

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAYANNE ALVES MONTEIRO**

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS:**  
A BUSCA PELO SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DA  
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA EUDEMONISTA

RECIFE  
2017

RAYANNE ALVES MONTEIRO

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS:**

**A BUSCA PELO SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DA  
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA EUDEMONISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito (na área de concentração em Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos)

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêia de Araújo

RECIFE  
2017

M775f

Monteiro, Rayanne Alves

Famílias simultâneas : a busca pelo seu reconhecimento como entidade familiar à luz da proteção constitucional da família eudemonista / Rayanne Alves Monteiro ; orientador Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, 2017.

118 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em Direito, 2017.

1. Direito de família. 2. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 347.6

**RAYANNE ALVES MONTEIRO**

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS:**

**A BUSCA PELO SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DA  
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA EUDEMONISTA**

Dissertação defendida em Recife, no dia 02 de maio de 2017, e aprovada pela Comissão Examinadora constituída pelos Professores Doutores:

---

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêia de Araújo  
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

---

Profa. Dra. Maria Rita de Holanda Oliveira  
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

---

Profa. Dra. Catarina de Almeida Oliveira  
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

---

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Recife  
2017

A Deus, a meus pais Antônio e Ednalva, ao meu esposo David e a minha filha Sofia, DEDICO.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, nossa fonte de vida e sabedoria, a meus pais Antônio e Ednalva, a meu esposo David, a meus irmãos Edvânia, José Alberto e Marcos Antônio, pelo incentivo, mesmo nos momentos difíceis da minha vida. A meu orientador Prof. Dr. Marcelo Labanca, por sua paciência e atenção. A minha querida tia Edleuza que me acolheu nesta cidade quando da realização do curso. E, por fim, a minha amiga fiel Leka, que hoje repousa nos campos verdejantes de Aldeia.

## RESUMO

O movimento de repersonalização do Direito e a concepção de que toda norma jurídica do ordenamento brasileiro deve inexoravelmente seguir os preceitos dos direitos fundamentais, inseridos na Constituição Federal de 1988, dá início à concepção do Direito Civil-constitucional e, conseqüentemente, muda o paradigma das relações familiares e da abrangência da tutela por parte do Estado. A afetividade passa a ser fundamento do direito de família. A nova ordem constitucional erige à categoria de direito fundamental a especial proteção da família pelo Estado, acolhendo a porosidade de um sistema aberto e plural na constituição das entidades familiares. Diante desse novo cenário, passa-se também a entender que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais aplica-se nas relações entre os particulares. À frente dessas transformações constitucionais, passa-se a entender que as relações marcadas pela ostensibilidade, afetividade, estabilidade e boa-fé subjetivas são consideradas famílias, logo devem ser protegidas pelo ordenamento jurídico, independente da forma com a qual se revestem. O conceito aberto de família faz com que surjam novas pretensões, em que pessoas vêm buscando o reconhecimento das famílias simultâneas. A discussão quanto à possibilidade de seu reconhecimento gira em torno da multiplicidade das relações afetivo-sexuais. O passo inicial para o referido reconhecimento é a afirmação de que a monogamia é um princípio que vem sendo abrandado com a concepção plural da família contemporânea. A família, como lugar de promoção dos indivíduos, não pode sofrer grandes restrições por parte do Estado, que somente poderá intervir para garantir a dignidade dos seus membros, segundo o princípio da intervenção mínima do Estado. Na omissão do Estado-legislador, em reconhecer a existência da família simultânea como um arranjo familiar compatível com a proteção constitucional, cabe ao Estado-juiz, por meio da aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, suprir a omissão legislativa, garantindo o reconhecimento dos efeitos de cunho pessoal e patrimonial das famílias simultâneas como forma de alcançar-se a finalidade da concepção da família constitucional eudemonista, que é a busca da felicidade e garantia da dignidade dos indivíduos que a compõem.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Relações privadas. Família eudemonista. Pluralidade constitucional. Famílias simultâneas . Teoria dos deveres de proteção.

## ABSTRACT

The movement of personalization of Law and the conception that every legal norm of the Brazilian legal system must inexorably follow the precepts relating to fundamental rights, embodied in the Federal Constitution of 1988, initiates the conception of Civil-constitutional Law and, consequently, changes the paradigm of family relationships and the scope of the guardianship by the State. The affectivity becomes the foundation of the family law. The new constitutional order establishes to the category of fundamental right, the special protection of the family by the State, accepting the porosity of an open and plural system in the constitution of the family entities. Given this new scenario, it is also understood that the theory of the efficiency of the fundamental rights is applied in the relations between private individuals. In face of these constitutional transformations, it is now understood that the relations marked by ostensibility, affectivity, stability and subjective good faith are considered families, therefore must be protected by the juridical order, irrespective of the form it takes. The open concept of family results in new pretensions, in which people are seeking the recognition of the simultaneous families. The discussion regarding the possibility of their recognition revolves around the multiplicity of the affective-sexual relationships. The initial step concerning the mentioned recognition is the affirmation that monogamy is a principle that has been slackened with the plural conception of the contemporary family. The Family, as a place of promotion of individuals, cannot suffer great restrictions by the State, which may only intervene to guarantee the dignity of its members, according to the principle of minimum intervention of the state. In face of legislative omission by the State, in recognizing the existence of the simultaneous family as a family arrangement compatible with the constitutional protection, it is up to the Legal State, by means of the application of the theory of efficiency of the fundamental rights in the private relationships, to compensate for the legislative omission, guaranteeing the recognition of the effects of personal and patrimonial nature of the simultaneous families as a way of reaching the purpose of conception of the eudemonist constitutional family, which is the quest for happiness and guarantee of dignity of the individuals who compose it.

**Keywords:** Fundamental rights. Private relationships. Eudemonist Family. Constitutional pluralism. Simultaneous families. The responsibility to protect theory.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS .....</b>	<b>12</b>
2.1. AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS .....	14
2.1.1 State action .....	16
2.1.2. Teoria da eficácia mediata.....	17
2.1.3. Teoria da eficácia direta ou imediata.....	20
2.1.4. A teoria dos deveres de proteção .....	23
2.2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	26
2.2.1. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito brasileiro .....	27
2.3 DESIGUALDADE FÁTICA E AUTONOMIA PRIVADA NA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES.....	30
2.4 PONDERAÇÃO DE INTERESSES .....	34
<b>3 A FAMÍLIA E SUA MUDANÇA DE PARADIGMAS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA .....</b>	<b>38</b>
3.1 O CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	42
3.1.1. A inserção do instituto do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda n 9 de 1977 .....	44
3.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	50
3.3 A REPERSONALIZAÇÃO E OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS .....	55
3.4 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO NA TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA .....	60
<b>4 DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR COMO ENTIDADE FAMILIAR:limites e possibilidades de sua eficácia jurídica .....</b>	<b>63</b>
4.1 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR NA PERSPECTIVA DA CONJUGALIDADE.....	66
4.2 DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR E SUA PROBLEMATIZAÇÃO JURÍDICA ....	68
4.2.1. A monogamia e as famílias simultâneas.....	69
4.2.2. A família eudemonista e sua proteção no Estado Social Democrático de Direito .....	76
4.2.3. Da Pluralidade familiar no âmbito constitucional: uma leitura a partir do artigo 226 da Constituição Federal .....	79
4.3 DA SIMULTANEIDADE FUNDADA EM CONJUGALIDADES CONCOMITANTES:a distinção entre as relações adúlteras eventuais e as relações paralelas merecedoras da chancela jurídica.....	84
4.4 DA POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE EFEITOS DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	91
4.4.1. A Constituição e o Poder Legislativo no trilhar da função protetiva .....	92
4.4.2. Aplicação da teoria dos deveres de proteção na busca da chancela jurídica das famílias simultâneas .....	93
4.4.3. A concretização da tutela da família simultânea pelo juiz constitucional .....	97
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>107</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A partir do processo de repersonalização do Direito, iniciado em meados da década de 1980, o direito privado ganhou novos contornos, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entre esses novos contornos, o direito de família atualmente está alicerçado sobre os pilares da afetividade.

A incidência dos novos valores que informa a família constitucionalizada e suas implicações na ordem jurídica pátria constitui o objeto de estudo crítico do presente trabalho. Pretende-se analisar a concepção aberta e plural da família eudemonista, erigida na Constituição Federal, em contraposição à perspectiva clássica do Direito Civil na época da vigência do Código Civil de 1916.

Analisando toda essa mudança de paradigmas no conceito de família, demonstra-se um realinhamento do direito de família a propostas que contemplem o ingresso, por meio da porosidade do sistema jurídico aberto, de arranjos afetivos que, embora não sejam reconhecidos expressamente como entidades familiares, encontram-se à margem da proteção jurídica estatal.

Através desta pesquisa, faz-se uma reflexão sobre como fundamentar caminhos que permitam ao Estado efetivar os direitos fundamentais, inseridos na Constituição, especialmente o de “especial proteção da família”, constante no artigo 226 da Lei Maior. Reporta-se a uma família eudemonista libertadora que ingressa no jurídico sob o influxo de uma interpretação principiológica e consentânea com o Estado Constitucional.

O primeiro capítulo aborda a temática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. São apresentadas as principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a respectiva aceitação que obtém na ordem constitucional brasileira. Demonstra a construção de cada uma das teorias, bem como as significativas e contundentes divergências acerca de cada tese. Estuda qual das teorias existentes revela-se constitucionalmente adequada às formas e limites de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais conforme a doutrina constitucional brasileira majoritária, tendo esta adotada a de eficácia imediata dos direitos fundamentais. Tendo em vista a valiosa construção doutrinária em prol de uma eficácia direta *prima facie* no cenário

brasileiro, o estudo afasta a ideia de exclusão entre as teorias para trabalhar com a concepção de complementariedade.

No segundo capítulo, a análise recai sobre a trajetória da instituição familiar na ordem jurídica brasileira. São analisadas as transformações no conceito, valores, estrutura e relações de poder, ocorridas na família desde o Brasil Colônia até a contemporaneidade. Aborda a travessia da família, desde o Código Civil de 1916, influenciado pelo Código de Napoleão até o advento da Constituição Federal de 1988 quando tem início a repersonalização das relações familiares, fenômeno consequente da constitucionalização do Direito da Família, que resulta no sistema aberto, plural e afetivo das entidades familiares. Aponta os novos contornos das estruturas familiares, delineados pelo prisma afetivo, cujo resultado é a denominada “família eudemonista”.

O terceiro capítulo enfrenta a realidade sociológica das famílias simultâneas. Aborda questões elementares à compreensão de tal arranjo afetivo na perspectiva da conjugalidade e a contextualização do fenômeno no âmbito do Estado Social Democrático de Direito que, a partir da cláusula da dignidade da pessoa humana, faz-se reconhecedor da família eudemonista. Trabalha-se a concepção do pluralismo familiar assente no ordenamento constitucional pátrio e o modo como vai se operar a proteção de situações de simultaneidade familiar no sistema jurídico. Verifica qual o papel a ser desempenhado pelo Estado e qual é a necessária distinção entre as relações adúlteras eventuais e as relações simultâneas merecedoras de chancela jurídica. Após tal abordagem, são verificadas, também, as novas perspectivas para interpretar, a partir da leitura constitucional, as possibilidades e eventuais limites de seu ingresso no sistema jurídico.

O enquadramento da concepção eudemonista da família com os direitos fundamentais envolve, inexoravelmente, o reconhecimento da eficácia desses direitos na seara familiar. É apontada a contribuição da doutrina dos deveres de proteção do Estado na busca da tutela do direito das famílias simultâneas, fazendo-se, ainda, uma análise da postura estatal, revelando os desafios entre os Poderes Legislativo e Judiciário, agora sujeitos à dignidade da pessoa humana, na concretização dos direitos fundamentais.

O que se pretende demonstrar no presente estudo é o dever de o Estado-juiz, diante da omissão do Estado-legislador, reconhecer a existência da família simultânea como um arranjo familiar compatível com a proteção constitucional, a partir de tal reconhecimento, emitir sua tutela e seus respectivos efeitos.

Em suma, este trabalho, sem ter a pretensão de esgotar a matéria, objetiva fazer um convite à reflexão em torno da função protetiva do Estado Constitucional diante dessa

realidade sociológica que é a família simultânea, de forma a contribuir na construção de uma postura estatal justa e igualitária, superando os dogmatismos conceituais e, também, as hipocrisias, para atender à finalidade constitucional da família para o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros.

## 2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais sofreram mudanças de paradigma na transição do Estado Liberal burguês para o Estado Social, uma vez que, na visão do Estado liberal burguês, os direitos fundamentais tinham como finalidade, precisamente, a proteção da sociedade contra as intromissões do poder público. Segundo Ferrarini(2010, p.19):

Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, os direitos fundamentais eram exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado. Imperava uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ou ao Direito Privado ou ao Direito Público.

Essa visão simples e esquemática dos direitos fundamentais em razão das mudanças na política e social, somada a aceitação da ideia de que não mais se concebia o Direito Civil, analisado apenas a partir dele próprio, mas que deveria, como ocorre nos dias atuais, sofrer o influxo do Direito Constitucional, dando início ao questionamento sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais poderiam ter no âmbito das relações jurídico-privadas.

A partir da visão de que os indivíduos não eram contrapostos ao Estado, como advogavam as teorias liberais burguesas, a garantia da liberdade formal como valor pelo qual tinham de evitar-se a interferência do Estado na vida econômica e social, mostrou-se insuficiente. Os estudiosos dos direitos fundamentais passaram a analisar o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e se a solução jurídica destes problemas não deveria testar-se à luz da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, se ela não depende do fato de os sujeitos envolvidos serem titulares de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.<sup>1</sup>

Essa questão reside no fato de que os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo. Conforme ensina Ferrarini(2010, p.20), isso ocorre

---

<sup>1</sup> Segundo Sarmiento (2012, p. 44), a extensão dos direitos fundamentais à esfera privada traduz a intenção de redefinir as relações travadas na sociedade civil, no mercado e na família, a partir de valores humanitários de igualdade, liberdade e solidariedade, inscritos no texto constitucional. Conforme o referido autor, trata-se de algo que os pós-modernos não hesitariam em caracterizar como “metanarrativa”; como uma afirmação do universal em detrimento do particular e que esta tensão entre o discurso pós-moderno e a eficácia direta dos direitos fundamentais foi bem captada por J.J. Gomes Canotilho que aduz que a ideia de eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projeto da modernidade: modelar a sociedade civil privada segundo os valores da razão, da justiça, do progresso, do Iluminismo. Questiona ainda o saudoso constitucionalista português se tal código de leitura não estaria irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e débeis da pós-modernidade.

“porque a partir do momento que um direito fundamental é constitucionalizado, e independente dos motivos que o levaram a essa consagração, suscitam-se, relativamente a ele como a quaisquer outros direitos fundamentais, o mesmo tipo de interrogações no sentido de quem são os destinatários da correspondente proibição, imposição ou permissão constitucional. São os particulares ou é o Estado?” Sobre o tema, tem-se a visão de Andrade(2010,p. 243):

Nesse contexto já é possível pôr-se o problema da validade dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados. Em certo sentido, e simetricamente em comparação com a situação anterior, talvez se deva dizer que esse problema tem de ser posto.

E vai ser posto em duas direcções concorrentes: em primeiro lugar, afirma-se que os direitos fundamentais como princípios e valores constitucionais não podem deixar de aplicar-se em *toda* a ordem jurídica e, portanto, também nas áreas do direito privado e penal(princípio da unidade do ordenamento jurídico); em segundo lugar, põe-se em relavo a necessidade de protecção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto.

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

Embora hodiernamente seja inquestionável a necessidade de extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, ainda, é muito polêmica a forma e a intensidade dessa incidência. Nesse particular, sem se ter a pretensão de estender plenamente a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, procura-se apreciar, à luz da ordem constitucional vigente, como e em que medida se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O enfrentamento do tema parte do questionamento de qual é a eficácia desenvolvida pelas normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Sobre esse aspecto, escreve Sombra(2011,p.46-47):

O grande embate existente entre constitucionalistas e privatistas circunscreve-se, pois, em saber como e em que medida os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares, sem que o núcleo essencial da autonomia privada ou de um outro direito fundamental seja afetado. Por mais relevantes que possam parecer os argumentos de ambos – constitucionalistas e civilistas – reduzir o debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a um pretenso conflito entre esses em nada contribuirá para a formação de um diagrama teórico sólido. Conforme esclarece CANOTILHO, ‘colocar assim a questão, em termos de récitas e contra-récitas, de constitucionalistas e civilistas, afigura-se nos querer insistir em fotografia a preto e BRANCO quando, hoje, é o das cores naturais, mesmo quando a moda se desloque para ‘cores camaleónicas’.

Segundo Novais (2007, p.356), “O problema hoje respeita todos os direitos fundamentais, incluindo os próprios direitos fundamentais que regulam aparentemente e de forma quase exclusiva as relações entre particulares”, embora seja comum a afirmação de que há certos direitos fundamentais só dirigidos ao Estado e outros só dirigidos aos particulares, o que não deveria ser assim, já que a resposta com pretensões de generalidade só seria praticável se generalizada a todos os direitos fundamentais, sob pena de deixar a critério do operador do direito do caso concreto uma discricionariedade de seleção do tipo de direito fundamental e da correspondente seleção da teoria a aplicar-se ao caso.

Feitas essas considerações preliminares, o presente capítulo trabalha com os discursos que permeiam a problemática e que seguem construindo uma teoria e prática atual e relevante. Na mesma linha, aponta a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares no Direito brasileiro que, segundo Ferrarini(2010, p.22), é um “tema que se revela essencial num país marcado por contrastes de todas as ordens”.Por meio das teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais buscam-se argumentos para o reconhecimento preciso da eficácia das famílias simultâneas como entidade familiares.

## 2.1 AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Das teses que se ocupam do estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a doutrina divide-se em quatro grandes orientações: a tese da recusa de eficácia, a tese da eficácia mediata ou indireta, a tese dos deveres de proteção e a tese da eficácia direta ou imediata.

A controvérsia sobre tal assunto teve seu nascimento na Alemanha e, após a discussão, espalhou-se a todos os Estados de Direito. Basicamente, as referidas teses partem da premissa de que a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode advir não apenas do Estado, mas também dos indivíduos poderosos e dos grupos privados presentes em esferas como o Estado, a família e a sociedade civil em geral, podem afetar as liberdades e garantias fundamentais.Segundo Ferrarini(2010,p.23):

Por outro lado discute-se que não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, ‘pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está

investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados.

Desenhou-se, assim, a celeuma em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, qual seja, de um lado, conformar a convivência entre a tutela dos direitos fundamentais; do outro, a salvaguarda das esferas da autonomia e liberdade. Da mesma forma, a concretização dos direitos fundamentais provoca embates na relação entre os poderes Legislativo e Judiciário. Conforme nos ensina Sarmiento(2010, p. 186):

Outro componente importante desta controvérsia concernente à relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. As posições favoráveis a um maior ativismo judicial endossam as teses que advogam uma aplicação mais ampla e direta dos direitos humanos na esfera privada, enquanto os defensores de um papel mais recatado para o Judiciário tendem a afinar-se com as correntes que minimizam as possibilidades de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Sobre essa nova perspectiva da aplicação e interpretação das normas constitucionais, tem-se a versão de Santos(2011,p. 65):

O termo neoconstitucionalismo é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva. Grandes questões morais, a respeito das quais não há consenso na Sociedade, são decididas pelos Tribunais. As aprofundadas teses sobre a especificidade da hermenêutica constitucional, a ampliação dos catálogos de direitos fundamentais, com reconhecimento inclusive de inúmeros direitos implícitos e a impregnação da Constituição nos diversos ramos do Direito são sintomas dessa nova perspectiva. [...]

Essa versão contemporânea do constitucionalismo busca estabelecer uma nova relação entre direito e moral. A Constituição-norma abarca, nessa visão, um plexo imenso de valores, que serão tomados como referências para a solução de problemas em várias áreas. Há nessa perspectiva um potencial ainda maior de choque com a forma democrática de solução de conflitos, pois tem esse discurso tendido à redução de espaços de decisão democrática, transferindo ao intérprete/aplicador da Constituição a tarefa decisória.

Os direitos fundamentais, assim, têm funcionado como o motor de um processo de expansão da jurisdição constitucional, já que a abertura que as normas declaratórias de direitos propiciam permite uma atividade interpretativa mais complexa, viabilizando uma atividade jurisdicional mais intervencionista.

Feitas essas considerações iniciais, apresentam-se, a seguir, as principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, bem como a aceitação que tiveram no Direito Comparado, ressaltando que todas elas partilham idênticas preocupações como “as ameaças aos direitos fundamentais provindas dos particulares, com os direitos sociais, com a necessidade de limitação e controle dos poderes privados, com a igualdade de oportunidades e garantia das condições fáticas de livre exercício dos direitos



fundamentais”(NOVAIS, 2007, p. 362), para depois expor qual delas melhor se adapta a problematização das famílias simultâneas no ordenamento jurídico.

### 2.1.1 State action

A doutrina do *State action* foi desenvolvida pela jurisprudência dos Estados Unidos e, segundo esta, a Constituição e os direitos nela consagrados só vinculam, em princípio, os poderes públicos. Logo, só haveria incidência dos direitos constitucionais no espaço privado quando o particular desempenhasse função típica do poder público, ou quando fosse possível vislumbrar, na sua conduta, uma substancial implicação do Estado. Consoante Ferrarini (2010, p. 24):

Essa teoria, enraizada na concepção do Estado Liberal e consolidada pela jurisprudência norte-americana, defende a liberdade individual ampla, sendo a autonomia privada exercida livremente, sem interferência do poder público. Apenas na hipótese em que os particulares promovam atividades de natureza tipicamente estatal é que estarão igualmente sujeitos às normas consagradoras de direitos fundamentais (teoria da função pública). Nesses casos, o poder dos atores particulares estaria intimamente ligado e assemelhado ao poder público.

Essa doutrina norte-americana tem a preocupação com a autonomia privada, que seria, segundo seus adeptos, fulminada, caso fosse admitida a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e, em razão disso, justificam o entendimento de que os direitos fundamentais impõem limitações apenas aos poderes públicos. “O Outro argumento dos seus adeptos seria o fato que os estados-membros, e não a União serem competentes para legislar sobre direito privado, podendo acarretar a violação de sua autonomia no caso de as cortes federais, a pretexto de protegerem os direitos fundamentais, interferirem na disciplina das relações privadas”(FERRARINI, 2010, p. 25).

Apesar de ter sua base e aplicação nos Estados Unidos, juristas deste país fazem inúmeras críticas a esta teoria, advogando que a doutrina da *State action* deveria ser substituída por um modelo de ponderação, é o que leciona Sarmiento (2008, p. 208) “[...] Assentadas essas premissas, Chemerinsky propõe que se elimine a doutrina da *state action*, que deveria ser substituída por um modelo de ponderação. Os Tribunais, diante de cada caso, avaliariam o que seria mais importante proteger: a liberdade individual do ator privado ou os direitos da suposta vítima do seu comportamento.” Ainda, em comentário sobre a *State action*, escreve Sarmiento (2008, p. 209):

Enfim, parece-nos que a doutrina da *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que maiores perigos e ameaças a estes não provém do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *Standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana.

No mesmo sentido, J.J.M. Ubbillos(2010, p.279), ao comentar sobre a referida doutrina, faz uma severa crítica a esta, pois entende o constitucionalista espanhol que a *state action* não deixa de ser uma solução parcial que não resolve o problema de fundo. Para ele, essa doutrina jurisprudencial “*ES una prueba más de La profunda crisis de La dicotomia público-privado y constituye, AL mismo tiempo, una temprana manifestación de La fuerza expansiva de los derechos fundamentales.*”

Em mais uma crítica à doutrina da *state action*, tem-se a postura de Sombra(2011, p.95):“Em suma, a grande crítica à *state action* está diretamente relacionada aos pressupostos sobre os quais fora construída: a estanque separação entre o público e o privado e a concepção dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos exercidos exclusivamente contra o Estado.”

Pode-se dizer, assim, que essa teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos, conforme leciona Sarmiento(2010,p. 197):

Fora sua acolhida no direito constitucional canadense, no julgamento do caso *Retail, Wolesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, apreciado pela Suprema Corte do país em 1986, no qual se decidiu que os direitos fundamentais previstos na Constituição canadense não eram aplicáveis aos litígios privados, e na África do Sul no caso *Du Plessis v. De Klerk*, julgado em 1996, quando vigia a Constituição provisória, editada ao final do regime do *apartheid*, mas que teve modificação de entendimento em sua Constituição definitiva que prevê de forma expressa em sua seção 8(2) a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, em preceito assim redigido.

Fora a sua acolhida nos casos anteriormente citados, tal teoria não pode ser aceita e, menos ainda, transplantada para as demais ordens constitucionais, principalmente no Brasil, onde a Constituição tem caráter social com normas de inclusão em todo seu corpo textual e, especialmente, no tema referente à proteção das famílias, que é o núcleo do presente trabalho.

### 2.1.2 Teoria da eficácia mediata

A teoria da eficácia mediata, também conhecida como eficácia horizontal ou indireta dos direitos fundamentais, foi desenvolvida originariamente na Alemanha por Günter Dürig.

Para Düring, o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do direito privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada.

