uma abordagem moralista. Não basta, para tanto, propor uma abordagem ética no lugar de uma abordagem moralista. É preciso que nos fixemos numa ética em que nada se permita confundir com uma moral subjetiva. É preciso separar radicalmente ética e moral, privilegiando a ética, que é uma forma de conhecimento, em detrimento da moral, que é o campo do relativismo e subjetivismo.

É necessário buscar o ideal de justiça, um ideal sem o moralismo preconceituoso de épocas passadas. Esse moralismo, por exemplo, tratou, por muito tempo, a mulher como coisa, não reconhecia uma união estável e tratava diferentemente filhos havidos fora do casamento.

Pode-se tentar cogitar que a justiça é algo relativo e com diversas faces, o que na verdade não é!

Uma fórmula simples para seguir o ideal de justiça principalmente nesse âmbito ligado ao direito das famílias é observar os casos concretos sob o prisma da dignidade da pessoa humana e demais princípios corolários aplicáveis. Justiça é tratar as pessoas como pessoas, com dignidade.

5 DAS FAMÍLIAS PLURAIS: QUESTÕES CONCEITUAIS E CLASSIFICATÓRIAS

5.1 DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Núcleo familiar, conforme já demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, é uma unidade de amor e afeto, na qual se traduz, atualmente, de uma forma plural, ou seja, resta afastada a ideia apenas de família matrimonializada.

Múltiplas são as entidades familiares e tais não podem ser esquecidas e deixadas à margem do Direito, deixando de conceder Direitos apenas pelas concepções morais de tempos passados. Em decorrência da evolução histórica e social dos arranjos familiares a visão plural de família surge com sustentação em dois pilares, quais sejam, Dignidade da Pessoa Humana e Afeto. Ganham status constitucional com o advento da Carta Cidadã de 1988 a união estável e a família monoparental, além de outros arranjos com fulcro no Princípio da Pluralidade das Famílias.

Deve-se lembrar que o preceito trazido pelo artigo 226 nos parágrafos terceiro e segundo não é taxativo e sim meramente exemplificativo. Coaduna com tal pensamento a evolução da jurisprudência pátria podendo ser citado como exemplo o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF nos julgados da ADI 4277 e ADPF 132, bem como no STF Recurso Especial n.º 1.183.378.

5.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DA FAMÍLIA: PROJETO DE LEI DE N.º 6583 DE 2013

Imperioso trazer a grande crítica que se faz sobre o Estatuto da Família. Afinal tal Projeto de Lei é de fato inconstitucional? Vejamos.

No ano de 2013 foi apresentado pelo Deputado Anderson Ferreira do Partido da República o Estatuto de Família que dispõe sobre família e traz outras providências²⁹.

Em seu art. 2º o Projeto de Lei estabelece que:

Art. 2º - Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes

Tal estatuto só remete a entidade familiar como sendo formada pela união entre homem e mulher por meio de casamento ou união estável e a família monoparental. Tal projeto, sabe-se lá como, passou por uma comissão especial da Câmara Federal que atesta sua constitucionalidade.

Na justificativa para o projeto o Deputado afirma:

São diversas essas questões. Desde a grave epidemia das drogas, que dilacera os laços e a harmonia do ambiente familiar, à violência doméstica, à gravidez na adolescência, até mesmo à desconstrução do conceito de família, aspecto que aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo.

A questão merece aprofundamento e, na minha opinião, disciplinamento legal. O Estado adores têm tarefa central nessa discussão.

A família vem sofrendo com as rápidas mudanças ocorridas em sociedade, cabendo ao Poder Público enfrentar essa realidade, diante dos novos desafios vivenciados pelas famílias brasileiras.

[...]

O estatuto aborda questões centrais que envolvem a família.

Primeiro propugna duas ideias: o fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher, ao estabelecer o conceito de entidade familiar; a proteção e a preservação da unidade familiar, ao estimular a adoção de políticas de assistência que levem às residências e às unidades de saúde públicas profissionais capacitados à orientação das famílias [...]

Diante disso, pode-se mostrar a total falta de noções básicas acerca do que é família e o total preconceito deixando outras formas de família desamparada por tal Projeto de Lei.

Como já mostrado o STF através da ADI 4277 e ADPF 132 que possuem caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, trazem e reconhecem o que sempre

²⁹ Estatuto da Família. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

existiu, a união homoafetiva como entidade familiar. Ademais, o REsp. 1.183.378-RS, nos diz de forma brilhante a ideia de família plural galgada no direito civil constitucional.

Lobo (2011, p. 84) trazendo de forma brilhante a correta interpretação da ideia de entidades familiares constitucionais:

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

Diante disso tal projeto de lei denominado estatuto da família fere de morte a Constituição Federal e padece de inconstitucionalidade, podendo, inclusive, ser realizado o controle de constitucionalidade preventivo.

5.3 DAS VÁRIAS FORMAS DE FAMÍLIAS: CLASSIFICAÇÕES

5.3.1 Matrimonial

Começando pela família matrimonializada não se quer dizer que esta seja a forma perfeita e acabada de família, mas apenas mais uma forma como qualquer outra forma de família que aqui serão expostas, sem nenhuma ser mais importante que a outra, todavia todas devem ter o mesmo grau de importância e proteção.

A forma matrimonializada é voltada para a questão religiosa voltada para procriação e de cunho fortemente sacro.

Por muito tempo se teve a ideia que o que Deus une nada pode separar e essa foi considerada a forma perfeita e acabada de família, galgada nas concepções religiosas³⁰.

Como já abordado no primeiro capítulo do presente trabalho tal ideia de família foi trazida pelo direito canônico que recai a concepção (errada) que a família surgiu pronta e acabada nos moldes propostos pela Igreja.

Segundo Dias (2013, p. 44) abordando sobre tal forma de família trazida pela Igreja Católica:

A igreja católica consagrou a união entre um homem e mulher como sacramento indissolúvel: *até que a morte os separe*. A máxima *crescei e multiplicai-vos* atribuiu à família a função reprodutiva com o fim de povoar o mundo de cristãos. [...] Para o cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e mulher, em face do interesse na procriação. Alias, outro não é o motivo para vedar, de modo irresponsável o uso de contraceptivos. Essa conservadora cultura, de larga influencia no Estado acabou levando o legislador, no inicio do século passado, a reconhecer juridicidade apenas à união matrimonial.

Devido a influência da religião no âmbito estatal durante muito tempo o casamento foi a única forma reconhecida de família. Afirma Chaves e Rosenvald (2015, p. 141) “Durante a vigência da codificação de Beviláqua, o casamento assumiu preponderante papel de forma instituidora de família legítima, que gozava de privilégios distintos. Fora do casamento a família era ilegítima, espúria [...]”.

A família trazida no Código Civil de 1916 era patriarcal, patrimonial e matrimonial. O casamento era indissolúvel. O Casamento passou a ser visto distinto da religião, pois existia a distinção entre Estado e Igreja, todavia as concepções religiosas presentes no casamento religioso permaneceram, ou seja, só ganha-se nessa forma de “direito civil laico” o selo oficial do casamento dado pelo Estado, mas o preconceito e concepções em si se mantém.

Foi com a Carta Cidadã de 1988 que houve uma verdadeira transformação, uma verdadeira quebra de paradigma.