Nesse sentido, a referida teoria constitui-se de uma construção intermediária entre aquela que nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a que sustenta a incidência direta desses direitos na esfera privada.

De acordo com a teoria da eficácia mediata, “os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição”(FERRARINI,2010, p. 27). Nessa ordem de ideias, a eficácia das normas de direito fundamental nas relações entre particulares ocorre sempre de forma indireta ou mediata, no momento em que o legislador intervém concretizando a norma constitucional ou quando o juiz interpreta o direito privado à luz dos valores projetados pelos direitos fundamentais, o que, em certos casos, pode justificar decisões contrárias ao texto da lei.

De acordo com Pereira(2008, p. 160), “O principal fundamento da tese da eficácia mediata é a ideia de que o reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares importaria, em última análise, no total esvaziamento da autonomia privada.”

Na mesma linha, escreve Sarmento(2010, p. 198):“A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, essa incidência acabaria exterminando a autonomia de vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.”

Ainda sobre o tema, explica o referido autor(2010,p.198):

Sem embargo, Dürig admite a necessidade de se construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado -, os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a teoria da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para seus defensores, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas esgotam-se por meio da intervenção concretizadora do legislador ordinário, da interpretação conforme a Constituição e das cláusulas gerais, considerados como verdadeiros

pontos de irrupção dos direitos fundamentais num mundo regido primariamente pelo Direito Privado.

Consoante Ferrarini(2010, p. 27):

Momento emblemático dessa teoria foi a célebre decisão do caso Lüth, em 1958, originada nas cortes ordinárias da Alemanha, tendo chegado à Corte Constitucional. A questão dizia respeito à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. ‘Para respondê-lo, o tribunal começou por afirmar que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, mas também expressão de valores objetivos’. Nessa última acepção, a sua influência não seria limitada à esfera do direito público, estendendo-se por todos os campos do Direito, incluindo o Direito Civil. A Corte Constitucional chamou isso de “efeito radiante”. Tal orientação deu início à noção de valores objetivos a fim de demonstrar que os direitos fundamentais não estavam confinados à relação entre Estado e indivíduo.

Ainda, de acordo com a referida autora(2010, p. 28), “Vislumbra-se, pois, que a teoria da eficácia mediata não reconhece que a Constituição investe os particulares em direitos subjetivos privados, ou seja, os direitos fundamentais seriam protegidos no campo privado por mecanismos próprios, e não através de instrumentos constitucionais, cabendo ao legislador ordinário à tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares.” Seria incumbência do legislador ordinário o dever de viabilizar o alcance das normas constitucionais nas relações privadas.

Pela tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estes têm duas funções primordiais no âmbito do Direito Privado e das relações entre os particulares. É nesse sentido, explicando a influência dos direitos fundamentais, que Canaris(2010, p. 216) refere:

[...] eles servem, em primeiro lugar, à defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos; são designados, sob esse aspecto, como *proibições de intervenção e direitos de defesa em relação ao Estado*[*Eingriffsverbote und Abwehrrechte*]. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, endossada pela doutrina, eles possuem adicionalmente a função de obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos; fala-se, nesse tocante, dos direitos fundamentais enquanto *mandamentos de tutela ou deveres de proteção*[*Schutzgebote*].

Assim, a tese da eficácia mediata procura defender uma margem de liberdade de ação para os particulares, tentando evitar que, por meio de um intervencionismo asfixiante ou de um igualitarismo extremo se afete o sentimento de liberdade. Nessa teoria privilegiam-se as normas constitucionais que indicam à autonomia privada, o livre convencimento da personalidade, a liberdade negocial (FERRARINI, 2010, p. 28).

Mas a maior parte da doutrina entende que a teoria da eficácia mediata não atende à idealizada plenitude da tutela judicial dos direitos fundamentais. Sombra(2011, p.76-77), em seu estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ensina que:

Em verdade, ao apregoar a necessidade de uma intervenção do legislador ou dos juízes para permitir a transposição das normas jusfundamentais para o Direito Privado, a teoria da eficácia mediata acaba por negar o atributo de fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

[...]

Os direitos fundamentais cumpriram, à sua maneira, a tarefa de meros instrumentos de interpretação das normas de Direito Civil e de controle do âmbito de extensão da autonomia privada. Cuida-se, portanto, de um verdadeiro retrocesso em relação a institutos consagrados no bojo do sistema formado pelos direitos e garantias individuais. Em última análise, a teoria da eficácia mediata poderia ser traduzida em um pedido de permissão dos direitos fundamentais ao Direito Privado para que pudessem incidir nas relações por estes reguladas.

Atualmente, a doutrina majoritária entende que, apesar do papel importante na garantia dos direitos fundamentais no segundo pós-guerra, a teoria da eficácia mediata não apresenta uma solução satisfatória nas situações em que a omissão do legislador deixa a liberdade individual desprotegida e o valor da autonomia do Direito Privado não pode ser razão justificadora da inércia do juiz chamado a arbitrar um conflito em que, pelo menos, uma das partes invoca a proteção conferida por uma norma constitucional.

No que tange à questão das famílias simultâneas, seu cerne repousa justamente nos preceitos das normas constitucionais, já que o legislador ordinário regulamentou a matéria no sentido de negar efeitos as famílias simultâneas ao dispor que “As relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”(art. 1.727 do Código Civil) e a relação concubinária não cabe efeitos da esfera do direito de família, sendo considerada apenas uma sociedade de fato com guarida no direito das obrigações. Como hoje é cediço que o sistema constitucional que trata da família é aberto e plural, caberia uma regulamentação por parte do Legislativo no tocante as famílias simultâneas, mas como este até o presente tem se mantido apático às questões das referidas famílias, cabe ao Judiciário suprir essa lacuna dando a devida resposta àqueles que batem as suas portas, o que não seria possível com a adoção da referida teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais.

### 2.1.3 Teoria da eficácia direta ou imediata

“Essa teoria foi desenvolvida inicialmente por Hans Carl Nipperdey, que chegou a sustentar aquilo que denominou de eficácia absoluta dos direitos fundamentais no âmbito do

Direito Privado e das relações entre os particulares”(FERRARINI, 2010, p.29). Ela teve seu nascedouro no espaço jurídico alemão, embora esta teoria não tenha prevalecido neste país, em virtude, sobretudo, do fenômeno da constitucionalização do Direito, que se revelou mais intensa a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou perante terceiros que não o Estado.

De acordo com Ferrarini(2010, p. 30):

Invocando a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que os direitos fundamentais, como direitos subjetivos públicos visavam a defender o indivíduo perante o Estado só ganhando sentido nas relações com este e partindo da constatação de que os direitos fundamentais têm como missão proteger a pessoa também contra os poderes existentes no âmbito da sociedade, a teoria da eficácia imediata defende que os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicadas no âmbito das relações jurídico-privadas. A tese da eficácia direta, portanto, aplica o direito fundamental constitucionalmente consagrado na sua dimensão de vinculatividade jurídica mais ambiciosa, isto é, na qualidade de direito subjetivo oponível a outros particulares.

Conforme essa teoria, os direitos fundamentais podem ser diretamente invocados nas relações privadas pelo fato de que a ameaça ou violação dos direitos fundamentais não são causados apenas pelo Estado, mas também pelos poderes sociais e de particulares em geral.

Para seus adeptos, essa possibilidade é viabilizada pelo entendimento de que os direitos fundamentais não se limitam a função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição com eficácia em todo o ordenamento jurídico.

Proclamam ainda seus defensores que os direitos fundamentais não podem ser protegidos face ao Estado e serem abandonados diante das violações dos particulares, uma vez que a forma e o alcance da eficácia jurídica daqueles direitos fundamentais não podem depender necessariamente, da vigência de regulações legislativas concretizadoras.

Nesse sentido, anota Sarlet(2012, p. 387-388):

[...] uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica(princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.

Para aqueles, o agravamento dos antagonismos sociais que estremeceu definitivamente as premissas do liberalismo econômico, impôs no plano do pensamento constitucional a convicção de que os direitos fundamentais sediados na Constituição devem ser protegidos não

apenas em face do Estado, mas especial e crescentemente em face da própria sociedade, nas multiformes relações entre os particulares.

Os defensores da teoria da eficácia imediata advogam pela intervenção do Estado na correção das desigualdades sociais e na limitação dos poderes privados. Eles consideram que um dos papéis dos direitos fundamentais é a proteção a pessoa humana contra o poder, a constatação de que na sociedade contemporânea existem inúmeros outros polos de poder além do Estado, que podem igualmente oprimir o indivíduo. Este é um dos principais argumentos para a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

A crise do Estado Social reafirma a necessidade de efetivação e concretização dos direitos fundamentais, cristalizando-se o ideal de igualdade nas relações entre particulares com vistas à proteção do indivíduo em face dos atores privados mais poderosos. Para ser coerente e eficaz, o sistema de garantias deve operar frente ao poder sem adjetivos público ou privado, o que reclama o prolongamento da lógica própria do Estado de Direito (a submissão do poder a regras e limites jurídicos para preservar a liberdade) ao âmbito das relações entre os indivíduos e poderes privados e, logo, direitos fundamentais como direitos subjetivos oponíveis aos particulares.

A tese da eficácia imediata tem larga aplicação doutrinária e jurisprudencial tanto no direito pátrio, quanto no direito comparado, porém a referida tese, ainda, é suscetível a importantes e bem fundamentadas críticas. Nesse sentido, explana Sombra(2011, p. 89-90):

Os inúmeros críticos da teoria de NIPPERDEY, conforme lembra AGUIAR DE LUQUE, afirmam que esta acaba por suprimir o princípio da autonomia privada, à medida que a aplicação de um direito fundamental em detrimento da autonomia de vontade acabaria por desfigurar o Direito Privado como um todo. Com efeito, a doutrina majoritária repudia a teoria da eficácia imediata em razão das supostas dificuldades técnicas que apresentaria para resolver conflitos em concreto, afinal, não se pode olvidar que fatalmente estar-se-à diante de dois titulares de direitos fundamentais.

Na mesma linha, escreve Canotilho(apud SARMENTO, 2010, p. 228):

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irreduzível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – veem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em direito de não-liberdade do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitaritane das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais.

Em causa está também o problema de saber se o apego a *Drittwirkung* não transporta um pathos ético e jurídico profundamente desconhecido das rupturas pós-modernas. Propomos assim uma breve suspensão reflexiva sobre este tópico.

Feitas as considerações acima, pode-se afirmar, a despeito da importante resistência ainda presente em face de teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, mesmo nos países marcados pela emancipação social, que a citada teoria tornou-se dominante em vários países como Espanha, Portugal, Itália, Argentina e, inclusive, na ordem jurídica brasileira, como se vê em tópico mais adiante.

A despeito de ser esta a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como narrado acima, para o tema proposto no presente trabalho, essa teoria melhor se enquadraria na temática das famílias simultâneas se complementada pela teoria dos deveres de proteção que será discutido no tópico a seguir, ressaltando que a questão será discorrida com maior complexidade adiante no capítulo dedicado ao estudo das famílias simultâneas.

#### 2.1.4A teoria dos deveres de proteção

A tese dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Na verdade ela converge tanto com a teoria da eficácia mediata, quanto com a teoria da eficácia imediata, ou seja, as três convergem na ideia de que o papel do legislador é fundamental e, nesse sentido, concordam que cabe ao juiz constitucional verificar, à luz dos parâmetros da Constituição, se aquela composição feita pelo legislador é constitucionalmente aceitável.

Por outro lado, as três teorias divergem substancialmente quanto ao papel do juiz quando não há lei ordinária aplicável, tendo em vista que a tese da eficácia imediata reconhecerá o direito fundamental como direito subjetivo oponível em face de outro particular. Já a tese da eficácia mediata recusará qualquer efeito suplementar advindo das normas constitucionais (FERRARINI, 2010, p. 33-34).

A teoria dos deveres de proteção, nesse aspecto, é mais complexa, pois ela reconhece que os direitos fundamentais projetam efeitos jurídicos, não enquanto direito subjetivos oponíveis a outros particulares, mas a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, especiais deveres de proteção que, segundo Novais (2007, p. 359-60), “permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a proteção dos direitos fundamentais o exija e o legislador(ainda) não tenha



cumprido adequadamente esses deveres, o recurso directo à norma constitucional na resolução de conflitos entre os particulares.”

A teoria dos deveres de proteção não aceita a recusa de aplicação do direito constitucional, adotado pelos defensores da teoria da eficácia mediata, por entender que o princípio da autonomia do Direito Civil não seria justificativa suficiente e, sequer, teria o alcance determinante sugerido pela eficácia mediata.

Sobre esse aspecto, escreve Ferrarini(2010, p. 34):

Nesse sentido, Jorge Novais sustenta que, se o princípio da autonomia privada fosse suficiente para recusar a aplicação das normas constitucionais, permaneceria sem fundamento a própria instituição da jurisdição constitucional, ‘pois a recusa da intervenção do judiciário numa situação de omissão legislativa teria, em rigor, de ser acompanhada de análoga recusa de possibilidade de controlo de constitucionalidade da legislação civil por parte do juiz constitucional’.

Por outro lado, refutando a tese da aplicabilidade direta, defende-se que no caso da relação entre os particulares, pelo fato de os direitos fundamentais estarem nos dois lados da relação, o processo de reconhecimento do direito subjetivo de um particular é neutralizado pela existência de outro direito subjetivo de idêntico peso do lado contrário.

Tal fato não significa que a teoria dos deveres de proteção não reconheça a necessidade de proteção dos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais nas relações privadas. As divergências teóricas surgem quando se busca identificar a quem cabe o dever de proteção e em que medida garantir essa proteção.

Sob o tema, explica Ferrarini(2010, p. 35) que

O dever de proteção é considerado como mais uma função derivada do elemento objetivo dos direitos fundamentais. Isso explica, na esteira de Dieter Grimm, porque o dever de proteção não pode ser visto como outra palavra para os direitos econômicos e sociais. De acordo com o autor, ‘tais direitos, chamados de segunda geração, alocam benefícios materiais para indivíduos necessitados. O dever de proteção é uma função dos direitos fundamentais de primeira geração, das liberdades tradicionais. A preocupação recai nos indivíduos e não no bem-estar social, não na dimensão vertical, mas sim na horizontal.’

Segundo a teoria dos deveres de proteção, os particulares não sofreriam, com a sua aplicação, restrições em sua autonomia privada, porque não estariam sujeitos aos direitos fundamentais. Caberia ao legislador privado à proteção desses direitos. Contudo, apesar de conceber a intervenção legislativa, a teoria dos deveres de proteção também garante a possibilidade de intervenção do Judiciário, quando for necessário, através do controle de constitucionalidade das normas de direito privado.

Assim, para essa teoria o principal caminho da função protetiva aos particulares dá-se através da legislação, entendendo seus adeptos que o legislador, em um sistema que reconhece o dever de proteção do Estado, não está mais livre para decidir se edita determinadas leis ou não. Em crítica a este posicionamento, Ubillos(2010, p.274) discorre:

*Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no ES un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por La indisponibilidad de su contenido por El legislador. No parece compatible con esa caracterización La afirmación de que los derechos fundamentales solo operan(frente a particulares) cuando El legislador así lo decide.*

Embora se reconheça a função precípua do Legislativo em atender aos deveres de proteção, ressaltam os defensores dessa teoria que o Executivo e o Judiciário também podem e devem agir de maneira autônoma quando a lei exigida pelo dever de proteção esteja ausente ou for insuficiente. Isso porque o dever de proteger os direitos fundamentais requer que o Estado tome atitudes no interesse das liberdades ameaçadas, o que pode ser feito de várias formas, todas compatíveis com a Constituição.

Conforme ensina Canaris(2003, p.56), a proteção dos direitos fundamentais entre os particulares melhor se explica pela função de imperativos de tutela que obrigam o Estado a uma proteção adequada aos direitos fundamentais de cada cidadão. Tal autor ressalva ainda a necessidade de uma argumentação adicional, o que nem sempre é considerado pela doutrina e pela jurisprudência. Escreve o referido autor(2003, p.87): “[...] tem de ser fornecida em cada caso fundamentação específica para a conclusão no sentido de que do direito fundamental tocado resulta, de todo, um dever de proteção quanto à problemática da causa.”

Segundo Sarmiento(2010, p.162), recentemente, vem sendo apontada uma tendência na doutrina germânica em empregar a teoria dos deveres de proteção para explicar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. “Em outras palavras, o Estado não tem apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas tem o dever de fazer com que outros cidadãos os respeitem. Assim, o titular de um direito fundamental é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenções de terceiros.”

Apesar de ser consideravelmente utilizada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, à teoria dos deveres de proteção são atribuídas inúmeras críticas, dentre elas, a mesma engendradora a tese da eficácia mediata, no sentido de não conferir aos direitos fundamentais tutela adequada, já que tal proteção dependeria, muitas vezes, da vontade incerta do legislador ordinário.

A respeito do citado assunto, tem-se a lição de Sarmiento(2010, p.219-220)

Todavia, esta teoria também se sujeita a críticas de diversas procedências. Por um lado, alguns civilistas alemães, preocupados diante de supostos riscos à autonomia da sua disciplina, criticaram o fato de que ela conferiria poderes em demais ao juiz constitucional, permitindo que este, com base em avaliações pouco objetivas, implantasse confusão entre as categorias tradicionais do direito privado, aumentando a insegurança jurídica. De outra banda, e com muito maior procedência ao nosso sentir, afirma-se que a teoria dos deveres de proteção encobre o fato de que, no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais. Ademais, a referida teoria, tal como a da eficácia indireta acima comentada, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com a sua fundamentalidade, máxime num contexto como o nosso – que, aliás, não difere em substância do que existe na Alemanha – em que os instrumentos de controle de inconstitucionalidade por omissão revelam-se falhos, senão praticamente inócuos.

De outra ponta, a resposta à crítica à referida teoria está no fato de que muito embora seja ela tendencialmente mais contida na autorização para a intervenção judicial, não se pode confundir tal posicionamento com menos ambição na proteção dos direitos fundamentais ou da liberdade individual. Na verdade, segundo seus defensores, o que se procura evitar é que os direitos fundamentais sejam utilizados de forma discricionária como fundamento de uma intervenção judicial que, em nome da sua defesa enquanto direitos subjetivos nas relações entre particulares, transmute-se em restrição não controlável de outras dimensões da liberdade individual e dos direitos fundamentais.

E por fim, há de observar-se, conforme expõem seus adeptos, a exemplo de Dieter Grimm (Ferrarini, 2010, p.37), que em consequência do desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção o Poder Legislativo perde poder, ou seja, o poder de permanecer inativo em face de um manifesto perigo para o direito fundamental ou de preterir grosseiramente um interesse constitucional protegido em favor de outro.

## 2.2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988 adotou a concepção de Estado social. Os direitos fundamentais nela inseridos não são, portanto, meros limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual. Conforme Sarmiento (2010, p. 235) “A Constituição e os direitos fundamentais que ela consagra não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos, que têm de conformar seu comportamento aos ditames da Lei Maior.”

Ainda segundo este autor(2010, p. 235),“a Constituição de 1988 não é apenas a Lei fundamental do Estado brasileiro. Trata-se na verdade, da Lei fundamental do Estado e da sociedade, porque contém os principais valores e diretrizes para a conformação da vida socialno país, não se limitando aos papéis mais clássicos das constituições liberais, de organização da estrutura estatal e definição das relações entre governantes e governados.”

Na esteira da discussão dos efeitos dos direitos fundamentais no âmbito do Direito privado, sobretudo, no sentido de sujeição do Estado e do cidadão ao mesmo regime de submissão, verificam-se as formas e os limites de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadasna ordem jurídica. Quais os parâmetros que orientam a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre os particulares.

### 2.2.1. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito brasileiro

O sistema de direitos fundamentais na ordem jurídica tem caráter fortemente social. A ordem Constitucional está voltada para a promoção da igualdade substantiva, o que demonstra um dado relevantíssimo na realidade brasileira que não pode ser ignorado qual seja, a sociedade é muito injusta e assimétrica, caracterizada por contrastes sociais, econômicos e culturais.

Conforme ensina Ferrarini(2010, p. 38):

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

Mesmo com a existência das referidas celeumas na prática jurídica, o que se tem notado atualmente é que a doutrina majoritária pátria tem-se posicionado pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares. A assertiva decorre tanto da característica intervencionista e social da Constituição brasileira, que contém um generoso elenco de direitos sociais e econômicos(arts. 6º e 7º), bem como a previsão de alguns direitos voltados especialmente aos particulares, como, por exemplo, os direitos trabalhistas do art. 7º(SARMENTO, 2010, p. 236).

Além do que foi explanado antes, a Constituição brasileira indica como primeiro objetivo da República “construir uma sociedade justa e solidária”(art. 3º, I), indicando todos

esses fatores que o modelo constitucional brasileiro afastou-se daquela visão liberal de que o Estado seria o único violador dos direitos fundamentais.

Cumprido salientar ainda que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, §1º, limitou-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, o que, segundo boa parte da doutrina, não há nenhum motivo a obstar a eficácia imediata também nas relações entre os particulares.

A aplicação direta dos princípios constitucionais constitui uma resposta hermenêutica a duas características essenciais do próprio ordenamento jurídico: unidade e complexidade, ou seja, o ordenamento não se resume ao direito positivo, ele é um ordenamento sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado.

Sendo, portanto, um ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, ele se apresenta necessariamente como um sistema heterogêneo e aberto, e daí que devido a sua complexidade, só alcançará a unidade caso seja assegurada a centralidade da Constituição que, segundo Tepedino(2007, p. 313), contém “a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade.”

Reforçando a afirmação da acolhida na doutrina tupiniquim da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, discorre Sarlet(2010, p. 26):

Em que pese a existência de outros argumentos, importa fique consignado que a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – embora alguma resistência- tem sido acolhida, em termos gerais e consideradas variações de maior ou menor monta, tanto em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial. Também o Supremo Tribunal Federal brasileiro, na esteira de algumas decisões anteriores, acabou por adotar, pelo menos de acordo com a tendência ora registrada, a tese de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

No mesmo sentido tem-se o posicionamento de Neto(2010, p. 63):

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

Tem-se, portanto, que, na doutrina brasileira, prevalece à tese da vinculação *prima facie* dos particulares aos direitos fundamentais e da mesma forma a jurisprudência pátria vem aplicando diretamente os direitos fundamentais na resolução dos litígios privados, traduzindo

tal opção uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito.

O Estado Democrático de Direito é um Estado comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais, por isso que não se aceita aquela postura passiva que se estabelecia entre o Estado e o indivíduo verticalmente, mas faz-se necessária a presença ativa do Estado também nas relações interprivadas, uma vez que a agressão aos direitos fundamentais, na maioria das vezes, pode ter origem nos detentores do poder social e econômico.

No entanto, a incidência direta dos direitos individuais nas relações entre particulares nem sempre se dá através do reconhecimento de um direito subjetivo de um particular em face do outro. Segundo Ferrarini(2010, p. 41) “Não cabe identificar a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais ao necessário reconhecimento, no caso concreto, de um direito subjetivo no âmbito da relação interprivada em questão.”

Conforme Sarmiento(2010, p. 257):

Na verdade, parece-nos que não é possível resumir todas as hipóteses de aplicação direta dos direitos individuais nas relações privadas à moldura, por vezes estreita dos direitos subjetivos.

[...] o operador do direito não deve ser podado na sua criatividade, reconhecendo-lhe a possibilidade de, através dos mecanismos ou instrumentos que a situação concreta revelar como os mais apropriados, proteger os bens jurídicos tutelados pelas normas garantidoras dos direitos fundamentais.

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

Por fim, vale salientar que o fato de conceber-se a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares em determinadas hipóteses não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação desses através da lei. Nessa linha de pensamento, Neto(2010, p.66) sustenta que o mais conveniente seria que o legislador sempre concretizasse o alcance dos direitos fundamentais nas relações de Direito Privado, mas quando isso não ocorre é que o problema surge. Observe-se:

[...] Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a *omissão* do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a *ação* do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte). Daí a razão de se sustentar a ideia de que quando inexistente a *interpositio legislatoris*, as normas constitucionais podem aplicar-se diretamente.

Os direitos fundamentais como princípios e valores não podem deixar de aplicar-se em toda a ordem jurídica, inclusive, nas áreas do direito privado. Sendo os direitos fundamentais também princípios de valores objetivos, eles têm de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os efeitos *prima facie* dos direitos fundamentais na ordem jurídico-constitucional brasileira pressupõe uma metódica diferenciada e também implicam o reconhecimento de uma relação de complementariedade entre a vinculação dos órgãos estatais e a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais.

### 2.3 DESIGUALDADE FÁTICA E AUTONOMIA PRIVADA NA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES

É indiscutível que o poder público tem o dever de proteger os direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Partindo-se da premissa de que o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais não significa que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma forma que vigoram nas relações entre cidadãos e Estado, não se pode olvidar que nas relações privadas os particulares desfrutam de uma autonomia privada que é constitucionalmente protegida, logo a incidência dos direitos fundamentais nas referidas relações privadas merece adaptações.

A preocupação com a preservação da autonomia privada é de suma importância, pois, conforme sustenta Steinmetz (2005, p. 23-24), “[...] a autonomia privada não só é um princípio relevante para a ordem jurídica, porque, em última análise, ela é uma das múltiplas manifestações do *princípio de autonomia da pessoa* – princípio, a um só tempo, moral e jurídico.”