³⁰ Até hoje muitas pessoas tem tal ideia que a única forma de constituir família seja pelo casamento, o que mais amedronta tal afirmação é que uma parte dessas pessoas que pensa dessa forma estão sentadas nas cadeiras do legislativo criando leis preconceituosas e excluindo varias outras formas de família.

Com o advento da *Lex Mater* novas formas de família surgiram além do casamento que necessitam das mesmas proteções e são famílias da mesma forma que a família que advém do casamento, a família matrimonializada.

Todavia, com a maestria de sempre abordando sobre o casamento e, de certa forma, a ligação com o princípio intervenção estatal mínima nas relações familiares e chamando o casamento de verdadeiro contrato de adesão Dias (2013, p. 45):

Apesar das mudanças, são enormes as exigências à celebração do casamento, de pouco ou quase nada valendo a vontade dos nupcias. Clausulas, condições, regras e até algumas posturas são prévias e unilateralmente estabelecidas por lei. Os direitos e deveres são impostos para vigorarem durante sua vigência e até depois do casamento, pelo divórcio e até pela morte. Até se poderia chamar o casamento de verdadeiro contrato de adesão. O alcance da expressão “sim” significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece, de forma rígida, como deveres dos cônjuges.

5.3.2 Informal (advinda da união estável)

Trazendo as divisões das varias formas de família que retrata Dias (2013) chega-se na família informal que no atual direito civil constitucional não se pode mais nem tratar como tal de informal devido a proteção constitucional a todas formas de família, dentre elas está expressamente a união estável.

A família informal era aquele que simplesmente não advinha do casamento, ou seja, não passava pelo crivo, pelo selo de oficialidade do Estado.

Como já abordado o Código Civil de 1916 só tratava e trazia proteção para a família matrimonializada. A família advinda da união estável foi ganhando proteção ao passar dos anos. Dessa forma saiu de uma realidade onde não existia nenhuma proteção e não era reconhecida para uma família que merece proteção (como qualquer outra), onde expressamente na Constituição da República vem disposto.

A família informal durante vários anos foi negada sua existência devido ao privilegio do casamento, não querendo no presente capítulo esgotar o tema que será abordado em capítulo próprio necessário apenas alguns pontos sobre tal instituto, da sua evolução de negação para disposição constitucional de proteção.

Para se ter uma ideia do preconceito eram chamados de relação concubinária, todavia tal termo pejorativo era, de certa forma, aplicado somente a mulher que sempre sofreu toda a carga valorativa negativa de tal relação, fixada a expressão “a concubina”.

De acordo com a abordagem histórica dos nobres Stolze e Pamplona (2014) O código de 1916 tentava repelir tal repelir tal forma de família; a primeira forma de proteção adveio no âmbito previdenciário com a lei 4297 de 1963 que o que se chamava de concubinato (união estável – família informal) passou a ter alguns efeitos jurídicos; posteriormente, adveio a aceitação do fato social que era inerente e amplamente visível, todavia a repercussão de tal fato social surgiu com a jurisprudência e não com a lei³¹; foi com o advento da CF que toda essa celeuma e preconceito ruim, foi através dela que surge a expressão união estável e trata tal como forma de família. Para melhores apontamentos remete-se o leitor ao capítulo 5 do presente trabalho.

Necessário trazer a crítica de Dias (2013, p. 46):

A legislação infraconstitucional que veio regular essa nova espécie de família acabou praticamente copiando o modelo oficial de casamento. O Código Civil impõe requisitos para o reconhecimento da união estável, geral deveres e cria direito direitos aos conviventes. Assegura alimentos, estabelece o regime de bens e garante ao sobrevivente direitos sucessórios. Aqui também pouco resta à vontade do par, sendo possível afirma que a união estável transformou-se em um casamento por usucapião, ou seja, o decurso de tempo confere o estado de casados.

Por fim Chaves e Rosenvald (2015, p. 428):

Por isso, a união estável assume especial papel na sociedade contemporânea, pois possibilita compreender o caráter instrumental da família, permitindo que se efetive o ideal constitucional de que a família (seja ela for, casamentária ou não) tenha especial proteção do Estado.

5.3.3 Monoparental

³¹ Súmula 380 STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Com a Constituição Federal de 1988 tal forma de família tal comum nos dias de hoje se tornou evidente, ou seja, aquela família que é formado por qualquer um dos pais e os filhos, prevista no artigo 226, no parágrafo 4º, da CF.

Lobo (2011, p. 89-90):

A tutela constitucional faz sentido, dado o expressivo número dessas entidades na realidade brasileira atual, em razão de diversos fatores. Em 2008, um terço das famílias era chefiado por mulheres. A PNAD/IBGE dos anos anteriores indicam certa estabilidade nessa proporção, ainda que se leve em conta a constante flutuação, decorrente da extinção dessas entidades, quando a mãe ou o pai que a chefia casa-se ou constitui união estável com outra pessoa.

Criticando a omissão legislativa acerca das famílias monoparentais Dias (2013, p. 54) diz que “De forma injustificável, o legislador omitiu-se em regular seus direitos, que acabaram aliados do Código Civil, apesar de esta ser a realidade de um terço das famílias brasileiras.”.

5.3.4 Homoafetiva

A família formada por casais do mesmo sexo sempre existiu e sempre vai continuar existindo, embora existam aqueles que pensam ser donos da moral e dos bons costumes que tentam negar tal entidade familiar.

Bem verdade que a Constituição Federal trouxe que a união é formada por homens e mulheres, todavia essa mesma constituição é baseada em princípios basilares como a dignidade da pessoa humana, onde não se pode “fingir” que uma forma de família não existe, simplesmente por preconceito, da mesma forma Dias (2013).

Pergunta-se qual a diferença entre uma família formada por um casal heteroafetivo e por um casal homoafetivo? Nenhuma!

Mais uma vez a resposta não veio do legislativo que ao tratar de tal ponto em grande parte é retrogrado e preconceituoso, veio nas jurisprudências dos Tribunais. E foi por dois julgados que muito se modificou, quais sejam, ADI 4277 e ADPF 132.

Dessa forma a família homoafetiva sempre existiu e sempre existirá, sendo necessário o Estado garantir todos os meios para sua proteção e efetivação sempre em busca da felicidade com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Caso o casal queira casar que assim seja feito, caso queiram constituir união estável

que assim seja. Repete-se a pergunta, qual a diferença entre a união entre pessoas homoafetivas e heteroafetivas? Nenhuma!

5.3.5 Paralela ou poliafetiva

Aqui nos remetemos a ideia que muitos trazem do termo pejorativo que se chama concubinato. Tal forma de família é a possibilidade de existir uniões estáveis concomitantes ou um casamento e uma união estável ao mesmo.

Sabe-se que as formas de famílias são plurais e a Constituição Federal traz um rol exemplificativo. Da mesma forma, conforme exposto no capítulo acerca dos princípios aplicáveis ao direito das famílias, foi mostrado que a monogamia não constitui princípio inerente ao direito das famílias.

Ademais, não trazer tal família para o âmbito da justiça é continuar deixando as margens varias formas de família existentes no Brasil, por simples preconceito. Basta lembrar a afirmação de Pereira (2012, p. 88) “Em nome da moral e dos bons costumes, podemos dizer que a historia do Direito de Família é também uma história de exclusões e em nome dessa moral muita injustiça já se fez”.

Não se pretende aqui esgotar o tema, mas apenas afirmar que tal forma de família existe e é válida.

Stolze e Pamplona (2014, p. 464):

Por mais que este não seja o padrão comportamental da nossa vida afetiva, trata-se de uma realidade existente, que já é objeto de reflexão da doutrina especializada e que culmina por mitigar, pela atuação da vontade dos próprios atores da vida, o dever de fidelidade, pelo menos na concepção tradicional que a identifica com a exclusividade.

A jurisprudência em sua maioria nega observar tal realidade e tais relações são alocadas no âmbito obrigacional totalmente do âmbito do direito das famílias.

Ainda, embora exista uma evolução jurisprudencial acerca do tema (de não reconhecimento até a famigerada dissolução da sociedade de fato) tal não é suficiente. Repita-se, alocar tais questões no âmbito do direito obrigacional é nefasto.

Pode-se encaixar tais relações como poliamor ou poliafeto, se as relações no âmbito da família atualmente é balizada pelo afeto, qual o motivo de se amar mais de uma pessoa? Será que isso não existe?

A realidade há muito tempo vem batendo na porta, mas na maioria das vezes demora para o fato social ser visto como um verdadeiro Direito, ou seja, para que seja visto como justiça.

Dois casos emblemáticos que ganharam repercussão no quesito família paralela ou poliafetiva foram o acontecido em Tupã/SP em 13 de fevereiro de 2012 onde foi feita uma escritura publica declaratória de união poliafetiva entre um homem e duas mulheres, tal escritura foi considerada nula. Mais recentemente na cidade do Rio de Janeiro no ano de 2015, no 15º ofício de notas foi lavrada uma escritura declaratória de união estável entre três mulheres³².

Com o pioneirismo de sempre Dias (2013, p. 54):

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união. Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório.

Dias (2013) diferencia a família paralela e a homoafetiva, todavia tal distinção inexistente, pois a relação paralela passa por uma ideia de poliafetividade, ou seja, determinada pessoa em união estável com mais de uma ou um casamento e uma união estável ao mesmo tempo baseadas no afeto. Tem-se que reconhecer que em ambos os casos está presente a questão da família paralela e ao mesmo tempo o caractere clássico do que é família atualmente, qual seja, o afeto, que no presente caso pode ser chamado de poliafeto.

5.3.6 Parental ou Anaparental

³² Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>. Acesso em 13 de novembro de 2015.

No disciplinamento das varias entidades familiares a Constituição Federal não tratou de todas formas de família expressamente, todavia existe a ideia de formas plurais de família, ou seja, toda forma de família (o rol que se apresenta no texto constitucional é meramente exemplificativo) deve receber proteção do Estado.

Com isso, família anaparental segundo Dias (2013, p. 55) é “a convivência entre parente ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito [...]”.

5.3.7 (Re)composta ou mosaico

Atualmente no Brasil muito se divorciam ou se separam, ou seja, saem de um relacionamento e posteriormente buscando a felicidade entram em outro relacionamento e, muitas vezes, ambas pessoas já tem filhos onde todos acabam se relacionando e forma uma nova família. Segundo Dias (2013, p. 56) “os meus, os teus, os nossos.”.

Tratando do tema Lôbo (2011, p. 96):

A criança passa a conviver com o novo marido ou companheiro da mãe — ou nova mulher ou companheira do pai —, que exerce as funções cotidianas típicas do pai ou da mãe que se separou para viver só ou constituir nova família recomposta. Essa convivência envolve, às vezes, relações transversais entre filhos oriundos dos relacionamentos anteriores de cada pai e os comuns, dentro do mesmo ambiente familiar, o que provoca incertezas acerca dos possíveis direitos e deveres emergentes, pois é inevitável que o padrasto ou a madrasta assuma de fato as funções inerentes da paternidade ou maternidade.

5.3.8 Natural, ampliada e substituta

De acordo com Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 25 famílias natural é “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

De acordo com Dias (2013, p. 57) família natural “está ligada à ideia de família biológica, na sua expressão nuclear”.

No ano de 2009 pela lei 12010 foi incluído parágrafo único no artigo 25 do Estatuto da criança e adolescente e trouxe o conceito de família ampliada ou extensa dizendo que é “aquela aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

O conceito de família substituta também é encontrado também no Estatuto da Criança e do Adolescente, todavia trata de medida totalmente excepcional antes de se ter esta medida mais drástica. Dessa forma, caso a família natural ou ampliada não consiga promover a proteção integral que é a doutrina utilizada atualmente deve-se inserir a criança ou adolescente (sempre visando sua máxima proteção) em uma família substituta, de acordo com o artigo 19 do ECA.

6 DA UNIÃO ESTÁVEL

6.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Conforme visto no capítulo anterior a união estável é uma entidade familiar que ganhou status constitucional com a promulgação da Carta Cidadã de 1988. Durante um longo período a união estável foi tratada com exacerbado preconceito e foi chamada durante muito tempo de concubinato e trazia consigo uma ideia de infidelidade, de acordo Pereira (2012).

Diante da equiparação constitucional das várias formas de família precisas são as palavras de Chaves e Rosenvald (2015, p. 427-428):

Com efeito, o Texto Magno atribuiu especial proteção do Estado à família (inclusive não fundada no matrimônio), deixando antever o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. É que partindo de uma concepção instrumentalista da família, é possível afirmar que a tutela jurídica dedicada à família não se justifica em si mesma. Isto é, não se protege a família por si mesma, mas para que, através dela, sejam tuteladas as pessoas que a compõem. Assim sendo, seja qual for o núcleo familiar, merecerá especial proteção do Estado para que através dele esteja garantida a dignidade dos seus membros.

[...]

O que se deve proclamar é a especial proteção da vida em comum, através de uniões sem formalidade, com o propósito de proteger qualquer modo de constituição de família, independentemente de sua origem. Até porque, lembre-se à saciedade, a concepção familiar é instrumental, não se justificando protegê-la por si mesma, senão em função dos seus componentes, deixando perceber que os companheiros merecem a mesma proteção conferida às pessoas casadas.

No presente capítulo será abordado um breve contexto histórico específico sobre a união estável, seus requisitos e o modelo constitucional de se visualizar tal entidade familiar atualmente sem amarras morais e fundamentalismo religioso e sim com fulcro nos princípios constitucionais, que consiste em um trabalho árduo e surge depois de muita injustiça que foi feita durante vários anos frente à entidade familiar que hoje conhecemos como união estável.

6.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O que hoje conhecemos como união estável passou por muitas nomenclaturas como união de fato, união livre e concubinato. Por muito tal forma de família se viu jogado no preconceito em virtude da ideia advinda da igreja católica que somente pelo casamento era possível existir uma família, não existia família fora do casamento.

Todavia, conforme falado no primeiro capítulo a ideia de família matrimonializada surge como unidade perfeita e acabada da família e se tem a ideia que apenas esta família existiu em todo o mundo. É da ideia de família trazida pelo direito canônico que recai a concepção (errada) que a família surgiu pronta e acabada nos moldes propostos pela Igreja. É assim que nos é ensinado durante toda a vida.

As uniões paralelas sempre existiram e continuarão existindo³³. Existiu em Roma e na Grécia, por exemplo Sócrates e Péricles tiveram concubinas, dessa forma Chaves e Rosenvald (2015).

O que conhecemos hoje foi perseguido pela igreja católica Lobo (2011, p. 169):

Apesar de combatida pela Igreja Católica, penetrou na legislação civil, como nas Ordenações Filipinas, que admitiam direitos em favor da mulher, quando a ligação fosse prolongada. Porém, essas situações não eram qualificadas como matéria de direito de família.