Considerando que, numa ordem democrática, o indivíduo é essencialmente livre, e esta autonomia constitui um direito fundamental, a extensão dos direitos fundamentais à arena das relações privadas constitui tema que motiva fortes embates na doutrina nacional e estrangeira. A problemática, nesse caso, situa-se no alcance efetivo que se deve reconhecer ao princípio da autonomia privada, pois não se pode traçar uma linha divisória nítida entre a esfera pública e a

esfera privada, já que não são poucas as atividades que se situam numa zona cinzenta, fronteira, as condutas aparentemente privadas que têm uma transcendência social.

Segundo Ferrarini(2010, p. 44),“Por autonomia privada, pode-se entender como a ‘possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica.” Argumenta ainda a referida autora(id,ibidem) que a autonomia privada como conteúdo de um direito fundamental, resulta do valor da autodeterminação da pessoa, da sua liberdade. Para além de ser um princípio fundamental de Direito Civil, é também objeto de proteção constitucional.

Ensina Steinmetz(2005, 23-24) que o núcleo da controvérsia sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais manifesta-se claramente no dissenso acerca dos limites da autonomia privada, entre a teoria da eficácia mediata e a teoria da eficácia imediata,conforme o enunciado:

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

Além de tratar a garantia da autonomia privada como um valor absoluto ou reduzi-la aos seus aspectos económicos, não se pode ignorar que se trata de um conflito entre duas dimensões da igualdade, ou da liberdade com a igualdade. Nesse sentido, Andrade(2010, p. 249-250) pontua que

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

A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio. A vigência do princípio da igualdade na esfera das relações privadas tem a finalidade de proibir a arbitrariedade ou o imperativo de razoabilidade no comportamento do particular. A liberdade individual, seja na sua vertente negocial ou associativa, inclui necessariamente uma margem de arbítrio e não pode ser limitada injustificadamente.

No caso brasileiro, Sarmento(2010, p. 259-260) é um dos defensores da eficácia imediata dos direitos fundamentais também nas relações privadas, porém ele reconhece que



há áreas de imunidade a autonomia privada ao sustentar que: “Temos, como seres humanos, o direito inalienável de agir com base em nossos sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo, e até caprichos, e esta faculdade as autonomias públicas, num Estado de Direito, não podem possuir.”

É a existência desses espaços na vida privada, nos quais alguém atua sem dar explicações, que marca a diferença entre uma sociedade livre e uma sociedade ocupada pelo Estado. Um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões que envolvam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares é a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Assim, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.

Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental em conflito com ela.

O fator para o estabelecimento de uma precedência *prima facie* em favor dos direitos fundamentais será, por conseguinte, a desigualdade fática entre os particulares, mormente considerando a posição preferente destes direitos na ordem constitucional brasileira. Como a Lei fundamental abandonou a perspectiva liberal-burguesa, que outrora refletia a limitação dos direitos fundamentais ao espaço das relações entre Estado e cidadão, na qual a sociedade civil despontava como sendo o reino da vontade privada, sua perspectiva de Estado social cedeu lugar à necessidade de se erradicar a desigualdade material, tendo em vista a constatação de que a assimetria de poder prejudica a autonomia privada das partes mais frágeis.

Consoante Ferrarini(2010, p. 47):

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

No mesmo sentido, pondera Andrade(2010, p. 252-253):

O critério da “desigualdade” ou do “poder social” não deve, por isso, ser entendido como critério classificatório, que nos permitisse *em abstracto* determinar as entidades que, além do Estado e demais pessoas colectivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas.

Os particulares poderão, assim, de acordo com *a natureza específica, a razão de ser e a intensidade do poder exercido* (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade de actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados.

Vale destacar que a doutrina majoritária brasileira tem o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais não vinculam diretamente apenas os chamados poderes sociais, mas também os casos de relações paritárias, e em tais casos, graves violações aos direitos fundamentais podem ser perpetradas, e a solução não pode depender exclusivamente do legislador ordinário, nem da colmatação judicial das cláusulas gerais do Direito Privado porventura existentes (FERRARINI, 2010, p. 48).

Apesar da total liberdade que acomete o agente, a ordem jurídica não admite que ele se submeta voluntariamente a situações que atentem contra a sua humanidade. Mesmo nas relações privadas paritárias e equilibradas, o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao núcleo essencial de seus direitos fundamentais, nem tampouco a sua dignidade como pessoa humana, que são consideradas irrenunciáveis.

Em sentido diverso, Andrade(2010, p. 254) entende que as relações privadas típicas, isto é, as relações entre iguais, os particulares não devem ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais, enquanto direito subjetivos, com os deveres típicos correspondentes:

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

Defende ainda o mesmo autor que a Constituição tem de ser interpretada no sentido de consagrar o princípio da liberdade como regra das relações entre indivíduos iguais. Segundo ele(2010, p. 258):

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

De qualquer forma, a objeção de que não é a existência de uma situação de poder privado ou de desigualdade na relação entre particulares que irá alterar o carácter jurídico-

privado da relação jurídica em causa, uma vez que, diante de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais, seja ele detentor de certo grau de poder social, o mesmo não deixa de ser titular de direitos fundamentais.

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

O próximo tópico trata da análise da regra material de harmonização dos direitos fundamentais, próprias das situações de conflito, já que é entendimento universal que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados, até porque se o fossem não seria possível harmonizá-los na vida social prática.

## 2.4 PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Um dos debates mais importantes sobre a interpretação dos direitos fundamentais é o papel da ponderação ou pesagem, desenvolvido, principalmente, pelo professor alemão Robert Alexy. Para ele, a ponderação é um aspecto do princípio da proporcionalidade, sendo que este se divide em três subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo o referido autor(2007, p. 295):

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

Conforme Alexy, quanto maior o grau de não satisfação, ou detrimento, de um princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro. Essa regra é o que ele denomina de Lei da ponderação.

Essa Lei da ponderação pode ser dividida em três estágios(2007, p. 297):

O primeiro estágio envolve estabelecer o grau de não-satisfação de, ou interferência em, um primeiro princípio. Esse estágio é seguido por um segundo em que é estabelecida a importância de se satisfazer o princípio concorrente. Finalmente, no

terceiro estágio, é estabelecido se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não-satisfação do primeiro.

Compreendidas essas premissas acerca da ponderação e reconhecendo-se que de fato os direitos fundamentais sofrem restrições, seja no âmbito do Estado *versus* cidadão, seja nos atos de autonomia privada, então, toda e qualquer restrição a direito fundamental está sujeita ao exame da proporcionalidade.

Conforme leciona Steinmetz(2005, p. 29-30):

O fato de, nas relações entre particulares, existirem titulares de direitos fundamentais de ambos os lados – ao contrário do que ocorre nas relações entre particular(es) e Estado – não é suficiente para mudar a natureza, a função e a força eficaz dos direitos fundamentais. A mudança do “âmbito relacional” de aplicação não altera a qualidade jurídica dos direitos fundamentais.

Ainda, segundo o referido autor(2005, p. 41),”o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de ponderação propriamente dito, pois ele ordena que os meios elegidos devam se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. E esse dever é cumprido mediante o exame do equilíbrio ou da justa medida entre a restrição(meio) e a finalidade pretendida.”

E se a autonomia privada é objeto de tutela constitucional, então os conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada, nos casos em que se configuram restrições a direitos fundamentais oriundos de atos de autonomia privada, devem ser resolvidos como conflitos entre direitos fundamentais *versus* bens constitucionalmente protegidos.

Segundo Ferrarini(2010, p. 52):

Na realidade, nem todas as manifestações da autonomia privada desfrutam de proteção constitucional dotada da mesma intensidade. Por constituir um valor essencial do Estado Democrático de Direito e também por exprimir importante dimensão da ideia de dignidade da pessoa humana, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior deverá ser a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.

Assim, consoante ensina Sarmiento(2010, p. 268), “podemos afirmar que o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada.”

Sem ter a pretensão de esgotar-se a temática tanto do efetivo significado quanto da importância da ponderação, entende-se por acertada a posição da grande maioria dos autores que se dedicaram à matéria, no sentido do reconhecimento de que a aplicação dos direitos

fundamentais nas relações entre os particulares envolve ponderação de interesses, em que a autonomia privada estará invariavelmente do outro lado da balança.

Logo, não se justificam os temores registrados na teoria da eficácia mediata em relação a autonomia privada e a perda de identidade e de função de Direito Privado, porque sendo ela um bem, constitucionalmente, protegido, não pode ser simplesmente afastada, é o que relata Steinmetz(2005, p. 29): “assim como direitos fundamentais podem operar eficácia limitando o princípio da autonomia privada, assim também o princípio da autonomia privada, à medida que ela tem assento constitucional, pode operar como fundamento de restrição a direitos fundamentais.”

Portanto, a aplicação direta dos direitos fundamentais também nas relações particulares não é necessariamente afrontosa à autonomia privada. E o autor acima citado dá duas razões para tanto(2005, p. 24):

(i) porque a autonomia privada é, também ela, um bem constitucionalmente protegido e, em razão disso, não pode ser afastada sem mais; e (ii) porque na dogmática e na jurisprudência constitucionais contemporâneas já há referenciais teóricos e metodológicos construídos – a saber, a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade – para solucionar as colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada de forma racionalmente controlável.

Atualmente, a autonomia privada foi remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública, conforme lição de Tepedino (2007, p. 310-311):

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

Tendo por base essa nova perspectiva do Estado e do Direito assumindo novas funções que divergem daquela concepção do Estado liberal, onde os direitos fundamentais não se limitam apenas as relações entre governantes e governados, incidindo em outros campos como mercado, família, relações de trabalho, entre outros. O capítulo seguinte dedica-se a um estudo ao instituto da família, o seu desenvolvimento e suas transformações, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Como bem relata Ferrarini(2010, p.54), “a análise das teorias que trata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas nos permite observar que elas não

necessariamente têm de ser concebidas como excludentes, o que reforça a ideia de uma metódica de complementaridade e da necessidade de uma postura cautelosa e menos radical.”

Feitas as necessárias considerações sobre as teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e partindo-se do tom mais sereno que relata a autora supracitada, que se pretende, após o estudo da trajetória da família na ordem jurídica brasileira, refletir acerca da teoria dos deveres de proteção do Estado como contribuição ao reconhecimento jurídico das famílias simultâneas, uma realidade sociológica no país que merece um debate bem fundamentado na literatura jurídica pátria.

### **3 A FAMÍLIA E SUA MUDANÇA DE PARADIGMAS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Para que se entenda a história da família como entidade ancestral, é mister saber se ela está interligada com os rumos e desvios da própria história, mutável na exata medida em que mudam as suas estruturas e a sua arquitetura através dos tempos. De acordo com o que escreve Maluf(2010,p.1):

A família sempre desempenhou um papel fundamental na vida do homem, representando a forma pela qual este se relacionava com o meio em que vivia. No decorrer da evolução e da mutação do tempo histórico, o seu rosto mudou, adaptando-se a novas configurações advindas da experiência científica, da revolução dos costumes e da mudança de paradigmas.

As mudanças operadas na família vêm desde a fase familiar tradicional dos séculos XVI a XX até chegar-se à concepção introduzida pela Constituição de 1988. Sem pretender esgotar todas as transformações ocorridas na família do Brasil, este trabalho limitasse a estudos sobre as transformações ocorridas nos grupos familiares do período colonial até a contemporaneidade, partindo da família patriarcal, pois apesar de não ter sido este o único modelo de família na sociedade brasileira colonial como um todo, foi este que serviu de base para a codificação civil de 1916, sendo possível identificar as rupturas e descontinuidades até o surgimento da família nuclear. Conforme expõe Ferrarini(2010, p.56):

O padrão familiar tradicional era fundado no matrimônio, sendo o vínculo do casamento a única forma legítima de constituição da família. O caráter instrumental que lhe era conferido estava condicionado a interesses extrínsecos, sobretudo do Estado. A família não estava voltada à realização de cada indivíduo dentro do próprio grupo, ao contrário, cada membro era visto como promotor dos interesses dessa instituição. O bom funcionamento da família, a sua prosperidade, era de fundamental importância para o desenvolvimento do Estado.

Segundo Madaleno (2016, p.7), “O casamento identifica a relação formal consagrada pelo sacramento da Igreja, ao unir de forma indissolúvel um homem e uma mulher e cujos vínculos foram igualmente solenizados pelo Estado, que, durante largo tempo, só reconheceu no matrimônio a constituição legítima de uma entidade familiar, marginalizando quaisquer outros vínculos informais.”

Nessa época, a família era vista como uma unidade econômica, ela funcionalizava nesse período para garantir o ter em detrimento do ser. Era, pois, o elemento essencial de produção e crescimento do Estado. Conforme nos esclarece Ferrarini(2010,p.56):”Nesse

contexto, com o objetivo de assegurar o desenvolvimento econômico e a transmissão do patrimônio, a função primordial do vínculo familiar era a procriação.”

A família patriarcal foi implantada no Brasil na época da Colônia e vigorou desde o século XVI até o século passado. Ela desempenhou um papel fundamental na sociedade colonial pelo fato de concentrar para si as funções sociais e econômicas mais importantes.

Nesse caráter institucionalizado e transpessoal da família, as vontades individuais cediam lugar aos interesses familiares e do próprio Estado. Nesse contexto, Chaves e Rosenvald(2015, p.5) escrevem:

Mais ainda, compreendia-se a família, como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade.

O indivíduo vivia para o fortalecimento da instituição da família, ou seja, esta não estava a serviço dos seus membros e sim os seus componentes jungiam-se a ela. Sobre a família patriarcal, importante destacar o que diz Perrot (1993, p.77-78):

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

Nesse modelo de família, era necessária a figura de uma autoridade para assegurar a ordem e a unidade, e tal papel caberia ao homem como chefe da sociedade conjugal. A esposa tem papel definido nesta estrutura familiar como o de subordinação, para o qual ela era criada desde a tenra infância(RUZYK:2005, p.119). “A família patriarcal era a espinha dorsal da sociedade e desempenhava os papéis de procriação, administração econômica e direção política” (FERRARINI, 2010, p.57).



Na família patriarcal, apenas o chefe era dotado de direitos e cidadania plena. Aos demais membros não eram conferidos os mesmos poderes e direitos. Mulheres e filhos eram tratados como seres frágeis, dependentes e submissos, encontrando-se em posição de inferioridade, não tendo, como consequência, a mesma dignidade que o homem. Aliás, a criação dos filhos visava ao atendimento da necessidade de reprodução desse modelo de família, que tem por funções a transmissão do *status* e do patrimônio. A instituição familiar, portanto, estava no ápice da hierarquia, seguido pelo pai, chefe de família e detentor de toda autoridade. Segundo Ferrarini (2010, p. 58):

Isso porque a manutenção da comunidade familiar como fim do Estado relegava a um segundo plano a realização e o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo que a compunha.

A opção patrimonializada da família desconsiderou os desejos pessoais, sentimentos, sonhos e quaisquer outros valores particulares e individuais dos seus componentes. Esse interesse familiar superior, sobreposto às vontades individuais, era fruto do entendimento de que a instituição deveria atender prioritariamente aos interesses da propriedade.

A extensão do poder do patriarca, que não se limitava à mulher e aos filhos, dirigia-se também à senzala. Não era conferida ao Estado a possibilidade de intervenção no espaço privado da instituição familiar, o que tornava o abuso aos mais fracos uma realidade incontestável.

O poderio patriarcal ganhou espaço na estrutura do Brasil Colônia, onde o governo português não se fez representar satisfatoriamente. Assim, na ausência de um Estado forte, os proprietários de terra foram tomando os espaços e detendo o poder. Essa família patriarcal, baseada na autoridade masculina, estendeu-se por toda a sociedade brasileira, primeiro, centrada nos senhores de engenho e, depois, nos políticos.

Desta feita, surgiu a confusão entre o público e o privado, bem como a invasão do Estado pela família, passando aquele a ser uma continuação desta. A mudança de rumos só aconteceu quando o Estado passou efetivamente a assumir as suas funções.

O patriarcalismo, modelo de família na época do Brasil Colônia, que, a partir de uma perspectiva institucionalista da família e do caráter transpessoal e abstrato dessa instituição, que constituiu a estrutura que dominou a realidade social da época e, portanto, refletiu sua racionalidade na codificação de 1916. Ele foi à influência decisiva para o modelo de família, instituído na codificação civil brasileira de 1916, porque era a extensa predominante entre a elite detentora do poder político e econômico do século XIX. A esse respeito, esclarece Ruzyk (2005, p. 152):

No início do século XX, como anteriormente exposto, a família predominante nas elites possui ao menos quatro caracteres fundamentais: o patriarcalismo, a hierarquização, a origem fundada exclusivamente no matrimônio e o ainda forte caráter transpessoal. Trata-se da família herdada da decadente “casa-grande” do século XVIII e início do século XIX, no que respeita às elites rurais, e do “sobrado” do século XIX, no que tange às elites urbanas.

Elites diversas ao longo da história, mas que ocupam um mesmo lugar no poder, e apresentam, dialeticamente, certas características comuns. As elites rurais mantêm alguns traços da família extensa que marca a casa-grande freyriana, ao passo que as urbanas se aproximam de uma formação nuclear.

Não surpreende, por conseguinte, que a essas famílias se dirija a codificação civil de 1916. A fórmula engendradora na disciplina da família é ideologicamente engenhosa: baseia-se, pretensamente, na tradição da família patriarcal romana.

Feitas essas considerações iniciais a respeito do modelo da família patriarcal e sua permanência na sociedade brasileira, por mais de um século, e antes de adentrar-se na verdadeira revolução pela qual passou a família brasileira no transcurso do tempo, busca-se efetuar uma compreensão interdisciplinar, sobretudo, social de tais alterações, tendo em vista que a família antecede, sucede e transcende o jurídico.

Com vistas a verificar as alterações legislativas e a consequente proteção jurídica conferida à família no cenário jurídico brasileiro atual, este trabalho faz uma breve análise das origens do direito privado nacional, uma vez que o tratamento jurídico, dispensado à família é e sempre foi diretamente influenciado pelas diretrizes do direito privado, o que demonstra a necessidade de apresentar-se um breve histórico do direito civil nacional.

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

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

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

Com a edição do referido Código, toda a França passa a centrar-se nele, o que significou, no plano privado, o triunfo do positivismo jurídico. Ocorre que essa estrutura, ao

passar dos anos, vai ser extremamente criticada, pois o que deveria refletir os ideais da Revolução Francesa focaliza dois outros valores fundamentais que são a propriedade e o contrato que deveria ser para todos, mas termina por submeter o fraco ao forte. É o que repassa Lotufo(2003, p. 18):

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

Mesmo sofrendo com as críticas de vários juristas franceses, esse Código ganha grande repercussão no meio jurídico e acaba servindo de modelo para vários outros países, inclusive, o Brasil. Segundo Ferrarini(2010,p.61),“O Código Civil é o centro do Direito Civil e o símbolo da história e das conquistas do cidadão francês. ‘O direito francês, com toda sua influência, será exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz será a boca da lei, o escravo da lei.’ Não pode interpretá-la, deve seguir um raciocínio puramente dedutivo e aplicar o que está na lei.”

Apresentadas as características da família patriarcal e algumas considerações sobre o início do Direito Privado, na sequência, com o propósito de compreender a evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro, serão expostas algumas considerações sobre Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, sendo este último analisado sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, e, por conseguinte a mudança de paradigmas sobre o instituto da família.

### 3.1 O CÓDIGO CIVIL DE 1916

O anteprojeto do Código Civil de 1916 foi formulado sob grande influência do Código de Napoleão. Com o propósito de substituir a legislação esparsa de origem portuguesa e seguindo o histórico domínio do patriarcalismo, desde os tempos primitivos, a codificação de 1916, a exemplo da maioria das legislações do mundo ocidental à época, refletiu os interesses e costumes do patriarcado. Segundo Ferrarini(2010, p. 62):

Imperava nessa época, o liberalismo. A herança de tal liberalismo patrimonialista pós-revolução francesa produziu a cultura da codificação, cujas raízes remontam ao iluminismo e seu determinismo científico. O Código veio, portanto, como a

codificação do homem privado. Nesse contexto, o sujeito, para o Direito, era aquele que desempenhava papéis pré-estabelecidos num corpodificado. A noção de pessoa se confundia com a ideia de sujeito de direitos tipicamente patrimonial. Consequentemente, todos os institutos acabavam sendo analisados a partir dos mesmos valores.

O Código civil, no período da sua vigência, representava a constituição do Direito Privado a deter exclusividade de sua regulação. Nessa época, o Código aspirava aos ideais iluministas de completude e ausência de lacunas. Ainda, conforme a mesma autora (2010,p. 62):

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

Estas características da codificação de 1916 retratavam a tradição desencadeada pelo modelo francês, no qual prevalecia o prestígio ao indivíduo voluntarista e o liberalismo jurídico, que consagrou, no século XIX, a completude e a unicidade do Direito, que passou a ser fonte única o Estado. Mas como a sociedade avançava em seus costumes, principalmente após o período da Revolução Industrial, as exigências socioculturais dessa época alteraram-se e impôs-se a necessidade de mudar o enfoque.

Após tal período, já se reconhecia a necessidade de intervenção do Estado para regular as relações sociais e, especialmente, as econômicas. Nessa linha, pode-se afirmar que o modelo de legislação única já não atendia aos anseios dessa sociedade moderna após Revolução Industrial, logo surgiu à edição de estatutos especiais, regulamentadores de temas específicos, iniciando-se, assim, a superação do modelo, ideologicamente, baseado no individualismo capitalista, redigido para regular a vida em sociedade como documento único e completo.

Consoante Ramos(1998, p. 7), “Estes estatutos, designados num primeiro momento como leis extravagantes, foram editados em razão de pressões sociais, para atendimento das mais diversas necessidades, em particular a proteção da parte economicamente mais fraca.” Nesse sentido, tem-se, também, a visão de Lôbo(2007, p. 26-27):

A revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica, constituíram-se em arenas de exigência

de liberdades e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada.

[...]

Proliferaram na década de setenta deste Século, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do direito, no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados de “códigos”, em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor – dotados de natureza multidisciplinar. A variedade de problemas que envolve o trato legal dessas matérias não pode ser subsumida nas codificações tradicionais, pois, quase sempre, além das relações civis, reclamam o disciplinamento integrado e concomitante de variáveis processuais, administrativas e penais. Por outro lado, esses novos direitos são informados necessariamente de dados atualmente irrefutáveis de vários ramos das ciências ou da ética.

Os referidos estatutos passaram a revogar ou complementar o que estava contido na codificação. “A edição de um número cada vez maior de textos de lei especial provocou uma verdadeira descentralização do Direito Privado”(FERRARINI, 2010, p.63). Como consequência, a recepção destas novas fontes do Direito operou uma inversão hermenêutica.

Levando-se em conta que as regras de interpretação transferiram-se do instituído pelo sistema da codificação para o âmbito das leis especiais, ainda que mantida a aplicação residual do Código Civil, chegou-se à conclusão de que era necessário, ter naquele momento, um sistema fragmentado, ora excluído, ora a complementar a constelação de microssistemas estabelecidos.

Segundo Monteiro Filho (2008, p. 263-264), “Pouco a pouco, a legislação de direito privado ia se avolumando e se adensando ao redor do Código Civil, de tal sorte que aquele vetusto de completude restará posto em xeque por observadores mais argutos.”

Entretanto, diante dessas mudanças ocorridas dentro do direito privado, surge uma ampla reforma na concepção do direito civil. Paulatinamente, a partir da interferência de normas de ordem pública no campo privado, o Direito Civil passa por transformações ao mesmo tempo em que assiste à passagem do Estado liberal para o Estado social (FERRARINI,2010, p.64).

### 3.1.1 A inserção do instituto do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda nº 9 de 1977

Um tema que gerou uma verdadeira batalha no direito civil brasileiro foi a dissolução do casamento através do divórcio. Se hoje a dissolubilidade do casamento é admitida na

grande maioria dos povos civilizados, em tempos passados, principalmente sobre a forte influência da Igreja Católica, advogavam seus opositores que o referido instituto traria o fim da família. Sobre esse tema, escreve Delgado(2015, p. 637):

Os principais combatentes dessa batalha sempre foram os setores ligados à Igreja Católica. Nas trincheiras divorcistas não se pode deixar de fazer alusão ao deputado e senador fluminense Nelson Carneiro. Hoje, é difícil acreditar, mas se dizia que o divórcio “dissolvia a família”, “reduzia a natalidade”, “aumentava o aborto e a criminalidade infantil”, “comprometia a educação dos filhos, pela ruína da autoridade paterna e da piedade filial”. O divórcio era sintoma de decadência e do egoísmo social, dizia o Padre Leone Franca, em obra que tornou famosa nos anos 1950<sup>2</sup>.

O casamento era indissolúvel no Brasil até 1977, mantendo a legislação os resquícios coloniais das Ordenações do Reino que eram impregnadas pelo Direito Canônico, considerando, assim, o casamento como um sacramento e, portanto, indissolúvel. O interesse era na preservação institucional da família. Segundo Ruzyk(2005, p. 160):

Essa postura era coerente com o sistema do Código, mas acabou por entrar em descompasso com a realidade histórica construída durante o século XX. A coerência com o sistema é verificada na medida que, se o único modelo de família acolhido pelo Direito Civil era o matrimonializado, o fim do matrimônio ensejaria o fim da família. A monoparentalidade, a união estável, a simultaneidade podiam existir como situações familiares de fato, mas não o eram na perspectiva do modelo jurídico.