Foi na França que se tem os primeiros relatos do partilhamento entre de uma relação paralela ao casamento. Pereira (2012, p.141-142): “No final do século XIX, na França, foi reivindicado e concedido pela primeira vez direito ao partilhamento de bens adquiridos na constância de uma relação paralela ao casamento”.

O Código Civil de 1916 previa como única forma de família o casamento e este era indissolúvel, ou seja, mesmo com a ideia de ordenamento laico a igreja católica influenciou e muito os institutos do Direito das Famílias. Vejamos um dos

³³ Na bíblia no velho testamento existem relatos de união paralela entre Abraão e Agar (Gen. 16, 1-3): “Ora Sarai, mulher de Abrão, não lhe dava filhos, e ele tinha uma serva egípcia, cujo nome era Agar. E disse Sarai a Abrão: Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz; toma, pois, a minha serva; porventura terei filhos dela. E ouviu Abrão a voz de Sarai. Assim tomou Sarai, mulher de Abrão, a Agar egípcia, sua serva, e deu-a por mulher a Abrão seu marido, ao fim de dez anos que Abrão habitara na terra de Canaã.”

mais renomados civilistas abordando o tema da união estável, Miranda (1956, p. 211):

O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir socialmente o concubinato. Assim, serve ele de base à reivindicação dos bens comuns doados ou transferidos pelo marido à concubina (CC de 1916, arts. 248 e 1.177); à ação de investigação de paternidade, nos casos do art. 363, I, etc. A legislação social o vê.

Para se ter uma ideia de como era tratada a união estável na metade do século passado vamos a um julgado:

A ordem jurídica ignora avisadamente, a existência do concubinato, da união livre; não lhe atribui consequências (no caso, no âmbito do Direito de Família). São situações que não tem relevância jurídica, mas isto não impediria que se pagassem, que se entendessem devidos à concubina honorários pela prestação de serviços (STF, Ac. 2ª T., RE 7.182/47, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. 24/01/1947)

Durante muito tempo a igreja católica influenciou o direito civil, pois apenas em 1977 surgia a lei do divórcio, durante muitas décadas as pessoas não conseguiam se divorciar e em busca da felicidade, pelo fato do ser humano ser tendente a contrair uniões muitas surgiram que são as uniões estáveis que não eram nada para o direito por muito tempo, dessa forma Lobo (2011).

Stolze e Pamplona (2014) dizem que a união estável saiu de um estado de rejeição total para ganhar com a Carta de 1988 um status constitucional e para isso muito aconteceu.

O Código Civil de 1916 repelia a família sem ser o casamento, dessa forma a união estável era vista como proibida e repelida socialmente³⁴.

De acordo com Stolze e Pamplona (2014) as mudanças não surgiram da legislação civil nem da constitucional, mas sim no âmbito previdenciário com o Decreto 2.681 de 1912, a Lei 4.297 de 1963 e súmula 35 do Supremo Tribunal Federal de 1963³⁵.

³⁴ Alguns dispositivos do Código de 1916 que demonstram tal repressão:

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): VII. O cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado; Art. 1.719. Não podem também se nomeados herdeiros, nem legatários: III. A concubina do testador casado.

³⁵ Lei 4.297 - Art. 3º Se falecer o ex-combatente segurado de Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, aposentado ou não, será concedida, ao conjunto de seus dependentes, pensão

Embora existiram algumas normas regulando e protegendo o que se chamava de concubinato não quer dizer que começava a existir proteção ao instituto, o preconceito à época continuava e a união estável era algo “impuro”.

O maior avanço na seara protetiva da união estável se deu no âmbito jurisprudencial e não no âmbito legislativo.

Foi na década de 1960 devido muitas pessoas estarem em situações consideradas concubinato em virtude principalmente da indissolubilidade do casamento (o divórcio só veio existir em 1977) muitos procuraram se socorrer no judiciário, surge então duas sumulas que foram uma mudança total e um grande avanço para época no que tange as uniões são as sumulas 380 e 382 do STF que envolvem partilha e que trazem a tona, com fulcro na ideia do enriquecimento sem causa, a chamada sociedade de fato. Com tais sumulas o patrimônio comum passou a ser dividido.

Ademais, em virtude de não ser enquadrado no âmbito do Direito das Famílias e sim no âmbito do Direito Obrigacional não era devido alimentos em virtude disso, como uma solução, inspirada em doutrina alienígena, tem-se a indenização por serviços domésticos (e sexuais) prestados³⁶.

Mostrando que a evolução foi grande com a jurisprudência Stolze e Pamplona (2014, p. 418):

É claro que esta ainda não era uma forma perfeita – até mesmo porque quem decide conviver com alguém o faz por afeto pelo outro, não por *affectio societatis* -, mas se mostrou bastante conveniente para a solução de diversas situações fáticas submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

É daqui que se chega aos conceitos de concubinato puro e impuro (adulterino). De acordo com Chaves e Rosenvald (2015, p. 436):

mensal, reversível, de valor total igual a 70% (setenta por cento) do salário integral realmente percebido pelo segurado e na seguinte ordem de preferência: d) à companheira, desde que com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a 5 anos e até a data de seu óbito.

Súmula 35 STF - Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

³⁶ Vejam o Julgado da Corte Suprema no ano de 1976, conforme STF, Ac. 2ª T., RE 84969/RJ, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j.29/10/1976).

Não sendo preciso ir muito longe nos anos para ver o instituto da indenização por serviços prestados em vigor, para se ter uma ideia veja o julgado do TJSC de 2009 na AC: 900777 SC 1988.090077-7, Relator: Gaspar Rubik, Data de Julgamento: 04/05/2009, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de São José)

Naquele desenho, a doutrina se encarregou de diferenciar o concubinato em duas categorias: (i) o concubinato puro (composto por pessoas que poderiam casar, mas preferiam não fazê-lo); (ii) o concubinato impuro (formado por pessoas que não poderiam casar, como, por exemplo, as pessoas casadas, caracterizando o típico e conhecido exemplo das “amantes”. Era o concubinato adulterino ou incestuoso.

É com a Constituição Federal de 1988 que o concubinato se tornou união estável e com aspecto constitucional. Foi a partir daqui que as varias formas de família ganharam proteção, assim mostrava o que acontecia na realidade, ou seja, não apenas o casamento é uma forma de família e deve ser tratada no âmbito do Direito das Famílias.

Posteriormente as leis regulamentando a união estável foram criadas, quais sejam, Lei 8.971 de 1994 e a Lei 9.278 de 1996, tentaram segundo Lobo (2011, p. 171) “estabelecer um estatuto mínimo da união estável”. Segundo Chaves e Rosenvald (2015, p. 437):

Na sequencia do Texto Constitucional, foi editada a Lei nº 8971/94, que veio a disciplinar o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, impondo como requisitos para a configuração da união estável que os companheiros fossem solteiros, divorciados ou viúvos e que houvesse uma convivência mínima de cinco anos ou a existência de prole.

Já em 1996, a Lei 9.278/96, também visando regular a união estável, mas não ab-rogando a lei anterior, extirpou os requisitos acima mencionados, passando a considerar a união estável como a entidade familiar de convivência duradoura, pública e continua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O surgimento do Código Civil de 2002 revogou as leis que tratavam da união estável e delimitou o tema da união estável dos artigos 1.723 a 1.727. Todavia, é passível de criticas como, por exemplo, sua localização sistemática no Código Civil se encontra após o titulo das questões patrimoniais, ou seja, alocadas de maneira atécnica. Lobo (2011, p. 171) diz que “Melhor seria que as matérias contidas nos arts. 1.723 a 1.727 fossem distribuídas, de acordo com sua natureza, entre os direitos pessoais e os patrimoniais, como se fez com o casamento”.

Ademais as questões que envolvem concubinato não desapareceram e o preconceito ainda hoje permanece sendo que tais relações continuam a serem tratadas no âmbito do Direito Obrigacional. O próprio Código Civil (BRASIL, 2002,

[s.p.]) expressamente em seu artigo 1.727 traz que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Dessa forma vemos que ainda persiste no nosso ordenamento jurídico o chamado concubinato que se fizermos uma análise até mesmo superficial nada mais que o antigo concubinato que durante muito tempo sofreu preconceito, o dito concubinato adulterino. O que se pode pensar é notar é que o preconceito de muito de séculos passados permanece em pleno século XXI pelo motivo de muitos ainda verem tais relacionamentos como imorais e por isso devem ser alocado fora do âmbito do Direito das Famílias³⁷. Pereira (2012, p. 143-144):

O concubinato adulterino, ou simplesmente concubinato, como estabelece o art. 1.727 do CC, é aquela relação que originou uma família, fazendo com que existam duas famílias ao mesmo tempo, seja paralela ao casamento ou a união estável. O elemento definidor aí é a simultaneidade das relações de família, que fere a monogamia, um dos princípios norteadores do Direito de Família.

6.3 DOS REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Traçado um panorama histórico da evolução histórico e legislativa da união estável necessário agora delimitar o que se entende (ainda da forma não ideal) por união estável no ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com a Constituição Federal (BRASIL, 1988, [s.p.]) em seu artigo 226, *Caput*, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”; Sendo a união estável uma forma de família o parágrafo 3º, do artigo 226 diz que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.³⁸

Na legislação infraconstitucional a matéria é regulada pelo Código Civil (BRASIL, 2002, [s.p.]) e em seu artigo 1.723 existem os requisitos para caracterização dizendo que é uma forma de família sendo “reconhecida como

³⁷ Superior Tribunal de Justiça tratando do tema: “DIREITO CIVIL. CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.727 DO CC/02. INCOERÊNCIA COM A LÓGICA JURÍDICA ADOTADA PELO CÓDIGO E PELA CF/88, QUE NÃO RECONHECEM DIREITO ANÁLOGO NO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (STJ, REsp 988090 MS, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/02/2010, T4 - QUARTA TURMA)

³⁸ Da desnecessidade da conversão da união estável em casamento se posiciona Giselda Hironaka (2000): “esta é a mais inútil de todas as inutilidades”.

entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.³⁹

Veja que diante dos requisitos inexiste o lapso temporal mínimo que existia na Lei de n.º 8.971 de 1994.

Extraíndo os elementos característicos da união estável de acordo com a lei temos a publicidade, continuidade, estabilidade, objetivo de constituir família e ausência de impedimentos matrimoniais. Dias (2013) traz como outro requisito a questão da afetividade e Gonçalves (2014) traz o elemento da ausência de formalismo. Grandes civilistas como Gonçalves (2014), Pereira (2012) e Venosa (2005) traz outro requisito inerente à formação da união estável, qual seja, a relação monogâmica⁴⁰, “princípio” que o presente trabalho afasta como inerente a todas formas de família, conforme já abordado em capítulo próprio (para maiores detalhes remete-se o leitor ao capítulo 02 do presente trabalho).

Conceituando união estável de forma simples Stolze e Pamplona (2014, p. 424) diz que é “uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família”.

O legislador não tratou de caracterizar a união estável por seu traço característico, qual seja, o afeto que o elemento típico das famílias atualmente. De acordo com Dias (2013, p.180) o legislador “Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, desejo de constituir família”.

Pode-se então traçar os elementos de ordem objetiva e de ordem subjetiva. Os de ordem objetiva são estabilidade, publicidade, continuidade e inexistência de impedimentos e de ordem subjetiva o animo de constituir família, dessa forma Chaves e Rosenvald (2015).

O principal elemento segundo grande parte da doutrina é o ânimo de constituir família, nessa linha de raciocínio o grande jurista Gonçalves (2014, p. 412):

³⁹ Embora no texto constitucional e no texto infraconstitucional esteja união entre homem e mulher o Supremo Tribunal Federal já se posicionou favoravelmente a união estável homoafetiva de acordo com a ADIN 4277 e ADPF 132.

⁴⁰ Para mais informações sobre este tema remete-se o leitor ao capítulo 06 do presente trabalho.

O elemento subjetivo é essencial para a configuração da união estável. Além de outros requisitos, é absolutamente necessário que haja entre os conviventes, além do afeto, o elemento espiritual caracterizado pelo ânimo, a intenção, o firme propósito de constituir uma família, enfim, a *affectio maritalis*.

Do elemento da estabilidade Stolze e Pamplona (2014, p. 434) dizem que “é a convivência duradoura entre os sujeitos”.

Morar sob o mesmo teto não configura nem desconfigura a estabilidade⁴¹, nas palavras de Lobo (2011, p. 173):

A convivência sob o mesmo teto não é requisito da união estável. Persiste o conteúdo da Súmula 382 do STF, que atingia o que atualmente se denomina união estável. Nem a Constituição nem o Código Civil fazem tal exigência, acertadamente, pois da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais. A estabilidade da convivência não é afetada por essa circunstância, quando os companheiros se comportarem, nos espaços públicos e sociais, como se casados fossem.

No elemento publicidade parte da doutrina afirma que seria melhor ter sido trazido pelo legislador o nome notoriedade e não público. Segundo Dias (2013, p. 180) “O que a lei exige é notoriedade. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público”. Nos ensinamentos de Gonçalves (2014, p. 414):

Não pode, assim, a união permanecer em sigilo, em segredo, desconhecida no meio social. Requer-se, por isso, notoriedade ou publicidade no relacionamento amoroso, ou seja, que os companheiros apresentem-se à coletividade como se fossem marido e mulher (*more uxorio*). Relações clandestinas, desconhecidas da sociedade, não constituem união estável.

Em se tratando do aspecto da continuidade as palavras de Chaves e Rosenvald (2015, p. 455-456):

⁴¹ Posição essa também do nosso Tribunal da Cidadania conforme o julgado: “Não exige a lei específica coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos para demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a união estável. Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento. (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 474.962/SP, Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, DJU 01/03/2004)

Significa que o relacionamento permanece, transpassa o tempo, não sofrendo interrupções constantes. Por obvio, não é qualquer interrupção que compromete a constituição de entidade familiar. A instabilidade será fruto de rupturas constantes, da quebra da vida em comum, o que, sem dúvida, retirará das partes, naturalmente, a intenção de viver como casados, além de afetar, eventualmente, aos interesses de terceiros.

Da questão da não constituição da união estável existe o parágrafo 1º, do artigo 1.725 do Código Civil que afirma “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente” (BRASIL, 2002, [s.p.]).

O grande problema se encontra exatamente no inciso VI do artigo 1521 do Código Civil no que tange a possibilidade do reconhecimento de uniões estáveis concomitantes caracterizadas pelo poliamor ou poliafeto, para melhor aprofundamento do tema remete-se o leitor ao capítulo 06 do presente trabalho.