O sentido de preservação institucional da família era, por conseguinte, incompatível com a admissibilidade de dissolução do vínculo entre o cônjuges, tolerando-se, quando muito, a dissolução da sociedade conjugal.

Antes da edição do Código Civil de 1916, logo após a proclamação da República, foi editado o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil no Ordenamento vigente e admitiu o divórcio *quoad torum et mesam*, cujos efeitos se restringiam à dissolução da sociedade conjugal<sup>3</sup>, o que correspondia ao que chamamos hoje de separação legal. Conforme Delgado(2015,p.637), “Era o divórcio simples, que se distinguia do divórcio vincular. O casamento, vínculo conjugal propriamente dito só se dissolvia com a morte de um dos cônjuges<sup>4</sup>. E se as causas para ‘divórcio *quoad torum et mesam*’ eram postas em *numerus*

<sup>2</sup> FRANÇA, S.J., Leonel. O divórcio. Rio de Janeiro: Agir, 1955.

<sup>3</sup> Art. 88. O divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regimen dos bens, como si o casamento fosse válido.

<sup>4</sup> Art. 93. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, e neste caso proceder-se-ha a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil.

*clausus*, de forma extremamente restritiva<sup>5</sup>. Até mesmo o divórcio consensual exigia que os cônjuges indicassem o motivo da separação<sup>6</sup>.”

A primeira Constituição Republicana do Brasil(1891) reconheceu o casamento civil com celebração gratuita(art. 72, §4<sup>a</sup>), e a regulamentação do casamento continuou prevista no Decreto n 181.

O Código Civil de 1916 previu a dissolubilidade da sociedade conjugal, referindo-se agora como “desquite” e não mais como divórcio. A redação original do art. 315 previa que “a sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pelo desquite, amigável ou judicial.” O parágrafo único dispunha que “o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges.” Ou seja, na prática, manteve a mesma sistemática da legislação anterior, promovendo apenas a substituição da palavra divórcio por desquite.

Promulgada a Constituição de 1934, esta remeteu a questão para a lei ordinária<sup>7</sup>, já a Constituição de 1937 suprimiu a referência ao desquite e à anulação do casamento, limitando-se a reafirmar a indissolubilidade do vínculo<sup>8</sup>. A Constituição de 1946 manteve a supressão e reafirmou a indissolubilidade<sup>9</sup>, e a Constituição de 1967/1969 também não mencionou o desquite. Conforme relata Delgado(2015, p. 638):

---

<sup>5</sup> Art. 82. O pedido de divórcio só pode fundar-se em algum dos seguintes motivos: §1º Adulterio, §2º Sevícia, ou injúria grave. §3º Abandono voluntario do domicilio conjugal e prolongado por dous annos contínuos. §4º Mútuo consentimento dos cônjuges si forem casados há mais de dous annos. Art. 83. O adultério deixará de ser motivo para o divorcio: §1º Si o réo for a mulher e tiver sido violentada pelo adultero. §2º Si o autor houver concorrido para que o réo o commettesse. §3º Quando tiver sobrevivendo perdão da parte do autor. Art. 84. Presume-se perdoado o adultério quando o cônjuge innocente, depois de ter conhecimento d'elle, houver cohabitado com o culpado.

<sup>6</sup> Art. 85. Para obterem o divorcio por mutuo consentimento deverão os cônjuges apresentar-se pessoalmente ao juiz, levando a sua petição escripta por um e assignada por ambos, ou ao seu rogo, si não souberem escrever, e instruída com os seguintes documentos: §1º A certidão do casamento. §2º A declaração de todos os seus bens e a partilha que houverem concordado fazer delles. §3º A declaração de accordo que houverem tomado sobre a posse dos filhos menores, si os tiverem. § 4º A declaração de contribuição, com que cada um delles concorrerá para a criação e educação dos mesmos filhos, ou da pensão alimentícia do marido à mulher, si esta não ficar com bens sufficientes para manter-se. § 5º Tratando-se da nota do contracto ante-nupcial, si tiver havido. Art. 86. Recebidos os documentos referidos e ouvidos separadamente os dous cônjuges sobre o motivo do divorcio pelo juiz, este fixar-lhes-ha um prazo nunca menor de 15 dias nem maior de 30 para voltarem a ratificar, ou retractar o seu pedido. Art. 87. Si, findo este prazo, voltarem ambos a ratificar o pedido, o juiz, depois de fazer autoar a petição com todos os documentos do art. 85, julgará por sentença o accordo, no prazo de duas audiências, e appellará ex-officio. Si ambos os conjuges retractarem o pedido, o juiz restituir-lhes-ha todas as peças recebidas, e si sómente um delles retractar-se, a este entregará as mesmas peças, na presença do outro.

<sup>7</sup> Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, havendo recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

<sup>8</sup> Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

<sup>9</sup> Art. 163. A família é constituída pelo casamento indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

Apenas com a Emenda Constitucional n. 9, de 1977, de autoria do senador Nelson Carneiro, a separação judicial (antigo desquite) volta a ser mencionada na Constituição, agora como um requisito para o divórcio. Essa foi a solução engenhosa encontrada pelo legislador para permitir a aprovação da emenda e possibilitar a inserção do divórcio vincular em nosso ordenamento jurídico. Segundo Cahali, buscou-se “uma *solução de compromisso*, no sentido de estabelecer, em texto constitucional, os parâmetros a serem observados na regulamentação do divórcio pelo legislador ordinário, no que diz respeito às condições limitadoras de sua admissibilidade”, além de representar meritória homenagem ao nosso legislador às mais caras tradições morais e cristãs do nosso povo, conscientizando aquele de que não se rompe impunemente com um passado respeitável de muitos séculos.

Apesar da admissão do divórcio vincular no ordenamento do país, este apresentava restrições que dificultavam a sua utilização, o que amenizou a ira de setores mais conservadores da sociedade, especialmente aqueles ligados à Igreja Católica. A dissolução do casamento, por exemplo, só era possível após prévia separação judicial por mais de três anos ou prévia separação de fato por mais de cinco anos, desde que iniciada antes da data da promulgação da emenda.

Após a aprovação da EC 9/1977, houve a sanção da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, a chamada Lei do divórcio, que disciplinou a matéria tanto no âmbito civil quanto no processual civil, promovendo as necessárias alterações no Código Civil de 1916<sup>10</sup> e no Código de Processo Civil de 1973.

Com a vigência da referida lei, o Brasil passou a adotar o chamado sistema dualista, pois a Lei 6.515/77 acrescentou o divórcio entre as causas de dissolução da sociedade conjugal e do casamento (art. 2º), substituindo o desquite pela separação judicial (arts. 41 a 48). Assim, a separação judicial põe termo à sociedade conjugal, enquanto o divórcio dissolve o próprio vínculo matrimonial, ou seja, fazia-se a distinção entre terminar e dissolver o casamento, uma vez que este terminava com a separação judicial, mas só se dissolvia com o divórcio.

O divórcio era concedido por conversão da separação judicial existente há mais de três anos (art. 25) ou após cinco anos de separação de fato (art. 40). Essa situação perdurou até 1988, porque a promulgação da Constituição de 5 de outubro daquele ano trouxe uma drástica redução dos prazos de prévia separação, anteriormente estabelecidos como requisitos para o divórcio. Foi sancionada a Lei n. 7.841/89 que alterou os arts. 36, inciso I, e 40 da Lei do

---

<sup>10</sup>No Código Civil de 1916 foi revogado todo o Título IV, do Livro I, que tratava da dissolução da sociedade conjugal (arts. 315 a 324) e da proteção da pessoa dos filhos (arts. 325 a 328), visto que essa matéria seria tratada exclusivamente pela Lei do Divórcio.



Divórcio, reduzindo de três para um ano o prazo para conversão da separação judicial em divórcio e de cinco para dois anos o prazo para o divórcio direto.

Em 1992, a Lei n 8.408 alterou novamente a Lei do Divórcio, reduzindo para um ano o prazo previsto no art. 5º, § 1º, da separação judicial por ruptura da vida em comum.

O Código Civil atual(CC/2002) não produziu nenhuma alteração substancial no divórcio, reproduzindo, em linhas gerais, as disposições já existentes na legislação anterior. Ele manteve o sistema dualista, em que a separação judicial põe termo à sociedade conjugal e o divórcio extingue o vínculo matrimonial(art. 1.571). Consoante Delgado(2015, p. 639), “A principal novidade foi afastar a necessidade de imputação de qualquer conduta culposa para que se pudesse requerer o divórcio, abrindo ao juiz a possibilidade de reconhecer outras causas de insuportabilidade da vida em comum, além daquelas previstas em lei.”

Ocorre que, conquanto não obrigasse, o Código Civil de 2002, ainda, permitia a discussão da culpa nos processos de separação judicial. A redação do art. 1.572 dizia que um dos cônjuges poderia propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importasse grave violação dos deveres do casamento e tornasse insuportável a vida em comum.

Também era permitida a propositura da separação judicial quando um dos cônjuges provasse ruptura da vida em comum há mais de um ano, e a impossibilidade de sua reconstituição(art. 1.572, §1º), quando o outro estivesse acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que tornasse impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tivesse sido reconhecida de cura improvável.

Podemos afirmar, portanto, que o Código Civil de 2002 disciplinava três modalidades ou espécies da separação judicial litigiosa, por iniciativa de um dos cônjuges do conflito conjugal: a separação-sanção(*caput* do art. 1.572); a separação-ruptura(§1º) e a separação –remédio(§2º).

Na separação culposa ou separação-sanção, o Código de 2002 adotou o sistema de cláusulas genéricas, que tinha como questão de fundo o grave descumprimento de dever conjugal, cujo ato tornasse insuportável a vida em comum, cumprindo ao juiz o devido enquadramento jurídico em face aos fatos determinantes.

A separação-remédio era fundada em doença mental grave do cônjuge, reconhecida de cura improvável, após duração de dois anos, foi mantida como espécie de separação judicial, não obstante o instituto do divórcio direto, decorrente da separação de fato por idêntico período de dois anos, que virtualmente a teria revogado. Declara Delgado(2015, p.640) que

No art. 1.573, o Código apresentava situações culposas, em caráter exemplificativo, que poderiam provocar a insuportabilidade da vida em comum, tornando, de consequência, impossível a comunhão de vida. Apesar da má técnica de redação do dispositivo, quando, inclusive, incluiu a conduta desonrosa (causa genérica) como se fosse causa específica, tenha-se que o rol apresentado não implicou o retorno ao sistema de causas taxativas, então adotado pelo art. 317 do antigo Código Civil e revogado pelo art. 5º da Lei do Divórcio que instituiu causas genéricas.

Tratou-se a rigor, de norma de apoio ao sistema estabelecido pelo *caput* do art. 1.572, a tanto que o parágrafo único do art. 1.573 veio aludir genericamente a fatos que tornassem evidente a impossibilidade da vida em comum e que pudessem ser considerados pelo juiz.

Com relação à separação consensual, o Código Civil de 2002 reduziu o prazo de duração do casamento como pressuposto de admissibilidade para o pedido de separação consensual. Tal pedido seria possível se os cônjuges fossem casados por mais de um ano. Já o art. 4º da Lei 6.515/77 exigia o tempo mínimo de dois anos de união conjugal para poder efetuar o pedido de separação. Seguindo ainda a percepção de Delgado(2015, p.640), pode-se afirmar que

Essa redução temporal apresentou-se com maior razoabilidade fática, não desconhecendo a hipótese de nesse interregno um ou outro cônjuge já separado de fato poder constituir com outrem uma união estável. Demais disso, o dispositivo guardou identidade lógica com o mesmo prazo de um ano para a separação-ruptura anteriormente prevista no §1º do art. 1.572, pela qual o pedido de separação judicial poderia ser formulado, uma vez ocorrido o lapso temporal e verificada a impossibilidade da reconstrução da vida em comum.

A exigência de prazo mínimo para o pedido de separação judicial consensual sempre foi objeto de críticas, tendo em vista que a vedação poderia colidir com a possibilidade real de ocorrência de união estável superveniente à referida separação de fato. Essa separação de fato poderia verificar-se logo depois de constituído o casamento, com a consequência de ensejar uma união estável a envolver os cônjuges separados com terceiros.

Assim, como a dicção do art. 1.576 sobre a separação judicial por termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens, a separação de fato também fazia cessar os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca e a jurisprudência. Nesse caso, de separação de fato, já vinha consagrada a cessação do regime de bens, não se comunicando os bens auferidos durante a separação de fato ao patrimônio conjugal.

No que toca à questão do sistema dualista, em vigor no Código Civil de 2002, antes da Emenda Constitucional 66 de 2010, era o instituto da reconciliação, a justificar a necessidade de permanência da separação de direito no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 1.577 do

citado Código dispunha que qualquer que fosse a causa da separação judicial ou o modo como ela se deu, seria lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

### 3.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A partir do final da segunda guerra, com a vitória das Nações Unidas e a consequente Declaração Universal dos Direitos do Homem que culminou na redemocratização de vários Estados, a estrutura firme, baseada na exegese e no raciocínio dedutivo, típico do liberalismo, pôs-se em xeque.

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

Ao longo do século XX, surge o advento do Estado Social e a percepção crítica da desigualdade entre os indivíduos. O Direito Civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia de vontade. Segundo Ferrarini(2010, p. 65), “Em nome da solidariedade social e da função das instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública.” Ainda na lição de Ferrarini(2010, p. 66):

A ideologia do Estado social buscava atender os direitos sociais básicos de todos os cidadãos, sem excluir os pobres e os economicamente inativos, a partir da realização da igualdade material. Esta verdadeira revolução de ideias e quebra de paradigmas, com reconhecimento dos direitos sociais e a necessidade de sua efetiva realização, refletiu na inclusão destes direitos nas Constituições da maioria dos países democráticos.

A edição das Constituições no pós-guerra, sobretudo, com a remodelação trazida pela internalização da Declaração Universal pelas ordens jurídicas, importou na exigência de uma leitura diferenciado direito privado, com ampla percepção no direito civil, o que ocasionou um descompasso e a necessidade de um novo estudo chamado de direito civil constitucional, no qual a inteligência do direito civil teria como centro não mais o Código, mas a Constituição dos respectivos países.

Os valores constitucionais efetivaram um grande impacto sobre o Direito Civil. Pode-se afirmar que o maior deles diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que

passou a constar em vários documentos internacionais. O citado princípio impõe limites e atuações positivas ao Estado e, no campo do direito privado, ele promove uma despatrimonialização e uma repersonalização no direito civil, com ênfase nos valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em dimensão física quanto psíquica.

Esse movimento de constitucionalização e repersonalização do direito civil, que eclodiu na Europa do pós-guerra, também, chegou ao Brasil na década de oitenta, principalmente, com a promulgação da Constituição de 1988. Após a vigência dessa Lei Maior, ocorreu um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que aquela passara a disciplinar matérias que, até o momento, eram de exclusivo tratamento da lei ordinária. A partir daí, a ordem civil, ordinariamente privada, passa a ser submetida às diretrizes constitucionais. A respeito desta transformação, escreve Monteiro Filho (2008, p. 263):

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

A recepção de temas pela Constituição Federal de 1988 que compreendia na dicotomia tradicional o estatuto privado é reconhecida como a constitucionalização do direito, que muito mais do que um critério hermenêutico formal, constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil na transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Tem-se, portanto, que o marco histórico do novo Direito Constitucional no Brasil e o processo de redemocratização que o país sofreu foram protagonizados pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, leciona Barroso(2016, p.4):

Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

A nova ordem constitucional rompe com a racionalidade dos modelos fechados. Ela é um retrato de uma realidade histórica social, constituída não por fatos isolados, mas por um

movimento conjunto ao longo de muitas décadas que vem à tona também no direito legislado. Mediante a citação de Ferrarini(2010, p.68):

A visão que se tinha da Constituição como um documento essencialmente político, cujas propostas ficavam invariavelmente condicionadas à vontade do legislador foi superada pelo reconhecimento de sua força normativa, apesar da resistência enfrentada num país habituado ao autoritarismo. A Carta Magna de 1988 aliadas à doutrina e a jurisprudência teve o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

Por óbvio, a diferença de datas entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988 trouxe embates em torno da incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Segundo Lôbo(2007, p. 25), “Enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado Liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.”

O Código Civil de 1916, como todos os códigos oitocentistas, imperava com todo vigor a noção do Estado liberal. Com a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico pátrio sofreu grande modificação, indo de encontro ao puro liberalismo e ao individualismo exacerbado das épocas anteriores.

Com o passar dos anos e a evolução dos costumes da sociedade brasileira, surgem novos e mais complexos problemas de convívio social, expondo a fraqueza do sistema codificado, sua obsolescência e inadequação a uma realidade apresentada. Consoante Ferrarini(2010, p. 69), “Não mais poderia perdurar um Código, que diante das circunstanciais materiais da contemporaneidade, sustentasse a pretensão de completude.”

Ante a essas mudanças, surgem projetos de lei com a finalidade de elaborar um novo Código Civil que passaram anos parados no Congresso Nacional. Finalmente, no ano de 2002, passada uma década e meia da edição da Constituição Democrática, o Novo Código Civil desponta com a promessa de conferir a máxima eficácia social e consagrar os valores consubstanciados na Constituição.

Na esteira da corporificação do Estado social pela Carta Política de 1988, o novo Código Civil apresenta-se mais avançado do que o seu antecessor, ainda que se reconheça que tais avanços não são homogêneos. O novo diploma civil não alterou substancialmente o estado de muitas coisas, as inovações profundas e significativas foram poucas, as maiorias das aparentes alterações legislativas foram nada mais do que uma incorporação à lei de entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais da época.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, inúmeras foram as críticas no sentido de que este, já na sua edição, estava velho e ultrapassado, no entanto, não há como negar sua importância na vida do cidadão comum. “O novo Código Civil é um progresso, embora muitos doutrinadores tenham defendido que, nos moldes como foi apresentado, deveria permanecer como estava” (FERRARINI, 2010, p.70).

Entre os críticos do Código Civil de 2002 está Ruzyk (2005, p. 163-164) que aponta o seguinte:

Código Civil de 2002, a seu turno, durante sua longa tramitação no Congresso, procurou, com certas dificuldades, adaptar-se à nova ordem social – e sobretudo, constitucional – ainda que com o sacrifício de uma unidade sistemática absoluta. É um diploma legal estruturalmente voltado para o passado, com uma racionalidade fundada no sentido unificador de uma parte geral centrada nos modelos abstratos da relação jurídica, mas que contém regras que contemplam muitas das transformações sociais já apreendidas pela Constituição.

De contrapartida, de acordo com o direcionamento de Ferrarini (2010, p.70):

Nessa dimensão, salvo devido respeito pelas opiniões contrárias, adota-se a lição de Orlando Gomes, que mesmo sendo um dos maiores críticos desse modelo de Código, argumenta que “inovar não significa, porém, amor indiscriminado à novidade, senão aproveitamento da experiência nacional, condensada na doutrina e na jurisprudência.” Entende-se, pois, que atualizar o ultrapassado, ainda que com algumas falhas indesejadas, não deixa de ser produtivo. Muito embora o Código não tenha sido tão moderno como desejado, não se poderia perder esta oportunidade de atualização.

O fato de não terem sido regulamentadas questões acerca da clonagem humana, questões genéticas, internet, entre outros assuntos da sociedade atual, não representa um retrocesso legislativo. De acordo com Costa (2003, p.227), “no universo da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, com pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpo legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.”

Ultimamente, tem-se utilizado da técnica das cláusulas gerais na sistemática do Código atual, o que tem permitido proveitosos desenvolvimentos jurisprudenciais, o que possibilita, inclusive, a correção das insuficiências presentes na obra legislativa.

Assim, era a intenção do professor Miguel Reale, autor do anteprojeto que se transformou no Código Civil de 2002. Salienta Reale (apud FERRARINI, p. 71):

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

Barroso(2016, p. 12-13) explica que as cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito, sendo um bom exemplo de como, na nova interpretação constitucional, o intérprete é coparticipante do processo de criação do Direito. Segundo o mesmo autor:

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

Assim, o fenômeno da constitucionalização da ordem civil, ordinariamente privada, é submetido às diretrizes da Constituição, ainda que inexista regra legislativa, não resta dúvida que a interpretação de situações novas será procedida sempre sob a perspectiva da Lei Maior, já que a inspiração do Código Civil, na contemporaneidade, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos.

O operador do direito contemporâneo deve buscar a unidade hermenêutica, tendo como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. O sentido da Constitucionalização faz com que a ação permanente viabilizada pela força criativa dos fatos sociais que se projeta para o direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, construa significados refundantes de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão(FACHIN, 2008, p. 17).

O Direito Civil, que antes refletia a efervescência dos ideais da Revolução Francesa, cujos valores fundamentais eram a liberdade e a individualidade, modificou seu entendimento abraçando a concepção do Estado Social, e, a partir disto, fez uma releitura de todo o sistema, adotando um perfil maleável, com necessidade clara de diálogo com a Constituição, além do abandono dos dogmas de completude, uma vez que hodiernamente fala-se na descodificação ou na formulação de microsistemas no Direito em razão das complexas relações sociais da pós-modernidade.

### 3.3 A REPERSONALIZAÇÃO E OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Na visão tradicional do direito de família, ou seja, a disciplina deste instituto no Código Civil de 1916 era baseada em três pilares: Direito matrimonial, Direito parental e Direito assistencial. Nessa divisão, há conceitos a semelhança da família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal. Esta era a família codificada, inserida num texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo.

Na família constitucionalizada, diferentemente da visão antes referida, começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, passando-se, assim, a reconhecer a chamada família eudemonista. Neste modelo de família, não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade. De acordo com Dias(2015, p. 143):

A busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. São as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de **realização pessoal** e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres úteis. Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros.

Essa concepção eudemonista da família afastou perspectiva institucional da família disciplinada pelo Código Civil de 1916 para centralizar-se na realização pessoal de seus membros. E esse processo vem avançando notavelmente em todos os povos ocidentais, principalmente, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde a dignidade humana foi erigida à categoria de princípio fundamental de vários países. Sendo assim, a pessoa humana foi alocada como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais. Esse é o fenômeno da repersonalização das relações jurídicas da família.

Foi a partir desse fenômeno, operado na ordem jurídica brasileira, especialmente a partir da Constituição de 1988, que a família contemporânea agora é fundada no respeito à dignidade de cada um dos seus integrantes, que se obrigam mutuamente em uma comunhão de vida. Nesse sentido nos ensina Lôbo(2014, p. 22):



A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.

A ruptura da hierarquização e do patrimonialismo, com a flexibilização de papéis, reforça a busca das necessidades afetivas. Consoante Ruzyk(2005,p. 163), “A Constituição consagra uma família plural e eudemonista, fundada, ainda, no princípio da igualdade, que rompe com a hierarquização de papéis e com o patriarcalismo.”Segundo Ferrarini(2010, p. 74):

Maria Celina Bodin de Moraes denomina essa nova família que se contrapõe à família tradicional, de família democrática, em que não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia. De acordo com a autora “[...] a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada.”

Essa repersonalização da família não significa um retorno ao iluminismo da fase liberal, ao individualismo, ela é a afirmação da finalidade mais relevante da família, ou seja, a realização da dignidade dos seus membros como pessoas humanas que se desenvolve na solidariedade para com o outro dentro da entidade familiar, é o chamado processo de horizontalidade da família brasileira.

A transformação por que passou a família não apanha apenas aquela comunidade de sangue, mas também celebra a possibilidade de uma comunidade de afeto. Hoje a doutrina e a jurisprudência na seara familiarista está diante de novos modos no próprio Direito de Família. Direito que consagra a família como um refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível a cada um dos seus membros.

Conforme salientou boa parte da doutrina brasileira que estuda o direito privado e sua eficácia na sociedade, não há ramo deste direito em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência que o Direito de Família. Não por outro motivo que a Constituição Federal de 1988 trouxe, sobretudo no artigo 226 e seus parágrafos, a concepção da família contemporânea instrumental, em que o fim último é a própria realização da dignidade da pessoa humana, garantindo-se a felicidade possível de seus membros.

Muito embora a humanidade sempre tenha sido vista pelo olhar da genética e do patrimônio, os laços de afeto hoje ganham ainda mais espaço, de modo que se dará prioridade às relações afetivas frente aos laços genéticos, daí se falar em reconhecimento da filiação

socioafetiva, tema este que tem sido bastante debatido nos Tribunais. Sobre essa questão da afetividade, Welter(apud FERRARINI, id, p. 75) afirma:

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

No tocante ainda à questão da afetividade, tem-se a lição de Dörmann(2014, p. 282):

Saindo do contexto jurídico e adentrando um pouco mais nos aspectos psicológicos, e, seguindo a ideia de que a família não é um grupo natural, mas sim um grupo cultural, ideia defendida por Lacan, temos que a família é uma estruturação psíquica, onde cada um dos seus membros possui um lugar e uma função, sem necessidade de qualquer ligação biológica. Pelas configurações familiares estarem cada vez mais heterogêneas é que o afeto passa a ser analisado como uma das fontes responsáveis por essas novas formações.

A família está sendo socialmente reinventada. Nela o afeto e o cuidado não podem ser esquecidos, há uma minimalização do patrimônio e uma maximização da afetividade. Tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, esta mudança de paradigmas é latente. Em razão da dignidade da pessoa humana o que hoje são julgados nos Tribunais priorizam as relações de afeto em detrimento às funções econômica, política, religiosa e procracional da família. Sob esse aspecto escreve Schmidt(2014, p. 257):

[...] Diante do longo processo constitucional de reconhecimento da valorização do afeto, o ordenamento jurídico passa a inquietar-se com a finalidade de efetivar a dignidade do indivíduo, e buscar a cada dia tornar mais estreito os caminhos dos padrões pré-estabelecidos nos preconceitos de comportamentos advindos da maioria, pois o afeto não possui sexo, classe social, cor, nem limites. Corresponde simplesmente a busca pela felicidade, e direciona o indivíduo ao caminho do amor. O poder judiciário tem se deparado com inúmeras situações que o colocam a frente de acontecimentos relevantes, que geram para todos nós mudanças legislativas de suma importância, no direito das famílias não seria diferente.

A partir dessa nova modelagem da família fundada no afeto, na solidariedade e valorização dos seus membros, houve uma maior possibilidade de convívio entre pais e filhos, acentuando-se os sentimentos e as preocupações de uns com os outros. Nesse sentido, Carbonera (1998, p. 297-298) pontua:

A família, ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca em seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o

desenvolvimento de uma pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade.

O Direito Civil como um todo passou por uma das transformações mais espetaculares, desde o advento do individualismo e do liberalismo jurídicos, que foi a mudança de foco do patrimônio à pessoa. Segundo Ferrarini(2010, p. 77):

Diante dessa realidade, o desafio que se coloca a todos operadores do Direito é a capacidade de tratar das questões que envolvem família de forma cuidadosa, preocupada e atenta. “O Direito da Família é menos que a família e seus direitos, e é mais que o mero espelho ‘juridicizado’ de um modo de conviver”.

Ainda na esteira da citada autora(2010, p. 77-78):

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

Aquela ideia que se tinha a respeito de família fechada em si mesma, na qual havia um núcleo central que deveria ser formado pelo pai, pela mãe e por seus filhos não permaneceu estática, ela sentiu e fez sentir transformações jurídicas e sociais, atuando como elemento receptor e difusor delas mesmas.

As pessoas começaram a entender-se como indivíduos e não como meros expectadores ou representantes de papéis sociais. Elas deixaram de agir como peças de uma engrenagem familiar, apropriando-se dos seus desejos e, assim, fazendo sua própria história. O homem entendeu que era possível inventar e escolher seu próprio caminho, adquirindo consciência de si mesmo e, conseqüentemente, assumindo, no espaço social, a condição de cidadão. Essa ampliação de consciência disseminou-se no início do século XX e, a partir daí,geraram-se grandes revoluções sociais.

Hoje, pelo Direito Constitucional brasileiro, a família não é somente aquela fundada no casamento. A ordem constitucional brasileira,por meio da Magna Carta, harmonizou as normas com os fatos da vida, definindo como entidade familiar também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, a família monoparental, e da mesma forma o constituinte também reconheceu a união estável como uma entidade familiar.

Em uma sociedade que cada vez se transforma mais, não há lugar para um conceito único e estagnado de família, e o Direito como instrumento de tutela social também não poderia ficar à margem dessas transformações sociais.

Como bem pontua Ferrarini(2010, p. 79), a noção de família, dada a sua importância, deve estar em consonância com as alterações sociais. Trata-se de um conceito evolutivo, de modo que não perdura mais o caráter abstrato e hierarquizado entre as famílias. “Daí que se revelou o reconhecimento do descompasso entre o modelo de família legislado e a pluralidade social existente que, impondo-se frente ao Direito, passou a exigir proteção.”

A Constituição de 1988 inaugurou no sistema jurídico nacional a ideia de unidade sistemática, no sentido de um sistema aberto e móvel em face da então reconhecida indeterminação de conceitos. Sobre esse tema, escrevem Chaves e Rosenvald(2015, p. 61):

De fato o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento, uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e às necessidades da sociedade. Assim, passou a receber proteção estatal, como reza o art. 226 da Constituição Federal, não somente a família originada através do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental – formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, no eloquente exemplo da mãe solteira.

Dessa forma a família deve ser notada de forma ampla, independentemente do modelo adotado. Seja qual for a forma, decorrerá especial proteção do Poder Público. Gozam, assim, de proteção tanto as entidades constituídas solenemente(como o casamento), quanto as entidades informais, sem constituição solene(como a união estável).

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e à efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sem qualquer represamento.

Depreende-se, pois, do texto constitucional, que pouco importa o modelo familiar, adotado pelos agentes da instituição familiar, seja casamento, união informal, heterossexual ou homoafetivo, monoparental ou pluriparental, é dever do Estado assegurar sua proteção como garantia de cada integrante da comunidade familiar e prover seus direitos fundamentais.

Do que foi relatado nos parágrafos anteriores, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema de modelo aberto, logo concebe a família plural. Ela abre a possibilidade de reconhecimento de outras famílias, emprestando-lhe um conceito jurídico, aberto, móvel e indeterminado. Qualquer entidade familiar que seja instrumento de realização dos seus membros está protegida pelo comando constitucional. Não se protege a família pelo seu nome e sim pelo seu conteúdo.

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

O *caput* do art. 226 da Constituição de 1988 dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Esta norma, segundo boa parte da doutrina constitucionalista, tanto é uma norma de reconhecimento, como é uma norma de imposição. Ela é uma norma de reconhecimento quando afirma que não há sociedade sem família, esta é a base daquela. Vale dizer que toda a Constituição brasileira é voltada, em primeiro lugar, para a valorização da família, pois ela é o alicerce, o fundamento, a célula-mater da sociedade.

Ela também é uma norma de imposição, pois determina que o Estado proteja a entidade familiar. Não é qualquer proteção, uma proteção genérica, programática, mas específica e mediata, própria tanto que o constituinte a qualificou de “especial proteção”. Uma proteção diferenciada e maior do que aquela ofertada nos diversos dispositivos da sociedade em geral.

Essa proteção especial não se limita à proteção jurídica, mas a sociedade em geral. Toda a política do Estado deve ser voltada à justiça e ao desenvolvimento econômico-social do povo. A função social da família está diretamente ligada à efetiva proteção que ela recebe do Estado, por ser ela a instituição de maior relevância na formação de cada cidadão.

Feitas essas considerações a respeito da transformação pela qual passou a família a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o tópico seguinte aborda um pouco mais a respeito do afeto nas relações jurídicas familiares, uma vez que se houve transformação na importância da noção de afeto na família, impõe-se uma análise de sua localização e conteúdo no processo de evolução da concepção jurídica e social daquela instituição.

### 3.4 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO NA TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA

O afeto nas relações de família é um dos vetores do modelo de família consagrado na Constituição.

Conforme nos relata Ferrarini(2010, p. 80-81), “A extensão dada ao afeto nas relações de família revela as transformações por quais ela passou, e quais os possíveis rumos que irá tomar. Nesse contexto, importa que se verifique historicamente o papel por ele desempenhado desde a família patriarcal até a família constitucionalizada, eudemonista.”

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o afeto vem ocupando lugar de destaque e recebendo maior atenção daqueles que atuam na área familiarista, diferente da época da família patriarcal e hierarquizada, uma vez que nesse modelo de família o afeto era tratado como exterior à esfera jurídica, sendo apenas um sentimento sem valor aferível, já que a família, a época do Código Civil de 1916, era vista como um núcleo econômico e que tinha por finalidade a procriação.

A entidade familiar do Código Civil de 1916 tinha caráter transpessoal, voltado muito mais para os interesses econômicos e políticos da sociedade eminentemente agrária da época do que para os laços afetivos dos indivíduos que a formavam. A família era vista como uma instituição que ficava em primeiro lugar, ou seja, havendo qualquer indício de conflito entre os interesses daquela e os interesses eventuais de alguns dos seus membros, haveria certamente uma prevalência inafastável dos interesses institucionais da família.

O afeto era subjugado como acessório, era simplesmente presumido. As pessoas se uniam em família com a finalidade de constituir patrimônio, deixando em segundo plano os laços afetivos. Por isso que no modelo de família patriarcal, o afeto tinha sua existência condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida. Sobre esse aspecto, pontua Lôbo(2000):

A família patriarcal perpassou a história desse país e marcou, profundamente, a formação do homem brasileiro. Suas funções mais evidentes eram econômico-patrimoniais, políticas, procracionais e religiosas. A função de realização da comunidade efetiva, que passou a ser determinante no final do século XX, era secundária.

Ainda no tocante ao afeto como uma situação juridicamente reconhecida, escreve Carbonera(1998, p. 274):

Quando a presença do afeto, nas relações de família, era presumida, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não dando margem a muita discussão. Porém, a partir do momento em que sua presença se tornou essencial para dar visibilidade às relações familiares, o afeto passou a ter outro sentido, ocupando maior espaço no Direito de Família.

A noção de família, quando da elaboração do Código Civil de 1916, na virada do século XIX para o século XX, em razão de uma sociedade que era basicamente rural. Era uma família que funcionava como unidade de produção, importando, para tanto, que fosse numerosa, representando, assim, maior força de trabalho e maiores condições de sobrevivência de todo o grupo. O modelo de família adotado pelo Código Civil de 1916 era

aquele grupo social de sangue com origem no casamento. Não sendo a família oriunda do matrimônio, era considerada ilegítima sem qualquer proteção da norma jurídica. Como bem afirma Ferrarini (2010, p. 82):

A instituição familiar era, portanto, muito mais um sangue, um patrimônio material e simbólico herdado e transmitido, um fluxo de propriedade que dependia, em primeiro lugar, da lei, do que da vontade das pessoas em estarem unidas, do vínculo afetivo das pessoas que as pudessem unir.

Essa família com caráter patriarcal e hierarquizada, centrada no matrimônio, sofreu transformações que foram constatadas e reveladas, chegando a ser considerada como um processo de desintegração da família (FERRARINI, p.82). Este processo é resultado de profundas mudanças das estruturas sociais e a Magna Carta foi a grande impulsionadora dessa passagem da família patriarcal à família eudemonista.

“A família patriarcal cede lugar à família onde são dominantes as relações de afeto, solidariedade e cooperação” (FERRARINI, p. 82). A família agora passa a valorizar as relações de sentimentos entre seus membros, onde a própria instituição e também o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando seus interesses afetivos e existenciais.

Houve uma mudança de paradigmas e, conseqüentemente, a “família-instituição” passou-se à “família-instrumento”, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e como instrumento de felicidade dos mesmos. A nova família é pautada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, valorizando a realidade construída todos os dias através do cultivo dos vínculos de afetividade entre os seus membros.

O novo modelo de família tem no afeto a sua base sustentadora. É ele a razão da sua própria constituição, desenvolvimento e sobrevivência. O afeto ganhou *status* constitucional e com esse *status* ele adquiriu relevância jurídica, apesar de ser um sentimento íntimo que possa interessar às pessoas que o sentem e cultivam.

Com a mudança do Estado liberal burguês para o Estado social, a família e suas funções tradicionais do “ter” reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a ordem constitucional brasileira consagrou de 1824 até 1988 (FERRARINI, 2010, p.83).

A noção e a ocupação do afeto pela família sofreu grande transformação da família patriarcal para a família eudemonista, pois se, na primeira, ele era presumido em razão do

vínculo jurídico existente, no modelo atual, o afeto é um dos elementos responsáveis pela visibilidade e continuidade das relações familiares.

Essa nova concepção no modelo de família significa que os resultados apontados jamais poderão ser únicos, devendo ser adequados para a situação, o momento e o local específicos a que se dirigem sob pena de criar-se uma nova ficção divorciada da realidade e sem condições de atender com sucesso aos reclamos daquela determinada tensão ou emergência social.

A família molda-se à mercê das diferentes etapas da civilização. De acordo com as contingências sociais, culturais e estruturais, ela transforma-se e acomoda-se, por isso que as legislações, nos diferentes períodos da realidade social brasileira, retratam as tendências e as mudanças das entidades familiares. De acordo com Ferrarini(2010, p. 84):

Superar a percepção fundamentalista da família na estrutura que simplifica o bem e o mal. Dispor-se a tratar com afeto a pessoa humana em sua mais pura essência. Desarmar-se dos preconceitos e dos conceitos construídos. Compreender que o Direito tem de se adequar à vida e não a vida ao Direito. Eis os primeiros passos para que se tenha na família, antes de uma instituição jurídica, uma instituição social.

Assentado nesse sistema aberto e plural, instituído pelo legislador constituinte de 1988, trilhado substancialmente pelo irrestrito respeito à diversidade, que se propõe, no capítulo seguinte, enfrentar uma realidade brasileira que há muito tempo vem sendo relegada, que é a realidade das famílias simultâneas, “que a despeito de verdades ainda coroadas por dogmas, ainda carecem da devida proteção do Estado”(2010, p.84).

#### **4 DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR COMO ENTIDADE FAMILIAR: LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUA EFICÁCIA JURÍDICA**

Com as transformações ocorridas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem-se entre eles o reconhecimento da vinculação direta *prima facie* dos particulares aos direitos fundamentais, onde “o Estado, comprometido constitucionalmente com a realização efetiva destes, não mais se submete àquela postura passiva que o caracterizava na fase liberal” (FERRARINI,2010, p. 85). Demonstradas as mudanças no conceito, valores, estruturas e relações de poder, ocorridas na família desde o Brasil Colônia até a contemporaneidade, inicia-se agora um estudo de uma realidade presente no contexto da sociedade brasileira desde muito tempo, mas que, por razões demonstradas adiante, ainda não



teve a sua devidaproteção no sistema jurídico, ou seja, de maneira satisfatória, na medida em que a chancela dos seus efeitos jurídicos não condizem com a sua relevância social, já que ainda não houve um reconhecimento efetivo desse modelo de família como uma verdadeira entidade familiar e não como uma sociedade de fato.

O objeto de estudo deste capítulo fundamenta-se no fenômeno da simultaneidade familiar, cuja “repercussão no sistema jurídico faz-se sentir por meio de demandas que, na pluralidade do sistema constitucional, isto é, na porosidade do sistema aberto, impõem-se perante o Direito, desafiando seus estudiosos e operadores a assumirem uma postura apta, a partir da problematização apresentada em concreto, encetar possibilidades de respostas a estas demandas” (FERRARINI,2010,p. 85).

Sobre esse aspecto, Ruzyk(2005, p. 167) apresenta:

O transcurso histórico na família no Brasil revela aspectos que permitem, entre continuidade e ruptura, estrutura e conjuntura, permanência e mudança, vislumbrar a emergência do fenômeno da simultaneidade familiar como dado socialmente relevante, cuja repercussão no sistema jurídico se faz sentir por meio de demandas que, na porosidade do sistema aberto, se impõem perante o direito, desafiando seus estudiosos e operadores a assumirem uma postura apta a – a partir da problematização formulada em concreto – encetar possibilidades de respostas a essas demandas.

Para compreensão do tema, estão abordadas questões elementares à conceituação das famílias simultâneas, delimitando-se o seu enfoque sob a perspectiva da conjugalidade e contextualizando o fenômeno no âmbito do Estado Social Democrático de Direito que, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, fez-se reconhecedor da família eudemonista. Trata-se da concepção do pluralismo familiar assente na ordem constitucional pátria (RUZYK,2005, p. 85-86).

E em seguida, analisam-se os elementos mínimos para a configuração de uma entidade familiar simultânea, com a necessária distinção entre as relações adúlteras eventuais e as relações simultâneas merecedoras de chancela jurídica, utilizando-se da interpretação do texto constitucional para se determinar quais as possibilidades e eventuais limites para o ingresso de determinadas situações de simultaneidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro, “bem como o papel a ser desempenhado pelo Estado para albergar institutos aparentemente antagônicos sem, com isso, destruir a lógica do nosso ordenamento jurídico”(FERRARINI, 2010, p. 86).

Nos dias atuais,tem-se forte resistência social à ideia de famílias simultâneas, realidade existente de longa data, mas que ainda permanece sob os estigmas de preconceito, recebendo, por essa razão, tratamento marginalizado, como se “fechando os olhos” para esse

tipo de modelo familiar fosse possível ter a sua redução ou até a sua extermínio na sociedade(FERRARINI,2010, p.87).

A respeito da existência dessa entidade familiar, escreve Ruzyk(2005, p. 131):

Inequívoca, porém, é a presença de outras formas de convivência familiar – como, aliás, já ocorria, como visto, na própria Colônia. A diferença que marca a história da família no século XX é a mudança de *status* social que essas outras formações adquiriram em fins do século passado. As famílias informais, fundadas em uniões não matrimonializadas se tornaram mais comuns e, juntamente com essa ampliação quantitativa, veio à tona um outro modo de olhar essas formações familiares.

Segundo Ferrarini(2010,p.87):

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

Em razão dessa concepção, que a temática das famílias simultâneas revela-se tão complexa, pois, “diferentemente de outras situações em que a própria população, a mídia, a igreja, entre outros, reclamam proteção efetiva à ordem constitucional, a ideia de conceber-se qualquer tipo de chancela jurídica a determinada relação concomitante a um casamento formal ainda não recebe nenhuma aprovação do senso comum”(FERRARINI,p.87).

Com a mudança de paradigmas na concepção, estrutura e valores da família, ratificada pelo constituinte de 1988, que, ao suprimir o matrimônio como única forma de constituição de família, possibilitou a interpretação, com base na leitura sistemática do texto constitucional, o reconhecimento do pluralismo familiar pela ordem jurídica. Apesar dessa abertura constitucional no que toca o conceito de família, o que se vê hoje, diuturnamente, “é uma espécie de descompasso entre as garantias inseridas na Lei Fundamental e o desdobramento das situações concretas, que, a par de sua relevância social, repercutem no jurídico com a expectativa de uma resposta que promova efetivamente a dignidade coexistencial de cada pessoa” (FERRARINI, 2010, p. 87).

Assim, diante da postura do Estado Democrático brasileiro que erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República, questiona-se, a partir da análise da contribuição da teoria dos deveres de proteção do Estado, qual o limite de sua atuação ou omissão em face desse arranjo afetivo presente na realidade das famílias e que há muito esperam pelo seu reconhecimento como entidade familiar.

#### 4.1 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR NA PERSPECTIVA DA CONJUGALIDADE

O foco da análise do presente trabalho centra-se na pessoa em relação de coexistencialidade, e não propriamente na família como instituição. Trata-se da pessoa inserida no núcleo familiar e não no núcleo tomado *per si*. Consoante Ruryk(2005, p. 172):

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

Para os fins propostos neste estudo, a simultaneidade familiar está abordada sob a perspectiva da conjugalidade, afastando-se, portanto, da análise das famílias simultâneas, formadas a partir de relações de filhos de pais separados com os novos núcleos(famílias recompostas ou reconstituídas) constituídos pelos genitores.

Como repassa Ferrarini(2010, p. 88): “Ainda que presente um vetor comum em ambas às perspectivas, qual seja, a pessoa – quer o filho quer o cônjuge ou companheiro – coexistindo, simultaneamente, em dois(ou mais) núcleos familiares de forma a realizar pessoalmente na sua dimensão individual, tratam-se de fenômenos sociais evidentemente distintos.”

A justificativa para tal propósito funda-se no fato de que a simultaneidade, caracterizada na perspectiva da filiação, não sofre estigmas de preconceito. As chamadas famílias recompostas, mais conhecidas como família mosaico, atualmente, são reconhecidas e aceitas pela sociedade. Os filhos de pais divorciados, outrora excluídos pelos padrões impostos pela família institucional, com vínculos indissolúveis, hoje, diante da clara percepção de que o fim da conjugalidade entre os genitores não exclui a parentalidade, acabam por inserir-se nos novos núcleos familiares formados pelos pais.

Nessa situação em que o filho coexiste com duas novas entidades familiares, a simultaneidade é consequência jurídica da concepção de família eudemonista, na qual, em que pese o fim da relação conjugal havida entre os genitores, mantêm-se hígidos os vínculos da parentalidade. Tal situação hoje é admitida com naturalidade, tendo-se, portanto, o reconhecimento social e jurídico das famílias reconstituídas.

Situação diversa ocorre com as famílias em situação de simultaneidade a partir do protagonista conjugal. Estas são estigmatizadas pela sociedade, pois“a ideia que se tem

presente ainda é no sentido de conceber essas relações como estritamente adúlteras, e, como tal, são todas generalizadas, consideradas como iguais, e, portanto, ignoradas nas suas peculiaridades”(FERRARINI,2010, p. 89).

A simultaneidade familiar nas relações conjugais é vista como uma forma de relacionamento moralmente reprovável. Elas são estigmatizadas, independentemente, de conhecer-se o real contexto daquelas pessoas inseridas no núcleo posto em condição de simultaneidade. Esta realidade é simplesmente rechaçada, como se todas as formações simultâneas estivessem inseridas em um único contexto. Segundo Ferrarini(2010, p. 89), “No imaginário social ainda prepondera a ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e, ‘a outra’, por conseguinte, satanizada.”

O reconhecimento das relações simultâneas como uma união capaz de gerar efeitos civis no ordenamento jurídico brasileiro, aquelas pessoas envolvidas nessa relação concomitante no âmbito da conjugalidade estão, pois, muito distante de concretizar-se “uma vez que a sociedade brasileira ainda está presa às tradições e o preconceito mantém o sentido de marginalização que sempre lhes foi atribuído”(FERRARINI, p. 89).

Essa será a problematização a ser explorada neste estudo, qual seja, a simultaneidade não reconhecida socialmente, estigmatizada, e carente de proteção efetiva pelo Estado, atentando-se, de início, que nem todas as relações extraconjugais são merecedoras de tutela, justamente pela ausência de algum elemento essencial, caracterizador de uma verdadeira entidade familiar.

Tratando-se da simultaneidade de uma situação multifacetada que não se deixa apreender em sua integralidade por modelos, não serão buscadas respostas apriorísticas sobre tal situação, ao contrário, conforme a hierarquização axiológica que as peculiaridades do fato imponham à luz do sistema, é que serão construídos os valores que informam a ordem principiológica das famílias simultâneas.

Não se pretende fazer uma avaliação moral e nem mesmo julgamento de conduta dos envolvidos numa relação simultânea. Não cabe aos operadores do direito rotular determinada situação como certa ou errada, moral ou imoral, mas buscar a melhor solução para o caso concreto, porque os casos existem, geram efeitos sociais e, por isso, não podem ser ignorados pela ordem jurídica.

Também não se busca, no presente estudo, apegar-se à letra fria da lei, nem forçar uma determinada exegese. A finalidade é a busca por uma interpretação que, nas palavras de Perlingieri(2002, p.68-69), será “[...] objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa,

porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.” O próximo tópico trata da problematização jurídica da simultaneidade familiar.

#### 4.2 DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR E SUA PROBLEMATIZAÇÃO JURÍDICA

Conforme enfatizado no tópico anterior, a simultaneidade sobre a perspectiva da conjugalidade ainda carece do devido amparo jurídico. O seu reconhecimento como entidade familiar vai de encontro ao sistema constitucional aberto baseado na concepção da família eudemonista. No entanto, o preconceito e a estigmatização para com essa modalidade de relacionamento impedem o seu reconhecimento social como família e, por via de consequência, a chancela jurídica adequada a este núcleo familiar.

Busca-se, assim, identificar, na ordem sistemática, princípios e regras que possam repercutir para o reconhecimento jurídico adequado à simultaneidade, ou então, para obstar a referida chancela, conforme a situação que se ponha em concreto, formulando, assim, a construção de normas que lhe atribuam efeitos jurídicos. Discorre Ferrarini(2010, p. 91) que

A simultaneidade, levando-se em conta a ausência de um *a priori* normativo jurídico que a defina, é caracterizada como situação de fato. Por não ser identificada no sistema jurídico positivado, está no assim denominado âmbito do “não direito”. Ocorre que isso não tem o condão de significar irrelevância para o Direito. A partir da abertura operada pelos princípios, “que fazem a mediação entre a exterioridade do sistema(de onde emerge a simultaneidade familiar) e as regras a ele interiores”, a simultaneidade familiar adquire relevância jurídica pela possibilidade de seu ingresso na porosidade do sistema jurídico aberto.

Segundo Iannotti e Matta(2016, p. 99):

Nesta esteira, denominam-se famílias paralelas aquelas constituídas por dois núcleos familiares, sendo que um de seus membros é comum a ambos. A formação pode se dar por um casamento e união estável ou duas ou mais uniões estáveis concomitantemente. Fazendo uma interpretação literal da norma do Código Civil, art. 1.727, em havendo um casamento e um relacionamento paralelo, não há de se reconhecer como entidade familiar a outra união, e, em havendo mais de uma união estável, consideraria concubinato todas as demais formadas após a constituição da primeira.

Os relacionamentos paralelos, nesse contexto, são relegados à invisibilidade, na medida em que o companheiro/cônjuge se vê dispensado dos efeitos pessoais e patrimoniais ante a concomitância dos relacionamentos, sendo banido para o campo do direito obrigacional. A única alternativa que sobraria ao convivente seria alegar o desconhecimento da duplicidade de vidas do varão, como uma espécie de união estável putativa, a fim de assegurar seus direitos.