Ademais, diante dos elementos podemos diferenciar a união estável do namoro por ausência de diversos elementos caracterizadores da união estável acima explicitados. Não podendo ser diferente, pois conceder ao namoro ou mesmo ao noivado o tratamento de uma família com todas suas consequências jurídicas no âmbito do Direito das Famílias é perigoso, dessa forma Stolze e Pamplona (2014) ⁴². O Tribunal do Rio Grande do Sul tratando do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. AFFECTIO MARITALIS. PROVA. INOCORRÊNCIA. A união estável configura-se pelo relacionamento amoroso entretido com a intenção clara de constituir um núcleo familiar. Assemelhando-se a um casamento de fato, requer comunhão de vida e de interesses, exigindo publicidade e estabilidade, e, principalmente, um caráter familiar, ostentado pela affectio maritalis. Ausente prova dos elementos caracterizadores de união estável, impõe-se a improcedência do pedido. (TJ-RS 70064074909, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 19/05/2015, Sétima Câmara Cível)

6.4 DOS DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES

⁴² Da mesma forma Rizzardo (2014, p.835): “Não induzem a união estável o mero namoro com relações sexuais continuadas, vivendo cada partícipe da relação em seu lar individual, mesmo que verificadas visitas constantes e permanência recíproca, mas não duradouras, de um na casa do outro. Mesmo que existente o noivado, com todas as intimidades próprias do casamento, não se dá o reconhecimento de união estável”.

Tal qual o casamento a união estável impõe direitos e deveres aos companheiros daquela relação. De acordo com o artigo 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, [s.p.]).

O ponto crucial de análise para o presente trabalho se encontra nos deveres de lealdade, respeito e assistência. Embora não se tenha no rol o dever de fidelidade este pode ser extraído da lealdade e do respeito recíproco, conforme ensinamentos dos Professores Chaves e Rosenvald (2015).

No capítulo 02, do qual remete-se o leitor, já foi falado que a característica da monogamia não é fato essencial no âmbito do direito das famílias, sendo assim pode ser relativizada. Como uma sequencia lógica o dever de lealdade também pode ser relativizado e não desconstituiria a união estável. Stolze e Pamplona (2014, p. 444) “não se conclua que, posto que a monogamia seja uma nota característica do nosso sistema, a fidelidade traduza um padrão valorativo absoluto, eis que pode ser flexibilizada, por decisão do casal [...]”.

O que se propõe aqui é a possibilidade da existência de uniões estáveis simultâneas sem a quebra do dever de lealdade e respeito (fidelidade). E mesmo caso exista quebra, a depender da análise do caso concreto, a outra relação não pode ser subjulgada de forma fria para o âmbito do direito obrigacional. Na maioria das vezes a monogamia é só para mulheres conforme Engels (2000) e as mais prejudicadas nessas relações ainda são as mulheres, de acordo com Dias (2013).

Tal tópico merece maior aprofundamento, do qual será tratado mais detalhado no próximo capítulo do presente trabalho.

7 POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES, UMA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

7.1 DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Traçado o contexto histórico e chegando aos requisitos ensejadores para caracterização da família união estável vimos que muito preconceito se desenrolou, muita injustiça foi feita e, infelizmente, até hoje existem pregadores da moral e dos bons costumes dizendo como e de que forma se deve amar, vide o Estatuto de Família.

Ao analisar friamente a lei, observar a maioria doutrinária pátria e os Tribunais esbarramos em algo que é, de certa forma, comum na nossa realidade, a relação de existir uniões estáveis concomitantes. Todavia o direito, mais uma vez, atrelado a “moral e bons costumes” fecha os olhos e colocam tais relações a margem do direito, negando que seja uma forma de família (embora nosso ordenamento se baseie na dignidade da pessoa humana e pluralidade das entidades familiares).

A existência da pluralidade de amor não é algo novo no mundo, sempre existiu e sempre continuará existindo. O tabu nas formas de amar ou como amar, esses sim, é uma construção que pode-se reputar recente e com grandes influências, no mundo ocidental, da igreja católica, conforme visto no primeiro capítulo do presente trabalho.

O Estado não deve reprimir as formas de família deve protegê-las sem o véu do preconceito. É por tal injustiça que as críticas a tal forma de família deve ser combatida (como foi combatida a família patriarcal, como foi combatida a ideia de concubinato, dentre outras evoluções que ocorreram no âmbito do Direito das Famílias).

7.2 POLIAMOR OU POLIAFETO

É possível amar mais de uma pessoa? A resposta a tal pergunta só pode ser afirmativa. Ora, se pais conseguem amar mais de um filho, amigos conseguem amar

mais de um amigo, por qual motivo uma pessoa não pode amar (ter afeto no âmbito do conceito de família) mais de uma pessoa? Onde tal proibição está inserida?

De fato não se quer dizer que tal forma de relação seja a mais comum, não é, mas negar sua existência é fechar os olhos para realidade. O amor é volátil, ele simplesmente surge.

Afinal, o que é poliamor? É a possibilidade de se amar mais de uma pessoa, simples.

De acordo com a Professora da PUCSP Noely Montes Moraes (2007, p. 41):

Trata-se do contentamento que sentimos ao sabermos que uma pessoa querida é amada por mais alguém. Segundo suas crenças, eles representam os verdadeiros valores familiares. Tem a coragem de viver um estilo de vida alternativo que, embora condenado por parte da sociedade, é satisfatório e recompensador. Crianças com muitos pais e mães tem mais chances de serem bem cuidadas e menos riscos de se sentirem abandonadas se alguém deixa a família por alguma razão.

Nos dizeres de Stolze e Pamplona (2014, p. 464):

Por mais que este não seja o padrão comportamental da nossa vida afetiva, trata-se de uma realidade existente, que já é objeto de reflexão da doutrina especializada e que culmina por mitigar, pela atuação de vontade dos próprios atores da vida, o dever de fidelidade, pelo menos na concepção tradicional que a identifica com exclusividade.

7.3 AS RELAÇÕES JURÍDICAS EXISTENTE FORMADAS A PARTIR DA UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE

Inegável reconhecer a existência de relação jurídica formada entre união estável concomitante, os problemas são: 1) deve-se encaixar no direito obrigacional ou direito das famílias?; 2) quando existem duas relações paralelas e as pessoas não fazem a menor ideia da existência de uma ou outra (amantes) é possível a caracterização e dizer que existe uma família nas duas uniões?

Devemos relembrar o conceito de família trazido pelos Professores Stolze e Pamplona por ser conciso e esclarecedor sobre família nos dias de hoje, Stolze e Pamplona (2014, p. 45) conceituam dizendo que “família é o núcleo existencial

integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes [...]”.

Com precisão impar no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132 o Ministro Fux (p. 13-14):

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

Todavia, a grande maioria doutrinaria nega a possibilidade de uniões estáveis concomitantes, baseado principalmente na monogamia⁴³, como de acordo com as palavras de Gonçalves (2014, p. 548):

Como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação. Não se admite que pessoa casada, não separada de fato, venha a constituir união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir outra união estável.

Os tribunais continuam trazendo as questões no âmbito de serviços domésticos e/ou sociedades de fato, longe do âmbito do direito das famílias.