A família sem casamento é um projeto de vida em comum, em construção e inacabado por definição(FERRARINI, 2010,p. 91) e, como tal, não se ajusta ao modelo de racionalidade,

devendo antes ser provado para o mundo dos fatos e, só depois, surtir seus efeitos no plano jurídico.

A família simultânea enquadra-se bem nos preceitos citados no parágrafo anterior, além de ser uma realidade sociológica que se apresenta como situação de fato, apta, todavia, em um sistema aberto e plural, a obter a chancela jurídica de seus efeitos, tornando-se questionável a sua exclusão pelo próprio Estado.

Pautados no estudo inicial sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e reconhecida a sua aplicabilidade direta na ordem jurídica brasileira, pretende-se, com os aportes da mudança de paradigmas no conceito de família, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, investigar a contribuição da teoria dos deveres de proteção no reconhecimento jurídico do fenômeno da simultaneidade familiar.

#### 4.2.1. A monogamia e as famílias simultâneas

“A monogamia tem uma característica histórico-sociológica reconhecida como padrão médio da sociedade ocidental”(FERRARINI,2010,p. 92). Segundo Iannotti e Matta(2016, p. 97): “a família monogâmica surgiu com o aparecimento da propriedade privada, tendo como finalidade resguardar a transmissão de herança aos filhos legítimos do homem, que era responsável pela aquisição patrimonial.”

Por ser um padrão de conduta socialmente institucionalizado, reputam-se desviantes dos comportamentos socialmente aceitáveis, aqueles que não seguem a orientação monogâmica. Sobre essa questão, escreve Silva (2013, p. 129-130):

O signo da desqualificação e, portanto, da marginalização de determinadas famílias parece imperceptível a muitos civilistas, mesmo para alguns daqueles que advogam posições reconhecidas como muito avançadas por uma esmagadora maioria reacionária às transformações da percepção jurídica das famílias contemporâneas. A noção de *concubinato*, reforçada pelo Código Civil de 2002, consagra-se, pois, como um estatuto de exclusão, expulsando do âmbito de proteção entidades familiares que – por força do art. 226 da Constituição Federal, e, fundamentalmente, em razão do princípio da dignidade humana – deveriam merecer especial tutela do Estado.

É importante salientar que a crise do sistema monogâmico, atualmente, apresenta-se patente, pois a situação de exclusividade do casamento e a sua concepção como um instituto monogâmico e indissolúvel vem decrescendo paulatinamente. Conforme nos repassa Ferrarini(2010, p. 92): “Na realidade, a família brasileira, no plano social, sempre foi plural,

tendo como fonte não apenas o matrimônio, mas também relacionamentos de fato, de variados perfis, relacionamento estes que se manifestavam tanto imitando a família matrimonializada quanto paralelamente à união conjugal.”

Com as mudanças ocorridas a partir das últimas décadas do século XX, não apenas na família, mas em toda a realidade social, criou-se um ambiente ainda mais propício a situações de simultaneidade familiar. Tal fato justifica-se porque, se a família extensa e transpessoal reduzia a possibilidade de formação de centros de coexistência familiar autônomos, a família nuclear é condição que torna mais viável a emergência de relações conjugais concomitantes.

Ocorre que a ordem jurídica pátria ainda defende calorosamente a monogamia, embora ela não tenha sido alçada a condição de princípio expreso na Constituição Federal. A sociedade, de orientação judaico-cristã, ainda enxerga a monogamia como um dogma. O próprio procedimento do casamento e os dispositivos que tratam da anulação do casamento foram todos inspirados no Direito Canônico. Seguindo esse pensamento grande parte da doutrina a entende como verdadeiro axioma, encontrando guarida na legislação infraconstitucional e na sociedade.

Pereira(2000, p. 54), um dos grandes defensores da monogamia como um princípio informador do direito de família, ao analisar a organização jurídica da família, observa que a primeira lei de qualquer organização social é uma lei de Direito de Família, a proibição do incesto. Conforme o citado autor, o direito legisla sobre isso, estabelecendo o que é legítimo e o que é ilegítimo em termos de sexualidade. Veja-se a passagem:

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

Não obstante a contribuição do citado jurista para o desenvolvimento da doutrina familiarista pátria, há autores como Marcos Alves da Silva, Letícia Ferrarini e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que não concordam com o pensamento supracitado. Para esses dois últimos autores, a legislação brasileira limita-se a impor a monogamia por meio da vedação jurídica a múltiplas relações matrimonializadas<sup>11</sup>, restringindo, portanto, a concomitância de vínculos formais instituídos pelo próprio Estado.

---

<sup>11</sup> Segundo Ruzyk (2005, p. 6): “Não se pode afirmar, pois, que a monogamia seja um princípio do direito estatal de família, mas, sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas – e, portanto, constituídas sob a chancela prévia do Estado. Não cabe ao Estado realizar um juízo prévio e geral de

Marcos Alves da Silva(2013, p. 191), por outro lado, apesar de reconhecer a pertinência e correção do argumento desenvolvido por Ruzyk, advoga que a monogamia não deve constituir, nem mesmo como regra, obstáculo intransponível em relação à vedação de múltiplas relações matrimonializadas, ou seja, nos casos de bigamia. Relata o referido autor que desconsiderando o âmbito penal, a vedação da bigamia tem expressão jurídica nos impedimentos matrimoniais do art. 1.521 do Código Civil e considerando a hipótese de casamento putativo(art. 1.561, CC), afirma aquele que não parece razoável, a despeito de um primeiro matrimônio inexistir de fato, por mais de vinte anos, por exemplo, que seja anulado o segundo matrimônio.

Para Marcos Alves da Silva(2013, p. 192):

Se o casamento, na dicção do art. 1.511 do Código Civil, estabelece comunhão plena de vida entre os cônjuges, o rompimento de fato da vida conjugal põe fim à referida comunhão e, portanto, o que resta do matrimônio é tão somente um vínculo formal. Se assim é, mesmo tratando-se de relações matrimonializadas, segundo as regras do Estado, não mais existe e tornar nulo o inexistente. A proteção dada ao casamento putativo tem natureza meramente patrimonial. Importa dizer, até o trânsito em julgado da sentença que decretar a nulidade do casamento do bigamo, este produz todos os efeitos para o cônjuge que, de boa-fé, com ele casara-se. O que se põe em questão é: Por que o direito deve, em homenagem à regra da monogamia, reconhecer vigência e efetividade a um casamento que, no mundo dos fatos, não mais existe e, por outro lado, desconstituir, pela decretação da nulidade, o segundo casamento que, de fato, expressa comunhão plena de vida própria da conjugalidade?

Outro ponto de discussão, enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência, diz respeito à transposição da regra da monogamia para as uniões estáveis simultâneas, tendo em vista que o §1º do art. 1.723 do Código civil dispõe que os impedimentos do art. 1.521 também se aplicam a união estável, excetuando a regra do inciso VI deste dispositivo, que trata da bigamia, no caso da pessoa casada achar-se separada de fato ou judicialmente. Nessa questão das uniões estáveis simultâneas, Marcos Alves da Silva(2013, p. 193) escreve:

---

reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob a sua égide, e que se constroem no âmbito dos fatos”

Para Ferrarini (2010, p. 93-94): “Entende-se, porém – e este será o posicionamento adotado no estudo -, que a legislação brasileira se limita a impor a monogamia por meio da vedação jurídica a múltiplas relações matrimonializadas, restringindo, portanto, a concomitância de vínculos formais instituídos perante o próprio Estado.

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



Ainda que com a ressalva acima desenvolvida, se admita com Ruzyk que a monogamia constitui regra aplicável apenas como vedação à bigamia, não faltam aqueles que, por analogia, estendem tal regra ao campo das uniões estáveis. Mais do que a aplicação dos efeitos do casamento putativo à união estável putativa, pela via de analogia, considerando o caso concreto de uniões estáveis simultâneas, impõe-se, muitas vezes, o reconhecimento de cada uma das famílias pelo Estado juiz, com seus consectários legais.

Para Maria Berenice Dias(2015, p.42-43), a monogamia seria uma orientação(valor), ainda que se interprete de acordo com os princípios constitucionais. Para ela defender a monogamia como princípio poderia causar consequências indesejáveis, como, por exemplo, o não reconhecimento das famílias simultâneas, ou seja, a não atribuição de efeitos jurídicos a um ou ambos os relacionamentos geraria o enriquecimento ilícito ao parceiro infiel, pois a ele caberia todo o patrimônio, sem qualquer responsabilidade para com o outro. Veja-se:

Uma ressalva merece ser feita quanto à monogamia. Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de **fidelidade**, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adúlteras ou incestuosas.

[...]

Pretender elevar a monogamia ao *status* de princípio constitucional leva a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há **simultaneidade** de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um – ou, pior, a ambos os relacionamentos -, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o **enriquecimento ilícito** exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução, que ainda predomina na doutrina e é aceita pela jurisprudência, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à **ética**, se afasta do dogma maior de respeito a dignidade da pessoa humana.

Na esteira do que fora exposto acima, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald(2015, p. 459) também atribuem status de valor à monogamia, trazendo critérios de ponderações de interesses quando confrontada com outros valores:

É que, apesar de ser inegável que a monogamia possui uma relevante função ordenadora do sistema jurídico, não se pode ignorar a existência de outros valores que, igualmente, norteiam as relações familiares, como a dignidade da pessoa humana e a boa-fé. Vislumbra-se, no ponto, uma colisão entre a monogamia e outros valores como a dignidade e a confiança(boa-fé), reclamando uma solução casuística. Com isso, em visível utilização da técnica de ponderação de interesses, admite-se a relativização da monogamia em determinados casos, para prestigiar outros valores, que, casuisticamente, se mostram merecedores de proteção.

Respeitados os posicionamentos dos autores mencionados anteriormente neste subitem, que defendem a monogamia não como um princípio do direito de família, mas que

seria esta apenas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas e, portanto, constituídas sob a chancela prévia do Estado, não é suficiente para resolver o caso das famílias simultâneas, pois, mesmo que se considere a monogamia como um valor jurídico, ela não fugiria à natureza de princípio, pois princípio é norma e toda norma tem seu valor inserido nela.

O fato é que na construção do direito de família brasileiro contemporâneo, conforme relata Marcos Alves da Silva (2013, p. 200-201) esboçam sugestões, ora com maior, ora com menor veemência sugestões de que o princípio da monogamia encontra-se abalado. Atente-se para esta citação:

Fissuras em sua estrutura se tornam visíveis. No âmbito do direito previdenciário, uma delas é apontada por Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues. Segundo as autoras, a monogamia perde sua natureza de princípio absoluto neste ramo do direito, porque a *ratio* deste está consubstanciada no princípio da solidariedade, “*tendo em vista que sua finalidade é evitar o desamparo material após a morte de um ente do qual se presume a dependência econômica no âmbito da família*. Poderam, todavia, as autoras: “*Não entendemos que o princípio da monogamia está em crise e que a sociedade brasileira ou o mundo ocidental tem tendências poligâmicas. Entretanto, os novos arranjos familiares impõem uma interpretação adequada deste princípio, apta a albergar exceções que as peculiaridades do caso concreto possam construir.*”

A Constituição Federal de 1988 alterou de sobremaneira a família contemporânea, alçando-a como instrumento de felicidade e de promoção da personalidade de seus membros, sendo conferida mais autonomia e liberdade àqueles que a compõem. A valorização dessa busca pela felicidade faz com que as pessoas unam-se em razão do afeto e não mais pela tradição formada pelo casamento hétero e monogâmico.

Para Iannotti e Matta (2016, p. 98):

Foi nesse contexto que algumas pessoas começaram a assumir desejos em manter relacionamentos concomitantes, independentemente dos reais benefícios aos partícipes dessas relações. Importante que seja reafirmado o fato de não coadunar com a ideia de poligamia, não retira do direito à liberdade das pessoas de optarem por um ou outro arranjo familiar. Diante desses novos modelos de convivência, ressurgiu a ideia da monogamia, mas agora relacionada com novo cenário jurídico brasileiro.

No caso, por exemplo, de relacionamentos não eventuais adulterinos, com publicidade absoluta, ou seja, têm-se dois relacionamentos afetivos simultâneos: um casamento e um concubinato, ou uma união estável e um concubinato. Estas uniões simultâneas possuem todos os elementos caracterizadores de uma entidade familiar, que será estudado mais a

frente, quais sejam: afetividade, estabilidade, comunhão de vida com objetivo de constituição de família e especialmente a publicidade absoluta da existência dos dois núcleos familiares, no sentido de que todas as partes envolvidas, os cônjuges ou companheiros e o/a concubino(a) sabem da existência um do outro e aceitam tal circunstância há um acordo expresso ou tácito da aceitação da infidelidade e o Estado não poderia punir a infidelidade quando as próprias partes abriram mão dela.

A esse respeito, escrevem Lana Maria Pinheiro Furtado e Caroline Sátiro de Holanda(2017, p.238):

Tem-se aqui, um acordo expresso ou tácito de aceitação da infidelidade, tendo em vista que o cônjuge ou companheiro “traído” não só sabe como aceita a relação “adulterina” de seu consorte. De igual forma, o concubino sabe e aceita a relação matrimonial/convivencial de seu consorte. Nestas circunstâncias, tem-se verdadeiras famílias paralelas convivendo publicamente. A imposição legal do dever de fidelidade foi de pouca serventia prática e as partes envolvidas afetivamente abriram mão de atender a tal obrigação.

[...]

Quanto à questão da infidelidade, cabe indagar: compete ao Estado impor a fidelidade e punir a infidelidade, quando as próprias partes dela abrem mão? Além disso, o que significaria essa “infidelidade”, mormente quando todos os envolvidos na situação são adultos autônomos e estão cientes de seus atos e de suas consequências? Ser fiel é ser exclusivo? Somos infiéis quando amamos mais de um filho? Mais de um amigo?

Na seara da autonomia de vontade das partes envolvidas em relacionamentos simultâneos, discorre Marcos Alves da Silva (2013, p. 321-322):

Ao estabelecer e garantir a inviolabilidade da vida privada e da intimidade, a Constituição Federal erigiu para todas as pessoas um espaço de liberdade, como a possibilidade de se realizar tudo o que não é proibido, mas também como exigência de não intervenção, e como possibilidade de autodeterminação.

Nesta nova fronteira alcançada pelo direito civil contemporâneo não há espaço para o dever de fidelidade que se prestava bem à composição do sistema patrimonialista que orientava as codificações oitocentistas. Ao acentuar a dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, a tutela da autonomia privada nas situações subjetivas existenciais como *locus* privilegiado, a nova ordem constitucional fez inexistente o dever de fidelidade e com isso arrefeceu a monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família.

Não se pretende no presente trabalho advogar a negação da orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica, mas criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas de coexistência materialmente livres e que delas advém algum tipo de

responsabilidade como, por exemplo, a existência de filiação, ou até mesmo a formação de um patrimônio pelo esforço comum entre o(a) concubino(a) e seu consorte .

Negar efeitos jurídicos relativos ao direito de família a estas relações simultâneas, sob o argumento de que constituem mero concubinato e viola o dever de fidelidade, atenta contra os valores constitucionais da solidariedade e da proteção das diversas modalidades de família.

Nesse sentido, leciona Carmem Lúcia S. Ramos(2000, p.49):

Quando, na dimensão jurídica da legalidade escrita, negava-se quaisquer efeitos ao concubinato, invocando a ilicitude ou imoralidade da situação de fato, rejeitando, por exemplo, o pleito da concubina de haver sua parcela dos bens adquiridos com a sua colaboração e esforço, ou o direito do filho do desquitado de ser por ele reconhecido, porque reputado adúlterino, na verdade operava-se uma forma de exclusão, recusando a proteção aos atores envolvidos naquela relação, o que não se compatibiliza com a solidariedade social e assistência social que são merecedores.

Como bem ensina Ferrarini(2010, p. 94):

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

Quando se tratam de questões culturais e religiosas que repercutem no meio jurídico, as denominadas pré-opiniões que, invariavelmente, entram em cena não apenas no momento legislativo, mas, especialmente, na etapa do texto legislado. Perlingieri(2002, p.69), a esse respeito, sustenta:

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

Assim, é possível conciliar a monogamia, enquanto princípio compatível com a cultura ocidental, desde que não se pretenda negar a existência de múltiplas conjugalidades, como fenômeno sociológico presente na sociedade contemporânea. Não cabe ao Estado impor a monogamia como um “dever ser” a todas as relações familiares, pois se estaria entrando em conflito com a liberdade que deve prevalecer na entidade familiar que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade (FERRARINI, 2010, p. 95-96).

#### 4.2.2. A família eudemonista e sua proteção no Estado Social Democrático de Direito

Está consolidado, no Estado Social Democrático de Direito, o entendimento de que os direitos fundamentais não se limitam às relações entre governantes e governados, mas que aqueles incidem também em outros campos, inclusive e especialmente no da família.

Conforme leciona Ferrarini(2010, p. 96) “O Estado Social se propõe a realizar o constitucionalismo democrático, reconhecendo que liberdade e igualdade se comunicam em uma relação dialética pluralista que pretende alcançar um resultado de acordo comum não a partir da confrontação de ideias, mas por meio da conformação das mesmas.”

Essa perspectiva do Estado, que reconhece como administração, governo e sociedade, organizam-se para atuar de acordo com o político que é sempre a atividade desenvolvida neste espaço de tensão e conflito que se abre entre as fraturas de qualquer ordem, porque nenhuma ordem esgota em si mesma, todos os seus sentidos, nem satisfaz as expectativas que os mais distintos atores têm sobre ela.

Segundo Ferrarini(2010, p.97) “É nesse contexto que o Estado enfrenta um novo paradigma que põe em xeque, inclusive, a sua existência científica. Esse novo paradigma, no mínimo propõe a mudança à forma de concepção do Estado, que não mais pode se omitir de realizar o binômio problemático da liberdade-igualdade, ou vice-versa.”

Ainda de acordo com a referida autora(2010, p.97):

Francesco Carnelutti constatou que faz tempo que o direito vem perdendo, pouco a pouco, sua dupla função de certeza e justiça. Afirma o autor que o direito é um substituto da liberdade; mas exatamente por ser um substituto precisa da virtude do produto original. Nessas funções de certeza e justiça, o direito se legitimou para substituir a liberdade natural do Estado Liberal, assim como formalmente a suprimiu nos Estados totalitários.

O Estado Social surge com a proposta de resgatar a função de busca pela justiça no direito e seu desdobramento, bem como tem a pretensão de recuperar também a certeza como função do direito para propiciar estabilidade às relações jurídicas com legitimidade (FERRARINI,2010, p. 97).

O Estado Social do arbítrio foi substituído pelo Estado Social de Direito que, segundo Bonavides(1995, p. 190): “Quanto ao Estado de Direito, não é forma de Estado nem forma de governo. Trata-se de um *statusquo* institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais.”

O Estado de Direito tem como meta uma ordem estatal livre na formação de normas positivas, sujeitas às formalidades garantidoras da certeza e da segurança e, para tal, exigiu uma espécie de formalidade constitucional. No limiar dessas transformações que caracterizavam a complicada convivência do Estado de Direito com o Estado Social, Barbosa(apud FERRARINI, 2010, p. 98) observava que

A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma noção incomensurável nas noções jurídicas do individualismo restringidas agora por uma extensão cada vez maior dos direitos sociais. Já não se vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais acasteladas cada qual no seu direito irretirável, mas uma unidade orgânica em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis de todos os lados a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana.

Aquela ideia de Estado de Direito como exclusiva função de bloqueio foi cedendo espaço para uma tendência que iria favorecer a dissolução do formalismo jurídico para um modelo de Estado de Direito totalmente diverso daquele pensado no passado.

O princípio legitimador dessa compatibilização, ainda que abstrato e genérico, deveria impedir que as chamadas funções sociais transformem-se em funções de dominação. É o que leciona Ferraz Júnior(2016):

O grande momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito está, assim, no modo como as exigências do Estado Social se jurisfaçam, no sentido formal da palavra, nos contornos do Estado de Direito, quebrando, porém, o velho hibridismo da lógica liberal conjugada com uma práxis autoritária. Parece-me que o princípio legitimador, ainda que muito abstrato e genérico, dessa compatibilização deveria ser impedir que as chamadas funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação. Esse é o risco. Seria preciso portanto ver no reconhecimento do Estado Democrático de Direito uma espécie de repúdio à utilização desvirtuada das necessárias funções sociais como instrumento de poder, porque isso destruiria o Estado de Direito e com isso se perverteria a base do Estado Social que estaria então desnaturado. Em consequência, o Estado Democrático de Direito perderia o seu contorno constitucional.

O desafio a ser enfrentado pela experiência constitucional contemporânea reside justamente no fato de formular-se uma composição que não admite nem o formalismo, nem a tirania, o que a torna de difícil concretização sem o apelo às rupturas.

Existe um desgaste do paradigma do Estado do Bem-Estar social, isso é inegável, e tal desgaste retrata os limites das normas, que não são capazes de, por si, realizar o que quer que seja. Para que o Estado realize-se efetivamente (e não seja simplesmente estabelecido), além do reconhecimento formal pelo Direito e da concretização dos seus efeitos jurídicos, impõe-se

a busca pela sua eficácia social, não apenas no sentido da efetividade, mas também da existência de espaços de discussão pública, formais ou não, em que se assegure igual participação de diferentes grupos.

Considerando a estreita ligação entre os direitos fundamentais e o Estado Social de Direito, transcreve-se a opinião de Sarlet(2012, p. 62):

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais e garantias da igualdade de chances(oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e de um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.

Cumprir, ainda, que a ideia do reconhecimento de determinadas posições jurídicas, sociais, fundamentais, como exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre, consoante leciona Klaus Stern, da concepção de que “homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade.

Com base nas ideias aqui apenas pontualmente lançadas e sumariamente desenvolvidas, há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

A característica marcante do Estado Social de Direito está na premissa de identificação da democracia como tensão entre a liberdade e a igualdade que se constitui o abrigo do pluralismo como característica marcante daquele Estado. “Em meio a essa diversidade dialética, o Estado Social de Direito marcou a democracia no núcleo essencial da concepção de Estado legítimo na busca pela efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Sua formação é o primeiro passo em direção aos indícios de construção de um Estado Democrático de Direito, conforme almeja a Constituição Federal de 1988”(FERRARINI,2010, p. 99).

As transformações sucedidas do Estado Social até o Estado Social Democrático de Direito e a superação da ideia liberal burguesa, onde os direitos fundamentais eram vistos como instituto específico das relações entre o indivíduo e o Estado, também afetaram a família em sua conceituação e seu modo de constituição.

Consoante Ferrarini(2010, p. 100):

Na ordem jurídica pátria, considerando a moldura axiológica da Constituição de 1988, os paradigmas do sexo e do casamento, que refletiam um Direito matrimonializado, patriarcal, patrimonializado e heterossexual cederam espaço aos novos pilares da repersonalização e da afetividade. Emerge a família instrumental como autêntico espaço de desenvolvimento das potencialidades de todos que a

compõe. Qualquer “família”, pois, que seja instrumento de realização dos seus membros, está protegida pelo seu nome, mas pelo seu conteúdo.

No caso específico das relações simultâneas, pretende-se extrair da ordem constitucional brasileira, depois de verificada toda a casuística, quais seriam os parâmetros que orientam a efetiva proteção dos direitos fundamentais dos seus membros, e quais as circunstâncias para uma relação posta em situação de simultaneidade ser considerada uma verdadeira entidade familiar, analisando com cuidado o real significado da perspectiva protetiva eudemonista da família.

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. Na concepção de família eudemonista, o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal e a sua felicidade.

Segundo Ferrarini(2010, p. 101), “Essa busca pela felicidade individual, todavia, não quer significar uma perspectiva utilitarista, que culminaria em um ultra individualismo no âmbito da família. Em vez disso, trata-se de uma felicidade coexistencial, onde o sujeito busca sua realização por meio da convivência familiar.”

Em razão dessa ideia de família eudemonista que o Estado, em concreto, deve dar proteção à pessoa de cada um dos seus membros, tomados como entes em relação de coexistência, não como indivíduos atomizados. O princípio eudemonista da Lei Fundamental deve ser lido em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz consigo um sentido ético de respeito mútuo e cooperação entre os membros de uma entidade familiar, muito em voga nas questões familiares contemporâneas.

#### 4.2.3. Da Pluralidade familiar no âmbito constitucional: uma leitura a partir do artigo 226 da Constituição Federal

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a disciplina jurídica da família passou por uma profunda transformação. Ao reconhecer a união estável e as famílias monoparentais como formas de entidade familiar, a Lei Maior rompe com a orientação das Constituições anteriores no sentido de ser o casamento a única possibilidade de formação familiar idônea a receber proteção do Estado.

Pela leitura do artigo 226 da Carta maior, percebe-se, de plano, o reconhecimento expresso do direito positivo acerca do valor jurídico das formações familiares diversas do modelo matrimonializado que, no Código Civil de 1916, apresentava-se como exclusivo.



Nesse quadro, a família, como dado jurídico, passa a ser reputada como plural (FERRARINI, p. 102).

Uma questão preliminar diz respeito ao significado das expressões “entidade familiar” e “família” que não encontram definição na Constituição Federal e tampouco na legislação infraconstitucional. Alguns juristas defendem que entidade familiar seja algo diverso da família propriamente dita. A partir dessa exegese excludente, a família constituída pelo casamento teria *status* jurídico superior à união estável e as famílias monoparentais, estando estas no âmbito da “quase família”.

O principal argumento da tese da desigualdade entre os três tipos reside no enunciado do §3º do artigo 226 da Constituição, relativo à união estável, quando dispõe “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Ora, de certo que o casamento, como ato jurídico formal que é, tem como um dos seus efeitos a mudança do estado civil para casado, e como seu procedimento está minuciosamente disciplinado no Código Civil, sendo, portanto, normas indisponíveis, nós podemos identificar o início e o fim do ato jurídico casamento, já a união estável, por ser um fato social e uma união informal, requer certa cautela por parte do operador do direito para a sua configuração, o que se conclui que as relações formais trazem maior segurança jurídica nas relações sociais, por isso que o legislador constituinte previu na parte final do referido artigo que as partes, se assim o desejassem, poderiam converter a união estável em casamento, devendo a lei facilitar tal conversão.

Esta foi à intenção do constituinte ao formular o §3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 e não hierarquizar qualquer modelo de entidade familiar em detrimento de outro, por que isso feriria o princípio da isonomia, da liberdade e da dignidade de cada um dos seus membros.

Assim, essa linha de argumentação não atende à liberdade de escolher e constituir família que é decorrente da própria cláusula da dignidade da pessoa humana. O referido dispositivo não impõe requisito que subordine a validade ou a eficácia da união estável à conversão em casamento. Como bem elucida Lôbo(2014, p.163):

Facilitar a conversão de uma entidade em outra é especificação do princípio da liberdade de constituição de família; não é rito de passagem. A norma do §3º do art. 226 da Constituição configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejarem se casar, e exemplo da dispensa da solenidade de celebração, como estabeleceu o art. 1.726 do Código Civil. Se os companheiros desejarem manter a união estável até o fim de suas vidas podem fazê-lo, sem impedimento legal. Serão livres para convertê-la em casamento, se quiserem, sem imposição ou indução legal; da mesma forma

que as pessoas casadas podem livremente dissolver seu casamento e constituírem união estável, o que tem ocorrido com certa frequência com casais divorciados que se reconciliam, mas não desejam retornar à situação anterior.

A doutrina majoritária brasileira reputa como sinônimos as expressões entidade familiar e família, entendimento este que se adota neste estudo, tendo em vista que considera que não cabe ao legislador hierarquizar e definir qual a melhor e mais adequada família. Como bem nos ensina Ruzyk(2005, p. 33), a entidade familiar é “como um núcleo de coexistencialidade estável, público e fundado no afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parta do direito positivado, mas, sim, da realidade social à qual o direito se destina.”

Entre os que consideram família e entidade familiar como merecedoras do mesmo status jurídico, é latente a divergência no que respeita à abertura ou a taxatividade do rol constante no artigo 226 da Constituição Federal. Discute-se se o constituinte, ao elencar a união estável e a família monoparental, fê-lo de forma exaustiva, fechando a possibilidade de se reconhecer outras entidades familiares, ou, em vez disso, apresentou apenas um rol exemplificativo, na medida em que no *caput* do referido artigo não fez qualquer referência ao tipo de família, estendendo, então, a tutela constitucional a outros arranjos afetivos diversos daqueles explicitados na Magna Carta (FERRARINI,2010, p. 103).

Diante das informações supracitadas, surgiu um embate hermenêutico que impõe a devida interpretação sistemática a partir dos valores que informam a ordem jurídica pátria. Levando-se em conta que a aplicação do direito passa pelo processo anterior da interpretação, questão preliminar é reconhecer que a hermenêutica tem um só objeto que é a lei, enquanto que a aplicação possui dois objetos: o direito, no sentido objetivo, e o fato. A interpretação é um meio para atingir a aplicação da lei, é um momento da atividade do operador do direito.

Nesse contexto, tem-seo entendimento de que as normas de proteção da família são normas de inclusão, pois a necessidade de valorização da família tem sido entendida como caminho a ser perseguido por todas as nações, como forma de criar uma sociedade sólida, solidária e justa a partir de sua célula-mãe que é a entidade familiar.

Quanto à questão relatada antes, a preocupação do constituinte brasileiro não foi diferente. Todo o Capítulo VII do Título Oito da Constituição Federal é destinado à proteção da família. Consta no *caput* do artigo 226 da Lei maior que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Não se trata de uma proteção genérica, programática, mas específica, tanto que o constituinte a qualificou de “especial proteção”. Uma proteção,

portanto, diferenciada e maior do que aquela ofertada, nos diversos dispositivos, à sociedade em geral (FERRARINI,2010, p. 104).

Nessa esteira, tem-se a lição de Chaves e Rosenvald(2015, p. 59-60):

Antes de penetrar efetivamente na seara da questão proposta, é mister, de antemão, esclarecer a importância do preâmbulo do texto constitucional. Cuida-se de um compromisso antecipado e solene, que, junto com os princípios e garantias fundamentais e sociais, formam cláusulas pétreas da Constituição. A Carta Magna estabelece que em seu preâmbulo que, instituído o Estado Democrático, a sua destinação tende a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Fica claro, portanto, que a interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincada nos princípios da *liberdade e igualdade*, e despida de qualquer preconceito, porque tem como “pano de fundo” o macrop princípio da *dignidade da pessoa humana*, assegurado logo pelo art. 1º, III, como princípio fundamental da República.

[...]

Tem-se, portanto, como inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, *estão admitidas no Direito das Famílias todas as entidades formadas por pessoas humanas e baseadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca*, mencionadas, ou não, pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

Cabe lembrar também o princípio da máxima efetividade, mencionado por Canotilho(1993, p. 227), de que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.” Para, além disso, menciona Ruzyk(2005, p. 35) que “a regra de proteção à família na pessoa de cada um de seus membros enfatiza o seu sentido coexistencial, que não se deixa aprisionar em ‘tipos legais’, mas que se dirige ao ‘melhor interesse’ dos componentes das entidades familiares.”

Nesse sentido, a intervenção estatal no âmbito das entidades familiares, a atuação do Estado deve se dar apenas no sentido da proteção, nunca numa perspectiva de exclusão. Ao legislador e ao juiz, cumpre o dever de mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra da lei do texto antigo o instituto moderno, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades.

Entende-se, pois, que o sentido hermenêutico que aponta à adequada leitura constitucional é o reconhecimento da pluralidade constitucional da família. Tomada essa iniciativa, tem-se que o legislador constituinte, ao não elencar e fechar o rol de todas as entidades familiares protegidas pelo Estado, “abriu ensejo à discussão, no caso concreto, de quais relações se caracterizam e merecem ser protegidas como família, E assim o fez o referido constituinte para atingir um sentido que, em vez de se ater a uma técnica

interpretativa exigente e estreita, torne efetivos e eficientes os valores constitucionais”(FERRARINI, 2010, p. 106).

A Constituição Federal tem de ser contextualizada no sentido de que tanto prevê no presente, como prepara para o futuro, ou seja, a lei fundamental deve ser entendida inteligentemente, levando-se em conta que os fins que tem em mira podem ter os meios variados de acordo com o tempo e as circunstâncias, de modo que torna forçoso acompanhar a evolução e adaptar-se a situações imprevistas.

A respeito dessa evolução e adaptação das normas constitucionais tem-seo entendimento de Barroso (2011, p. 123-127):

As constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A Constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra os seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos. Porque assim é, todas as Cartas Políticas preveem mecanismos institucionais para a sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

[...]

À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

As famílias simultâneas, na lição de Ferrarini(2010, p. 106-107):

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

Os próximos tópicos delimitam quais as relações simultâneas que merecem proteção, haja vista que o ingresso da simultaneidade no direito não se dá pela simples subsunção do fato à norma, mas pelos princípios que, segundo Ferrarini(2010,p. 107),““abrirão as portas’ da ordem jurídica a essa realidade sociológica, que estando inserida no contexto da família, não pode prescindir da busca de uma conclusão, quanto possível, benéfica e compatível com o bem geral e as ideias gerais de dignidade e solidariedade humana.”

#### 4.3 DA SIMULTANEIDADE FUNDADA EM CONJUGALIDADES CONCOMITANTES: a distinção entre as relações adúlteras eventuais e as relações paralelas merecedoras da chancela jurídica

Levando-se em conta o sistema constitucional aberto do conceito de família, ou seja, da família plural, e afirmando-se a possibilidade de ingresso de certas situações de simultaneidade familiar no âmbito sistemático do Direito, não seria viável apreender, por meio de definições absolutas, quais as circunstâncias que o fenômeno da simultaneidade ensejaria o seu reconhecimento como família. Necessária é a definição de pressupostos mínimos à caracterização, em meio aos diferentes arranjos de conjugalidades paralelas, de uma verdadeira entidade familiar, digna de proteção do Estado.

A priori aquelas situações de simultaneidade de conjugalidades que se restrinjam a um relacionamento sexual extraconjugal esporádico e clandestino seriam excluídas do conceito de família simultânea. Essa forma de simultaneidade não se confunde com as relações que, embora paralelas a um casamento formal, constituam coexistências familiares, não podendo, por isso, ser reputadas de antemão como mutuamente excludentes.

O foco de proteção que se advoga neste estudo, levando-se em conta a ordem principiológica examinada, é no sentido ético imanente à perspectiva da tutela de uma felicidade coexistencial. Isto implica dizer que o Direito não pode proteger aquele que, a pretexto da satisfação egoísta do próprio desejo, aniquila a dignidade do outro, mediante um proceder iníquo e desleal, que frustra as expectativas de coexistência afetiva, nutridas por conta de uma relação de conjugalidade entre eles mantida (FERRARINI, 2010, p. 108).

A partir do sentido das normas positivadas na Constituição, verificam-se quais as hipóteses de relações simultâneas que estão tuteladas pela ordem jurídica brasileira.

Dentre as diferentes unidades de vivência presentes na experiência brasileira, “encontram-se as famílias paralelas, que muito embora simultâneas a um casamento formal, reputam-se como entidades familiares. Para se afigurarem como tal, porém, há características comuns e essenciais, sem as quais não haverá o reconhecimento da proteção constitucional” (FERRARINI, p. 108).

É mister frisar que, de início, se opta por analisar conjuntamente os elementos caracterizadores de uma família simultânea. A justificativa para tanto são as características que se complementam, sendo que a existência de uma pode ser essencial à configuração de outra. Essa é razão lógica de se englobar a verificação dos vários requisitos num único tópico,

atentando-se que o grau de relevância de cada um deles há de ser verificado de acordo com as circunstâncias do caso concreto (FERRARINI, 2010, p. 108-109).

O primeiro critério a verificar-se no reconhecimento de certa relação simultânea como entidade familiar é a análise do princípio da boa-fé subjetiva que denota a ideia de ignorância de determinada situação, sendo que, para a sua aplicação, é considerada a intenção do sujeito da relação jurídica.

Segundo Anderson Schreiber, o artigo 1.561 do Código Civil que trata do casamento putativo, o casamento nulo que por sua natureza não produziria nenhum efeito, segundo a civilística tradicional, mantém-se plenamente eficaz em relação ao cônjuge de boa-fé, ou seja, aquele que se casa sem saber do prévio vínculo matrimonial do seu cônjuge, não perde a proteção da ordem jurídica familiar. Do mesmo modo, em razão da isonomia, a mesma regra aplica-se ao relacionamento informal. Veja-se:

Nos exatos termos do dispositivo, o casamento nulo – que, como ato nulo, não produziria, segundo a civilística tradicional, nenhum efeito – mantém-se plenamente eficaz em relação ao cônjuge “de boa fé”. Vale dizer: quem se casa, sem saber do prévio vínculo matrimonial do seu cônjuge, violando a regra da exclusividade do casamento e o imperativo monogâmico, não perde, se estiver de boa-fé a proteção de ordem familiar. O casamento produz, em relação ao cônjuge de boa-fé, todos os seus efeitos.

Ora, se a violação à regra imperativa de exclusividade ao casamento não implica perda de proteção jurídica ao cônjuge de boa-fé, a constituição de união estável – que deriva de circunstância fática e não exige, como visto, exclusividade – não poderia resultar na perda de proteção ao convivente de boa-fé. Trata-se de uma questão de isonomia (quem casa com pessoa casada não pode ter tratamento mais benéfico que quem passa a conviver com ela, faticamente), além de consequência lógica e necessária de um sistema jurídico que se queira, minimamente, coerente. (SCHREIBER, p. 16)

A boa-fé subjetiva, na lição de Stolze e Pamplona Filho (2016, p. 266), “consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina.”

Quando se fala em casamento putativo, o elemento subjetivo da boa-fé é realçado, ficando ausente, portanto, qualquer comportamento em haja incidência da má-fé. Logo, segundo Stolze e Pamplona Filho (2016, p. 266), “quando se diz que o casamento é tradução da teoria da aparência – porquanto uma situação de suposta juridicidade é preservada – está-se, em verdade, tutelando a boa fé e a confiança manifestada pelo comportamento social do cônjuge que, embora inocente, se vê prejudicado.”

Feitas essas considerações a respeito do princípio da boa-fé subjetiva e o seu significado, entende-se que a ordem jurídica é apta a negar o reconhecimento, como família, de relações simultâneas que violem deveres impostos pela boa-fé.

É importante atentar, sobretudo nas relações existenciais de família, que “sobre tais situações, frequentemente incidem outros princípios que, por serem expressões da dignidade da pessoa humana e dos valores fundamentais da Constituição, adquirem quase sempre, um peso maior que à proteção a confiança”(SCHREIBER, 2005, p. 262).

A análise das circunstâncias do caso concreto torna-se imperiosa, porque o conteúdo da boa-fé subjetiva é aferível em concreto e com base na relação que se está a travar. Por essa razão afirma-se que somente é viável reconhecer o sentido de um comportamento, segundo a boa-fé, a partir das circunstâncias específicas do caso concreto (FERRARINI, 2010, p. 111).

Não se pode efetivamente arrolar ou tabular *a priori* o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé subjetiva, por se tratar de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das circunstâncias do caso concreto.

“Essas premissas podem ensejar, portanto, em uma mesma situação concreta de simultaneidade familiar, a construção de normas que chancelam certos efeitos jurídicos para alguns dos sujeitos que a integram, como podem negá-los, ou ao menos mitigá-los, para outros sujeitos”(FERRARINI,2010, p.111).

Sustenta Ruzyk(2005, p. 198) que

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

Daí a viabilidade de relações de conjugalidades simultâneas constituírem família, desde que permeadas pelo atendimento recíproco entre todos os componentes dos deveres impostos pela boa-fé subjetiva.

A boa-fé, como requisito indentificador de uma família simultânea, não é aferida isoladamente, mas, ao contrário, a partir do reconhecimento dos demais elementos caracterizadores de uma entidade familiar. Isso quer significar, por exemplo, que não se pode definir a existência ou não da boa-fé a partir da conduta de todos os componentes envolvidos, tanto da família original como da relação afetiva paralela, antes de perquirida a presença da ostentabilidade plena, característica que será tratada adiante.

“No plano da construção teórica do Direito, a Constituição de 1988 concebeu uma nova família que se estrutura nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade,

valorizando a realidade construída todos os dias através dos vínculos de coexistência dos seus membros”(FERRARINI, 2010, p.112).

No novo modelo de família tutelado pela Lei Fundamental, o afeto é a razão da sua própria constituição, desenvolvimento e sobrevivência. Daí se afirmar que o afeto, como sentimento íntimo que é, possa interessar, inicialmente, às pessoas que o sentem e cultivam, tem relevância jurídica destacada nas relações de família.

Consoante Ferrarini(2010,p.112):

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

Dentro do que foi discorrido acima, pode-se afirmar que o pressuposto essencial a caracterizar como entidade familiar determinada união conjugal simultânea a um casamento formal é a afetividade<sup>12</sup>, entendida como fundamento e finalidade da relação. É mister frisar que a possibilidade de manifestação de afeto dá-se através da convivência, que está no sentido da familiaridade, com ou sem coabitação, com ou sem relações íntimas, bastando a convivência.

A convivência de que está tratando este texto é no sentido da coexistência, que também é um elemento caracterizador de uma entidade familiar. É a partir daquela que se criam vínculos duradouros. Uma verdadeira comunhão de vidas pressupõe que os membros estejam sempre unidos de forma a coexistir, compartilhando suas vidas e realizando-se mutuamente.

---

<sup>12</sup> Quando falamos em afetividade nas relações familiares temos que tomar por base o princípio da afetividade, que recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988, refletindo-se na doutrina e na jurisprudência. Como bem nos explica Paulo Lôbo (2014, p. 65): “O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana(art. 1º, III) e da solidariedade(art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade dos cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.” O referido autor ainda relata que a afetividade, enquanto princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, pois o afeto pode ser presumido, quando este faltar na realidade das relações. Assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor entre eles. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o citado princípio incide enquanto houver afetividade real, tendo em vista que esta é pressuposto da convivência. (LÔBO, 2014, p. 66)

Nesse sentido, podemos concluir que o afeto, apesar de ser à base da família contemporânea, ele acarreta responsabilidade para os membros que compõe uma entidade familiar, responsabilidades estas que estão disciplinadas ao longo do texto do nosso Código Civil. Esse é o verdadeiro significado da chamada família eudemonista, ou seja, a busca da felicidade e o desenvolvimento da personalidade de seus membros, mas uma busca pautada nas responsabilidades supracitadas.



“Apenas existe a convivência se configurada a satisfação existencial recíproca, caracterizando a união como autêntico espaço de desenvolvimento das potencialidades daqueles que a compõem. Relações baseadas em interesses alheios à comunhão de vida inerente à família não ensejam a formação de uma entidade familiar”(FERRARINI, 2010, p. 113).

É importante esclarecer que a coexistência não significa, necessariamente, coabitar. Aliás, quando se fala em coabitar, esse conceito tem sido relativizado até mesmo na caracterização dos deveres matrimoniais, ou seja, hoje é perfeitamente possível que um casal que tenha constituído seu projeto de vida em comum através do instituto formal do casamento, possam possuir dois domicílios diversos sem ferir o dever de vida em comum no domicílio conjugal, previsto no inciso II, do artigo 1.566 do Código Civil.

“No caso específico das relações simultâneas, revela-se plenamente factível a circunstância de o componente comum, que mantém conjugalidades em dois núcleos familiares distintos, coabitar no espaço da família matrimonializada, sem que com isso esteja a afastar o sentido da coexistencialidade eventualmente presente na segunda relação”(FERRARINI, 2010, p. 113).

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

A estabilidade e a durabilidade são elementos de ordem objetiva. Apesar de não se exigir legalmente um decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização de uma entidade familiar, a relação não pode ser efêmera, circunstancial, mas prolongada no tempo, havendo, assim, continuidade do vínculo afetivo. Não havendo os elementos acima referidos, uma relação não pode ser definida como entidade familiar, pois as relações menos compromissadas estão longe de configurarem-se como uma entidade familiar merecedora de proteção jurídica.

Completando os requisitos para a possibilidade de manifestação de uma entidade familiar, tem-se a ostentabilidade. Sobre esse requisito, o que se exige não é a notoriedade, mas o conhecimento, ao menos por pessoas mais íntimas, da existência da entidade familiar, o que é facilitado através da durabilidade da relação ou situação, o que não deverá ser determinado por um prazo pré-fixado.

De acordo com os requisitos discorridos, pode-se sustentar, de plano, que apenas se configuram como família aquelas relações de simultaneidade em que se assente a afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com o escopo indiscutível de constituição de família; a estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos; e, por fim, a ostentabilidade que pressupõe uma unidade familiar que se apresente publicamente.

Caso a relação, ainda que estável, seja mantida às ocultas, sem amplo reconhecimento público, não pode ser caracterizada como entidade familiar. Trata-se de um relacionamento sexual, que pode ser fundado no afeto, mas não extrapola o restrito espaço dos sujeitos que a compõem, não se expressando como relação afetiva perante o meio social. Nesse sentido, sustenta Ruzyk(2005, p. 184):

Os que mantêm conjugalidade sob a égide da clandestinidade não demandam reconhecimento público de seu afeto, buscando, ao contrário, ocultar qualquer manifestação exterior por eles encetada. Enclausuram-se na cumplicidade clandestina do vínculo do “eu” e o “outro”, encoberta por uma aparência social que lhe seja apta a subtrair, se possível, até mesmo o espectro de uma suspeita.

Conforme explica Ferrarini(2010, p. 114):

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

Ainda de acordo com a referida autora(2010,p.114):

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

Tal conclusão é propiciada pelos princípios vetores que informam a família contemporânea, especialmente, o princípio da liberdade e o princípio eudemonista. Se há maior liberdade de escolha da forma da conjugalidade que melhor satisfaça às aspirações individuais de convivência familiar e busca da felicidade, também se configura maior liberdade para não permanecer unido ao outro quando do eventual ocaso do amor conjugal

que conduziu à união, segundo o princípio da facilitação da dissolução da sociedade conjugal. Mas, se um dos componentes da entidade familiar escolher conviver entre os dois seios familiares porque esta situação deixa-o feliz e não há prejuízo para os demais membros daquela instituição, pois conhecem e aprovam a situação, não cabe ao Estado interferir nesta modalidade familiar se o indivíduo tem consciência da concomitância de relacionamentos e, ainda assim, persiste na relação, tendo em vista que dessa convivência pública, por vezes, pode ter filhos, e os conviventes também podem construir um patrimônio em comum, que vai requerer do ordenamento jurídico a outorga de efeitos, sendo necessário que o Direito reconheça tais vínculos como entidades familiares e, portanto, sujeitas às disposições do livro de família no Código Civil.

Nesse sentido, havendo transparência, tomado conhecimento do relacionamento simultâneo por todos os componentes das entidades familiares, sobretudo, os que mantêm relação de conjugalidade com o membro comum e, ainda assim, a despeito da simultaneidade, todos os núcleos familiares mantêm-se íntegros, sem o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, entende-se que ambos se configuram como entidade familiar, não sendo viável proteger apenas o núcleo original (FERRARINI, 2010, p. 115).

Se existe uma postura no sentido de aceitar ou romper com a concomitância de relacionamentos, e opta-se livremente por manter os vínculos de coexistencialidade, a simultaneidade atenderia, assim, em tese, às pretensões de felicidade coexistencial de todos os componentes das famílias em tela.

Havendo nas relações simultâneas respeito aos deveres da boa-fé, afeto, coexistência estável e plena ostentabilidade, não se poderá negar sua eficácia jurídica, mas também a aceitação social, posto que incólume a confiança mútua e, especialmente, a dignidade de ambas as famílias (FERRARINI, 2010, p.116).

A configuração das famílias simultâneas resulta com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos benéficos, se comprovado o enlaçamento de vida e o comprometimento recíproco. Esses conferidos pela presença de todos os elementos anteriormente referidos, que são comuns a qualquer entidade familiar merecedora de proteção do Estado.

Caso haja o desconhecimento de um núcleo familiar sobre o outro, porém o concubino(a) estava de boa-fé(subjetiva) e não sabia que a sua relação na verdade era uma relação concubinária, a este o direito não vai desamparar, pois, nessa situação, aplica-se a putatividade, pautada na teoria da aparência em razão da boa-fé subjetiva daquele não desconhecia a real situação, conforme exposto em tópico anterior.

#### 4.4 DA POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE EFEITOS DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma vez explanados, em linhas gerais, os limites e as possibilidades de a ordem jurídica brasileira, por meio do sistema aberto e plural, apreender o fenômeno da simultaneidade familiar, cabe, doravante, analisar a postura do Estado em face dessa realidade.

Embora a doutrina majoritária nacional<sup>13</sup> tenha acolhido, em termos gerais e consideradas algumas variações, a aplicabilidade *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas (o que significa dizer que, quanto ao papel do juiz, ao menos quando não houver lei ordinária aplicável, é reconhecido o direito fundamental como direito oponível em face do outro particular), este estudo tem o pretense objetivo de investigar a contribuição da teoria dos deveres de proteção na chancela jurídica das famílias simultâneas.

A teoria dos deveres de proteção, conforme analisado anteriormente no primeiro capítulo desta dissertação, reconhece que os direitos fundamentais projetam efeitos jurídicos a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Neste subitem que ora se inicia propõe-se discutir, sob a ótica dos deveres de proteção, como se deve operar a proteção estatal diante de uma relação simultânea caracterizada como entidade familiar.

Como explica Ferrarini(2010, p.117):

De acordo com essa teoria, o dever de proteção apresenta-se como função derivada do elemento objetivo dos direitos fundamentais, ou, sendo mais abrangente, como o outro lado dos direitos fundamentais. Advoga-se, portanto, que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos contra o Estado, mas também expressão de valores objetivos. Nessa última acepção, a sua influência não é limitada à esfera do Direito Público, estendendo-se ao âmbito do Direito privado.

Ensina ainda a referida autora (2010,p.117) que

O dever de proteger requer que o Estado aja no interesse das liberdades ameaçadas, o que pode se dar de várias formas, todas compatíveis, por óbvio, com a Constituição e sempre atentas à vedação de ir longe demais(quando se trata de direito fundamental invocado como direito negativo) e à proibição de medidas insuficientes(quando se trata de direito positivo ou de defesa).