Foi no âmbito cartorário que surgiu, pelo menos trazido pela grande mídia, as relações estáveis concomitantes reconhecidas. Em Tupã/SP, em 13 de fevereiro de 2012 foi feita uma escritura publica declaratória de união poliafetiva entre um homem e duas mulheres, tal escritura foi considerada nula. Mais recentemente na cidade do

⁴³ Da mesma forma o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos os julgados: “União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei n.º 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 789.293/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 12/02/06, DJ 20/03-06). “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. EQUIPARAÇÃO A CASAMENTO. PRIMAZIA DA MONOGAMIA. RELAÇÕES AFETIVAS DIVERSAS. QUALIFICAÇÃO MÁXIMA DE CONCUBINATO. RECURSO DESPROVIDO. [...] (STJ, Ac. Unân., 3ª Turma, Agr. Reg. Instr. 1130816/MG, Rel Des. Convocado Vasco della Giustina, julgado em 19/08/10, Dj 27/08/10)

Rio de Janeiro no ano de 2015, no 15º ofício de notas foi lavrada uma escritura declaratória de união estável entre três mulheres⁴⁴.

O problema se dar no fato do desconhecimento da pessoa do relacionamento, ou seja, a quebra do dever de lealdade e respeito (fidelidade) e a constituição de uma nova família. Caso isso aconteça ainda assim seria possível afirmar que existe a formação de duas famílias. Segundo Chaves e Rosenthal (2015) a solução seria a ideia da união estável putativa⁴⁵

Da mesma forma sobre esse caso em relação a união estável putativa⁴⁶ Dias (2010)

Ademais, ao trazer os requisitos da união estável não existe nada que remeta a exclusividade para caracterização.

Em relação a união concomitante formada livremente pelos conviventes, como aconteceu em Tupã e no Rio de Janeiro, é mais fácil visualizar a entidade familiar bem delimitada e constituída galgada pelo amor (afeto) dos conviventes e, somente, o preconceito dos doutrinadores da moral e limitadores do amor que nega ser tal entidade uma família, que a nossa sociedade mude, mas para melhor. Acerca do Tema Schreiber et al. (2009, p. 243):

O art. 1.723 estampa, às claras, os requisitos para a configuração da união estável: convivência pública, contínua, duradoura, voltada à constituição de família. **Nada mais exige.** Sobre exclusividade não há palavra. E, em que pese o eventual moralismo do interprete, não resta qualquer dúvida de que convivências públicas, contínuas e duradouras podem sem – e na prática são – estabelecidas

⁴⁴ Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

⁴⁵ Na mesma linha de raciocínio a obra Direito de Família e das Sucessões – Temas Atuais – Schreiber et al. (2009, p.245-252) e Rolf Madaleno (2008, p.819). Embora em seu Curso de Direito de Família Rolf Madaleno se mostre favorável a união putativa, já se posicionou contrário a encaixar a união poligâmica ou poliândica no âmbito do Direito das Famílias, conforme artigo “A União (ins)Estável (Relações Paralelas)”, disponível no sítio eletrônico: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=323> (acessado em 30 de outubro de 2015).

⁴⁶ Sempre à frente o TJRS:

“UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido.” (TJRS, Ac. 7ª Câ. Cív., Ap. Cív. 70025094707 – Comarca de Gravataí, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos, j. 22/10/2008)

Todavia, não é o posicionamento do STJ conforme julgado do corrente ano:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE RELACIONAMENTO EXCLUSIVO DO FALECIDO COM A AUTORA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Esta Corte Superior entende ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Precedentes. (STJ, AgRg no AREsp 609856 / SP, Rel. Min., Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, Data do julgamento 28/04/2015, Dj 19/05/2015)

simultaneamente com diferente pessoas em distintas ou até em uma mesma continuidade. (Grifo nosso)

Negar tal realidade é voltar ao passado criando injustiças como bem alertou Pereira (2012). Não existe nenhum requisito de exclusividade, a monogamia não é princípio do Direito das Famílias e, com fulcro na dignidade da pessoa humana, o Direito deve buscar primordialmente a justiça.

Schreiber (2010, p. 157):

Em obra celebre, Stendhal alude a um suposto Código do Amor do Século XII, cujo art.1º determinava em tom solene: „a alegação de casamento não é desculpa legítima contra o amor“. É certo que o Código Civil brasileiro não possui dispositivo semelhante. Nem por isso se pode negar a ocorrência na realidade social de situações de genuína convivência familiar à margem do matrimônio, cuja permanência secreta ou declarada não pode afastar o imperativo de solidariedade familiar e de proteção à pessoa humana, sob pena de se optar deliberadamente pelo descompasso entre a lei e a realidade, descompasso que tão nefastos efeitos produziu, historicamente, no direito de família. Aqui, como em qualquer outro tema, é de se privilegiar a norma constitucional, onde o concubinato não encontrou guarida, tutelando-se a união estável, sem alusão a impedimentos ou exceções.

Devido a grande problemática o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal e houve a decisão da existência da repercussão geral em 09 de março de 2012 no Agravo em Recurso Extraordinário de n.º 656.298. O processo em questão encontra-se sem nenhuma movimentação desde 21 de janeiro de 2015, está concluso para o Relator Ministro Teori Zavascki.⁴⁷

Recentemente, em novembro de 2013 o X congresso Brasileiro de Direito de Família aprovou alguns enunciados, dentre eles “A constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico”.

Percebe-se que a doutrina majoritária e jurisprudência pátria⁴⁸ ainda se posicionam contrariamente. A possibilidade de reconhecimento, ainda de forma

⁴⁷ No voto de vista do grande Ayres Britto no Recurso Extraordinário de n.º397.762:

“Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de felicidade-a-dois sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o casamento civil? (..) **A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois.**” (Grifo nosso)

⁴⁸ Doutrina como Carlos Roberto Gonçalves (2014), Maria Helena Diniz (2009), Rodrigo da Cunha Pereira (2012), etc. O posicionamento majoritário no STJ é a impossibilidade uniões estáveis concomitantes conforme AgRg no AREsp 609856 / SP, julgado em 28 de abril de 2015.

minoritária, vem cada vez mais ganhando espaço⁴⁹, analisando o tema de forma mais humana balizada no Direito Civil Constitucional com fulcro, principalmente, na dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, no amor (afeto).

7.4 DO CONCUBINATO

Como já explicitado, inclusive expresso no Código Civil, as relações não eventuais não configuram união estável, é chamado de concubinato.

De fato, assim como no namoro não gerar efeitos no âmbito do Direito das Famílias, não pode a simples relação sem os requisitos ensejadores da união estável ser enquadrada no Direito das Famílias. O que no presente trabalho foi proposto foi analisar o caso concreto, retirando o caractere da monogamia, e da não exclusividade da união estável para configurar a possibilidade de união estável concomitante. Uma simples relação, essa sim, não pode ser considerada Família.

A união paralela motivada, por exemplo, apenas pelo desejo sexual não pode ser protegido pelo direito. Pensar diferente iria causar um caos.

Nos ensinamentos de Stolze e Pamplona (2014, p. 469):

Acentuamos essa nota de “especialidade”, pois, não sendo assim, criaríamos uma ambiência propícia à autuação de golpistas e aproveitadores, simuladores das relações de afeto. É que acentuadamente simplista, e até socialmente desaconselhável, afirmar-se que em toda e qualquer situação a(o) amante concorrerá com a(o) esposa(o) ou com a(o) companheiro.

⁴⁹ Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015), Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014), Maria Berenice Dias (2013), Ayres Britto (2012), Anderson Schreiber (2010), etc.

8 CONCLUSÃO

Diante da abordagem histórica foi mostrado que o ideal de família monogâmica é recente, ocidental e trazido principalmente pela Igreja Católica, através do Direito Canônico, todavia é este ideal que uma parte da sociedade acha certo, acabado e perfeito, sem analisar minuciosamente a carga preconceituosa trazida com isso. Foi pelo preceito da monogamia, na grande maioria das vezes só aplicável à mulher, que muita injustiça se fez. Importante demonstrar que a evolução do Direito das Mulheres está intimamente ligado à evolução do Direito das Famílias e, conseqüentemente, do instituto da união estável.

O conceito de família evoluiu significativamente para se chegar aos modelos atuais. Saiu de uma ideia trazida pelo Código Civil de 1916 onde, com fulcro na Igreja - embora o Estado na aludida década já fosse laico -, somente o casamento era reconhecida como agrupamento familiar (singular) para se chegar aos dias de hoje onde já se pode falar e trazer fundamentos jurídicos para o reconhecimento e existência de várias famílias concomitantes com status constitucional. Em seu conceito atual foi inserido o elemento da afetividade/socioafetividade aos seus integrantes, justificando, portanto, que o conjunto familiar é também plural em sua constituição.

Todavia, a caminhada foi longa e árdua, principalmente para a união estável. De início era chamada de informal, pois não surgia do casamento (este era a unidade familiar considerada perfeita e acabada), as relações advindas de tais relações fora da oficialidade do Estado eram chamadas de relações concubinárias.

Conforme exposto a união estável teve sua evolução gradativa, primeiramente no universo previdenciário através do Decreto 2.681 de 1912, a Lei 4.297/63 e pela Súmula 35 do STF. Na década de 1970, houve uma grande mudança trazida pelo universo jurisprudencial com a aplicabilidade das súmulas 380 e 382 do Supremo Tribunal Federal. Surgiu assim, a dissolução da sociedade de fato e a indenização por serviços domésticos prestados, embora não fosse o ideal necessário reconhecer o grande avanço jurisprudencial à época (as relações jurídicas nessa fase eram tratadas no âmbito obrigacional, na vara cível).

Foi com a Carta Cidadã de 1988 que a união estável ganhou notoriedade constitucional e jurídica, passando a ser elencada em seu próprio texto como forma

de constituição familiar que merece indispensável e igual proteção aquela integralizada pelo casamento.

Atualmente os requisitos infralegais do instituto união estável estão dispostos no Código Civil de 2002, mais precisamente nos artigos 1723 ao 1727.

Sabendo disso, indaga-se: É possível reconhecer as uniões estáveis concomitantes?

A resposta à pergunta acima só pode ser positiva. Conforme exposto, a realidade social existe e não pode ser negada simplesmente por questões morais e preconceituosas – como outrora aconteceu com a união estável e como acontece atualmente com a união paralela. É pela moral atrelada ao mundo jurídico que muito preconceito foi esculpido. Nesse ponto pode-se dizer que a ética é inclusiva e a moral, excludente.

Ademais, através da nova visão e interpretação do Direito das Famílias acerca da entidade familiar, pode-se inserir em seu contexto constitutivo a possibilidade de várias uniões estáveis ao mesmo tempo, reconhecendo os seus integrantes, sujeitos de direitos e obrigações, em respeito à Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar responsável por tantos outros, quais sejam, pluralidade das famílias, liberdade, mínima intervenção estatal, proibição do retrocesso social, etc.

Entrementes, o Estado não pode regular como as pessoas devem amar e, conseqüentemente, constituir as suas famílias, o Estado deve protegê-las.

Em virtude do que foi mencionado, deve-se também ter cuidado e diferenciar estável concomitante do concubinato. Estas sim não podem ter efeitos no âmbito do Direito das Famílias por não estarem presentes os requisitos da própria união como, por exemplo, objetivo de constituir família. O que se deve ter em mente, repita-se, é que a monogamia não é característica aplicável no seio familiar da união estável.

Em vista dos argumentos ora apresentados, por uma questão de justiça, necessário é reconhecer como entidade familiar a união estável concomitante e os seus efeitos jurídicos inseridos no âmbito do Direito das Famílias e não pelo direito obrigacional (negócio jurídico). A solução para o problema apresentado é simples, qual seja, o reconhecimento das uniões paralelas, a depender do caso concreto. O que não se pode é em qualquer situação reconhecer tal união como núcleo familiar, da mesma forma não se pode deixar de reconhecê-la em qualquer situação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: Unb, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. **Decreto nº. 2.681**, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil nas estradas de ferro. Rio de Janeiro, 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/plenario/notas/ordinari/2004/3/V090304.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº. 4.297**, de 23 de dezembro de 1963. Dispõe sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes. Brasília, 1963. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128657/lei-4297-63>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº. 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº. 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. **Projeto de lei nº. 6.583 de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F93DC79608FB903934A9D3C3555F03A0.proposicoesWeb1?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental n. 609856**. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 20 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180094139/agravo-em-recurso-especial-aresp-609856-sp-2014-0269156-8>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental n. 1130816**. Relator: Juiz Convocado do TJRS Vasco Della Giustina. Brasília, 19 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15931874/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1130816-mg-2008-0260514-0>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 789293**. Recorrente: J. N de S., Recorrida: M. das G. S. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173239/recurso-especial-resp-789293-rj-2005-0165379-8/inteiro-teor-12903550>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 988090**. Recorrente: D. A. D, Recorrida: L. M. de O. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 02 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8578291/recurso-especial-resp-988090-ms-2007-0218939-6/inteiro-teor-13669097>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1157273**. Recorrente: D. A. de O., Recorrida: A. L. C. G e outros. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14339099/recurso-especial-resp-1157273-rn-2009-0189223-0/inteiro-teor-14339100>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1183378**. Recorrente: K. R. O, Recorrida: L. P. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 656.298**. Recorrente: C.L.S, Recorrida: E. S. de S. representada por Maria José de Oliveira Silva. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=656298&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 132**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 84969/RJ**. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 29/10/1976. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14616480/recurso-extraordinario-re-84969-rj>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 397.762-8**. Recorrente: Estado da Bahia, Recorrida: Joana da Paixão Luz. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de junho de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 350**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 382**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n. 900777**. Relator: Gaspar Rubik. Santa Catarina, 26 de março de 2009. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192196914/apelacao-civel-ac-70064074909-rs>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n. 70025094797**. Relator: Sergio Fernandes Vasconcelos Chaves. Rio Grande do Sul, 22 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70025094707&code=5780&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%207.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n. 70064074909**. Relator: Jorge Luis. Rio Grande do Sul, 19 de março de 2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192196914/apelacao-civel-ac-70064074909-rs>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro Santos. **Função social da família**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações familiares. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese IBDFAM, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MORAES, Noely Montes. O fim da monogamia? **Revista Galileu**, Globo, out. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito da família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: **ANAIS**. 16º Conferência Nacional dos Advogados. Justiça: realidade e utopia. Brasília, OAB, Conselho Federal, v. 1, p. 72, 1999.

RODRIGUES, Silvio; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). **Comentários ao código civil: do direito de família: do casamento: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHEREIBER, Anderson. Famílias simultaneas e redes familiares. In: _____. **Leituras complementares de direito civil: direito de família**. Salvador: Podium, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**, Foz do Iguaçu, 1994.

WALD, Arnold. **Direito civil: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.