Ainda sobre a teoria dos deveres de proteção, Neuner(2007, p.229) afirma que o lado de proibições de intervenções estatais é imanente aos direitos fundamentais uma função de imperativo de proteção. Segundo o autor, a doutrina dos deveres de proteção obriga todos os

---

<sup>13</sup> Sobre os defensores dessa teoria podemos citar autores como Daniel Sarmiento, Ingo Wolfgang Sarlet, Wilson Steinmetz, Luís Roberto Barroso, dentre outros.

poderes estatais e “fundamenta, especialmente para a judicatura do direito privado, não apenas um mandamento de interpretação conforme os direitos fundamentais, mas também um mandamento de desenvolvimento autônomo do direito conforme os direitos fundamentais.”

Para a referida teoria, a proteção dos direitos fundamentais entre particulares melhor se explica pela função de imperativos de tutela, que obrigam o Estado a uma proteção adequada dos direitos fundamentais de cada cidadão, contra uma lesão de outro cidadão. Assim, os sujeitos de direito privado e seu comportamento não estão, em princípio, sujeitos à vinculação imediata dos direitos fundamentais. Esses desenvolvem, porém, os seus efeitos nesta direção, por intermédio da sua função com imperativos de tutela.

Tendo em conta as peculiaridades desta teoria, pretende-se demonstrar a contribuição dos deveres de proteção, especificamente, na busca da tutela do direito das famílias simultâneas.

#### 4.4.1A Constituição e o Poder Legislativo no trilhar da função protetiva

Pela teoria dos deveres de proteção, o Estado é considerado como único destinatário dos direitos fundamentais, sem negar, contudo, que a ele incumbe o dever de tornar efetivos tais direitos, inclusive nas relações privadas. O Estado não deve apenas respeitar, mas também proteger os direitos fundamentais. Ele deve empenhar-se em todas as suas articulações, inclusive a judicial, para que os direitos fundamentais sejam respeitados no âmbito das relações entre particulares.

Segundo Ferrarini(2010, p. 119) na teoria dos deveres de proteção:

Quando um direito é invocado como dever positivo ou de proteção, a questão é saber o que o Estado faz, no sentido de fornecer proteção suficiente, para salvaguardar o direito fundamental ameaçado. A primeira expectativa é que os direitos fundamentais sejam interpretados como obrigação do legislador de adaptar o sistema legal aos princípios contidos na Constituição.

Mas há doutrinadores, a exemplo de Pinto(2007, p. 155 e 157), que sugere que sejam encontradas soluções diferenciadoras na temática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sustentando que a aplicação deles à atividade de entidades privadas deve ocorrer, em primeira linha, através de normas de direito privado.

Para aquele, essas normas seriam portas de entrada dos direitos fundamentais no domínio privado, constituindo a forma precípua de sua efetivação, impondo-se ao legislador, inclusive, o dever de prever mecanismos legais protetores dos direitos fundamentais. O

referido autor sustenta ser preferível a impositação com base na função de direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela.

Nessa linha, incumbe ao legislador escolher o meio adequado para alcançar o propósito da Constituição, ou seja, o principal caminho da função protetiva é trilhado por meio da legislação, tendo os demais órgãos, função subsidiária. Se a lei exigida pelo dever de proteção está completamente ausente, o Executivo e o Judiciário só podem agir por si se a obrigação tiver base suficientemente clara na própria Constituição, e isso não resultar em limitação para direitos fundamentais de terceiros.

Tal possibilidade justifica-se no entendimento de que ao legislador não pode ser conferido tamanho poder. Ainda que se admita que a obrigação de garantir a vigência dos direitos fundamentais seja precipuamente do legislativo, ele está sujeito a certas limitações.

Cabe salientar, ainda, que, em virtude de os deveres de proteção serem extraídos dos direitos fundamentais, na sua vertente de princípios objetivos (efeito irradiante), entende-se pela possibilidade de serem convertidos em direitos individuais (FERRARINI, 2010, p. 121).

Isso significa que, havendo base explícita na Constituição, o indivíduo cujo interesse, constitucionalmente, protegido pode vir a ser violado por terceiros tem uma pretensão contra o Estado e as leis existentes não o protejam de forma suficiente, e permanecendo o legislador inativo, ou se recusa a agir, viola não apenas o direito constitucional objetivo, mas também o direito individual de cada cidadão.

E não poderia ser diferente, pois a característica que define os direitos fundamentais é justamente a indisponibilidade de seu conteúdo pelo legislador. Não seria admissível que os direitos fundamentais apenas operassem efeitos nas relações entre particulares quando assim decidisse o Legislativo.

Portanto, frente ao dever de proteção do Estado, no caso de omissão do legislador, o indivíduo que tem seu direito fundamental ameaçado ou violado goza do direito subjetivo de buscar a tutela estatal em outras articulações.

#### 4.4.2 Aplicação da teoria dos deveres de proteção na busca da chancela jurídica das famílias simultâneas

Dispõe o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Desse enunciado da norma, decorre, inegavelmente, para todos os poderes estatais, especiais poderes de proteção. Nessa esteira, uma questão preliminar é o reconhecimento de que a referida cláusula de proteção, além do

propósito de proteger as pessoas contra o próprio Estado, assegurando que a ordem estatal proteja uma das outras de eventual violação ou ameaça a direitos fundamentais.

No caso das relações de família, a proteção do dispositivo constitucional destina-se à família instrumental, considerada a partir de cada um dos seus componentes da relação familiar, estando alheia, portanto, ao comando protetivo, a concepção de família institucionalizada vista como um fim em si mesma, pois, hoje, a ideia que se tem é a de que a família existe como um instrumento de felicidade e desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros.

Dá se coloca a questão relativa à proteção de famílias simultâneas. Ingressando o fenômeno no sistema jurídico, necessária a interferência do Estado na condição de protetor da família.

No que refere à família simultânea, chegado a esse ponto do estudo, parte-se da premissa de que já fora superado o momento inicial de verificação dos elementos essenciais a caracterizar a relação conjugal simultânea como entidade familiar. Reconhecida como família, é chegada a hora de demonstrar a possibilidade de contribuição da teoria dos deveres de proteção na chancela jurídica no fenômeno da simultaneidade.

O primeiro enfoque dar-se-á com a resistência de conceber-se a possibilidade de tutela estatal à família simultânea e ao núcleo original matrimonializado. Há quem defenda que, justamente em decorrência do comando constitucional de especial proteção à família, não está o Estado autorizado a proteger a entidade informal, sob pena de mitigar a proteção da família primitiva.

A resposta a esta indagação e a justificativa para a proteção do núcleo familiar simultâneo estão no fato de que, a partir dos valores que informam a família constitucionalizada, não é conferida ao Estado legitimidade para excluir de sua órbita de proteção determinado modelo de família. Assim, como deve abster-se de violar direitos fundamentais inerentes a qualquer família, há também de protegê-la da violação eventualmente causada por um particular.

Seguindo tais preceitos, ambas as famílias, postas em situação de simultaneidade, são titulares da mesma proteção, tendo em vista que não se trata de qualquer relação afetiva eventual, mas de relacionamento que, sem embargo de apresentar-se simultâneo ao casamento formal, atende a todos os pressupostos de uma verdadeira entidade familiar, sendo, portanto, uma entidade familiar.

Outra indagação, feita pelos estudiosos do direito, parte do entendimento de que se trata de opção, e não omissão legislativa a ausência de lei regulamentadora. Tal circunstância

seria decorrente da interpretação do legislador em consonância com o pretense deve ser estatal no sentido da necessária estrutura monogâmica da família. Assim, não haveria de se falar em proteção estatal do núcleo afetivo simultâneo ao casamento, negando-se, por conseguinte, a tutela do Estado tanto aos seus componentes considerados individualmente, quanto à entidade familiar constituída.

Conforme nos ensina Ferrarini(2010, p. 123):

Ocorre que tal entendimento, ao generalizar as relações simultâneas, ignora a análise tópica que se impõe nessas situações, desprezando a escolha livre de todos os indivíduos partícipes da simultaneidade, quer os da família original matrimonializada, quer os da família informal. Afora isso, a omissão do legislador na proteção de um direito fundamental constitucionalmente protegido não pode ser concebida simplesmente como opção. Se a Constituição estabelece a obrigação, entende-se que o legislador não tem a liberdade de escolher se a cumpre ou não. A diferença essencial entre a tese da eficácia imediata e a teoria dos deveres de proteção nas relações privadas se dá com o destinatário dos direitos fundamentais e o alcance do papel do juiz quando da ausência ou insuficiência de lei ordinária que regule especificamente a situação controvertida.

Enquanto na primeira teoria reconhece-se o direito fundamental como direito subjetivo oponível em face de outro particular, no dever de proteção, considerado como função derivada do elemento objetivo dos direitos fundamentais, o destinatário continua sendo o Estado. Daí, decorrem, para todos os seus poderes, incluindo o Judiciário, especiais deveres de proteção que, segundo Novais(2007, p. 350-360), “permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a proteção dos direitos o exija e o legislador(ainda) não tenha cumprido adequadamente esses deveres, o recurso directo à norma constitucional na resolução de conflitos entre particulares.”

O fato de a teoria da eficácia imediata concluir que a forma de realizar a proteção dos direitos fundamentais das ameaças de outros particulares é fazer destes os destinatários desses direitos segundo a modalidade de pretensão subjetiva, da mesma forma que se opera sua proteção perante o Estado, acaba, ela própria, por atenuar a eficácia dos direitos fundamentais, na medida em que presentes dois titulares de direitos fundamentais, ocorre uma recíproca invocação de medidas jusfundamentais.

A esse respeito, Novais(2007, p.372) faz uma crítica que explica ser demasiada a pretensão da tese da eficácia direta no sentido de transpor em face dos particulares as sólidas garantias e preciosos limites demoradamente construídos perante o Estado numa dogmática laboriosa. Observe-se:



[...] a situação é qualitativamente diferente, pois se parte do Estado não há titularidade de direitos fundamentais, ele só dificilmente pode invocar razões jusfundamentais a favor do interesse que pretende prosseguir. Já no caso das relações entre particulares, os direitos fundamentais estão dos dois lados da relação, pelo que, não apenas a ponderação fica sem critérios jusfundamentais de solução, como aquilo que se prometera à partida (maior protecção derivada do reconhecimento de um direito subjectivo jusfundamental), se dissipa exactamente pela mesma via onde entrara: a neutralização implicada pela existência de um direito subjectivo de idêntico peso do lado contrário.”

Nesse contexto, vislumbra-se a possibilidade de contribuição da teoria dos deveres de protecção ao reconhecimento da simultaneidade familiar. Apesar da referida teoria não ter sido reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência pátrias como a melhor, dentre as possíveis opções de interpretação em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, ela ainda carece de maiores desenvolvimentos no cenário jurídico brasileiro.

Na emblemática hipótese de famílias simultâneas, o mérito da tese dos deveres de protecção está na circunstância de que se concentra na lógica de direito fundamental contra o direito fundamental. Assim, diante de duas entidades familiares concomitantes merecedoras de chancela jurídica, é o Estado que assume o encargo de proteger, devendo atender, naturalmente, às circunstâncias concretas de modo a resguardar, o máximo possível, os direitos de cada membro de cada uma das famílias.

Ainda que o Estado tenha que limitar, de acordo com o caso concreto, o direito fundamental de um particular, ele terá de fazê-lo respeitando os limites constitucionais, pois o direito fundamental de um particular só será admissível se não violar os chamados *limites aos limites* ou princípios estruturantes do Estado de Direito, como os princípios da igualdade, ou da proporcionalidade.

Segundo Ferrarini(2010, p. 125-126):

Nesse cenário, parece mais factível exigir que o próprio Estado proteja, ou não, determinada relação simultânea, na condição de destinatário do dever de protecção, viabilizada pelo efeito irradiante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, do que se considerar a existência de direito subjectivo de um particular em face do outro, também titular de posições jusfundamentais garantidas pela Constituição. Isso porque, presentes, dos dois lados, titulares de direitos fundamentais, toda a argumentação em favor de um pode ser replicada com os mesmos argumentos a favor da outra posição jusfundamental em confronto. Assim, o pretendido acréscimo de protecção visado com esta teoria da aplicabilidade direta acaba sendo imediatamente neutralizado pela recíproca invocação dos mesmos argumentos a favor da outra parte.

Havendo colisão direta entre os direitos fundamentais, na ausência de qualquer hierarquia, constitucionalmente, prefixada, terá de ser decidido pelo juiz. Sendo assim, o que

se tem é uma relação jusfundamental entre Estado e indivíduo que nasce da intervenção restritiva decidida pelo juiz.

Conforme escreve Novais(2007, p. 373):

Donde que uma tese que procurava escapar à mediação do Estado(traduzida no dever de proteção dos direitos fundamentais em questão) recomendo, para isso, à construção da oponibilidade directa do direito fundamental ao outro particular, acaba a reconduzir o problema para o plano das relações Estado/indivíduo.

Além do fato de ser tendencialmente mais contida, a teoria dos deveres de proteção evita que os direitos fundamentais sejam utilizados discricionariamente e de formaperigosamentebanalizada, como fundamento de uma intervenção judicial que, em nome de sua defesa, enquanto direitos subjetivos nas relações entre particulares,transmute-se em restrição não controlável de outras dimensões da liberdade individual e dos direitos fundamentais.

Feitas todas essas considerações a respeito da teoria dos deveres de proteção, é possível assumir, assim, como constitucionalmente adequada a sua contribuição na tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas. A despeito disso e também reconhecendo as significativas e contundentes considerações da melhor doutrina no sentido de que os direitos fundamentais geram efeitos diretos *prima facie* no âmbito das relações privadas, importa enfatizar que das valiosas construções doutrinárias e jurisprudenciais em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, não há porque não trabalhar com uma ideia de complementariedade entre as várias teorias.

Porquanto, admitindo a contribuição de cada uma das citadas teorias(eficácia direta, indireta e dever de proteção), é que se pretende abordar a concretização da tutela das famílias simultâneas a partir dos deveres de proteção. Com uma postura cautelosa e menos radical, busca-se demonstrar que ao Estado-juiz incumbe o dever de proteção da família simultânea nos casos que lhe são trazidos a julgamento.

#### 4.4.3 A concretização da tutela da família simultânea pelo juiz constitucional

O presente tópico trata de analisar a aplicação prática das questões enfrentadas nos tópicos anteriores, haja vista que tanto o reconhecimento das famílias simultâneas como a aplicação da teoria dos deveres de proteção pela ordem jurídica brasileira são vistos com restrições pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, espera-se não apresentar um estudo

completo sobre a questão, já que as relações jurídicas, assim como os costumes, são muito dinâmicas, por isso não se deve falar em completude de uma teoria, já que esta está em constante mutação, conforme as exigências das relações sociais, mas pretende-se demonstrar uma base teórica satisfatória para a problematização que envolve as famílias paralelas.

Vislumbrada a possibilidade, em determinadas circunstâncias concretas, da apreensão jurídica do fenômeno da simultaneidade familiar, e tendo em vista a falta de uma lei infraconstitucional que regule sua constituição, seus requisitos caracterizadores de entidade familiar e seus efeitos no mundo jurídico, o seu reconhecimento termina por ser viabilizada pela interpretação sistemática da Constituição. Levando-se em conta o posicionamento adotado no sentido da possibilidade de contribuição dos deveres de proteção na chancela jurídica das famílias paralelas, é chegada a hora de verificar como se concretiza, a partir da citada teoria, a tutela do direito à proteção da família simultânea.

Partindo-se do pressuposto de que o legislador infraconstitucional está em mora ao não outorgar expressa tutela às famílias simultâneas, a saída para a sua efetiva proteção está em exigir-se do Estado-juiz semelhante providência.

Conforme Ferrarini(2010, p.128), “No Estado Constitucional brasileiro, que se singulariza pela coexistência dos controles concentrados e difuso de constitucionalidade, a omissão do Estado-legislador, primeiro destinatário dos direitos fundamentais, não justifica a omissão do Estado-juiz.”

Ainda que se parta da teoria dos deveres de proteção ou da eficácia direta dos direitos fundamentais, o resultado do ponto de vista processual, da tutela específica do direito ao reconhecimento e proteção da família simultânea é o mesmo.

Ainda na opinião da autora(2010,p.128), tanto uma quanto a outra teoria acaba por entregar a regulação do problema ao juiz constitucional. Observe-se:

Assim como a tese da eficácia direta acaba, em última análise, por entregar a regulação do problema ao juiz constitucional, o dever de proteção, na ausência absoluta e intolerável de regulação legislativa, reconhece a responsabilidade de o juiz, com base na proibição de insuficiência, assumir a função protetiva do direito fundamental suscetível de ameaça ou violação causada por um particular.

Segundo Marinoni(2009, p. 64-65):

[...] as omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opção do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e as omissões do

legislador, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica.

[...] veja-se que um direito fundamental pode depender de uma regra que lhe dê proteção. Nesta hipótese, configurando-se a omissão legislativa, há verdadeira omissão de proteção, devida pelo legislador. Essa omissão pode ser reconhecida judicialmente quando o juiz deverá determinar a supressão da omissão para dar proteção ao direito fundamental. O problema que pode existir, nessa ocasião, relaciona-se com a “forma” mediante a qual o juiz determinará a proteção.

Por se tratar de uma discussão sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, não resta dúvida de que a forma de tutela jurisdicional que socorre a família simultânea no Estado Constitucional brasileiro, para o seu reconhecimento como entidade familiar, a ação devida é aquela visando à tutela declaratória com o intuito de que seja declarada a família simultânea (art. 19, inciso I, CPC/15), figurando como questão prejudicial a declaração e o debate a respeito de sua proteção constitucional.

A partir do caso concreto, poderá o interessado propor ação visando ao reconhecimento da situação substancial carente de tutela, que é a família simultânea a partir de uma ação declaratória de reconhecimento da referida família. E a questão a ser debatida é no sentido de se responder se a família simultânea goza ou não de proteção constitucional.

Assim, conforme leciona Ferrarini (2010, p. 129), “Se é verdade que esta espécie de entidade familiar encontra proteção implícita na Constituição brasileira e que o legislador infraconstitucional não densificou a sua proteção, então, o juiz tem, no caso concreto, com efeitos *inter partes*, de suprir essa omissão.”

A causa de pedir está na proteção constitucional que o Estado concede à família como base da sociedade e a chancela jurídica de seus efeitos depende tão somente da atuação constitucional em controle difuso, tendo em conta a omissão do legislador infraconstitucional. Caberá ao juiz constitucional verificar, à luz dos parâmetros da Constituição, e atentados às circunstâncias do caso concreto, se a relação simultânea que se lhe apresenta como situação fática carente de tutela é constitucionalmente aceitável, se ela preenche os requisitos necessários para a configuração de uma relação paralela, portanto, merecedora de especial proteção destinada à família.

Nas palavras de Ferrarini (2010, p.130):

Diante do dever de proteção do Estado, não é conferido ao Estado-juiz a possibilidade de simplesmente ignorar os direitos que decorrem da família simultânea, pois inexistente mandamento legal que a equipare a um caso de bigamia ou a qualquer outra situação que proíba o reconhecimento dos seus efeitos, ainda que isso implique em “repartir” direitos entre ambas as famílias e seus componentes.

Se há família, conseqüentemente, haverá também a tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade. O efeito prático disso é que o juiz, declarando a existência da situação fática passível de tutela constitucional destinada à família, atribuirá os efeitos jurídicos à relação simultânea apreendida pelo sistema aberto como entidade familiar.

Como consequência da declaração dessa nova entidade familiar, aplicam-se a ela todas as normas protetivas da família para efeitos pessoais, para efeitos alimentares, patrimoniais e sucessórios.

Assim, reconhecido o pedido de declaração de existência da família simultânea, os demais efeitos postulados serão atribuídos de acordo com as circunstâncias do caso concreto, aplicando-se à entidade familiar simultânea as regras contidas no livro do direito de família do Código Civil e não as regras contidas no livro do direito das obrigações.

Nesse sentido, caberia à família simultânea analogicamente ao casamento ou à união estável cumprir os direitos e deveres pessoais recíprocos do Código Civil: lealdade, respeito e assistência mútuos, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Outro efeito que também poderia ser aplicável à família simultânea é o estabelecimento do vínculo de parentesco por afinidade entre cônjuges ou companheiros e os parentes do outro convivente nos moldes do art. 1.595 do Código Civil: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.”

Esses são alguns exemplos dos efeitos de cunho pessoal que seriam aplicados às famílias simultâneas, sendo estas reconhecidas como entidade familiar. Além dos efeitos pessoais, podem-se destacar os efeitos de cunho patrimonial o regime de bens e o direito à meação dos bens adquiridos onerosamente pelo esforço comum dos conviventes, resguardada a meação do cônjuge ou companheiro, conforme os artigos 1.640 e 1.725 do Código Civil<sup>14</sup>.

E outro efeito de cunho patrimonial que pode ser destacado é o enquadramento da concubina como sucessora do autor da herança comum ao casamento e a família simultânea, logo ela seria herdeira necessária junto com o cônjuge sobrevivente da relação matrimonial.

O artigo 1.845 do Código Civil trata linha sucessória dos herdeiros necessários, aqueles que não podem ser excluídos da herança, e, com relação ao companheiro, o referido artigo foi silente, visto que a sucessão do companheiro está disciplinada no art. 1.790 daquele

---

<sup>14</sup> Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo o opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

diploma legal, mas é de entendimento doutrinário que o companheiro participará da sucessão. Veja-se:

Não fosse suficiente(embora seja!) a incidência da regra constitucional, também é possível lembrar que o art. 1.790 do Código Civil, ao disciplinar o direito sucessório do companheiro, é de clareza solar ao estabelecer que “o companheiro participará”, deixando evidente a sua imperatividade, não dando margem à vontade da parte para a sua exclusão pelo autor da herança. Equivale a dizer que o referido dispositivo codificado assegura que o companheiro *vai participar* e não que ele poderá participar. Afasta-se assim, qualquer dúvida de que o convivente é herdeiro necessário, malgrado o silêncio preconceituoso do art. 1.845 do *Codex*. Isto é, pela regra constitucional, seja pela incidência da própria Lei Civil, é certo e incontroverso que o companheiro tem de ser tratado como herdeiro necessário, garantindo em seu favor a legítima(50% do patrimônio líquido do seu falecido convivente, no momento da abertura da sucessão, o que ocorre pela morte (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 499).<sup>15</sup>

No caso da simultaneidade familiar, essa meação aplicar-se-ia aos bens adquiridos onerosamente durante a relação simultânea entre a concubinae o autor da herança. Eis alguns exemplos dos efeitos oriundos do reconhecimento da união simultânea como uma entidade familiar.

Tais medidas justificam-se pelo fato de que, afora as características específicas de cada uma dessas relações de família, todas gozam da mesma proteção constitucional, não obstante o casamento e a união estável constar de forma expressa no texto constitucional, enquanto a família simultânea trata-se de entidade familiar implicitamente reconhecida pela ordem constitucional.

Sobre essa questão, é imprescindível mencionar o entendimento manifestado pelo Ministro Carlos Ayres Brito em voto vencido no Recurso Extraordinário 397.762-8/BA, julgado em três de junho do ano de 2008:

Sem essa palavra azeda, feia, discriminatória, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso

---

<sup>15</sup> Está em julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 878.694/MG que pede a decretação da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil que trata da sucessão do companheiro. Se a Corte Suprema concluir o julgamento em conformidade com o voto do relator, o Ministro Luis Roberto Barroso, o resultado final será o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo, tendo em vista que o Ministro Barroso em seu voto reconheceu não ser “legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada pela união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição.” Até o momento o julgamento está suspenso e, vindo a prevalecer à tese da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, a sucessão do companheiro estará parametrizada pelas regras da sucessão do cônjuge, inclusive com todos os efeitos decorrentes. Assim, o companheiro deixará de concorrer com os colaterais até o quarto grau e se tornará verdadeiramente herdeiro necessário, tendo em vista que as regras do casamento nortearão a sucessão da união estável em todos os seus diferentes níveis e conseqüências.

País, porém casais em situação de companheirismo. (...) Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com 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*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois o Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido esse órgão chamado coração ‘é terra que ninguém nunca pisou’. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais estranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante (apud SCHREIBER, p. 17-18).

A configuração da simultaneidade familiar, situação que carece de tutela na ordem jurídica brasileira, e a chancela dos seus efeitos operam-se por meio da construção concreta da norma, uma vez que não tendo o Estado-legislador cumprido com o dever de proteção que lhe é imposto, caberá ao Estado-juiz verificar as peculiaridades de cada situação específica, quando, então, em concreto, suprirá a omissão legislativa, protegendo os direitos fundamentais da relação afetiva simultânea caracterizada como entidade familiar.

Algumas questões sobre simultaneidade familiar já tem batido às portas do Judiciário e o resultado da prestação jurisdicional é sempre no sentido de colocar-se tal questão no âmbito dos direitos das obrigações e não o reconhecimento da família paralela.

No dia sete de junho do ano de dois mil e dezesseis foi publicado um acórdão julgado pela Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná (Apelação Cível nº 1297448-0, 7ª Cam Cível do TJPR, Rel. Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa) sobre a possibilidade de rateio de benefício previdenciário por morte de um segurado casado que possuía simultaneamente ao casamento outro núcleo familiar formado por uma mulher e um filho. O citado Tribunal deu provimento ao recurso, determinando o rateio do benefício previdenciário entre a esposa e a concubina, cujos principais argumentos foram o caráter assistencial do direito previdenciário e a dependência econômica da apelante, bem como a existência, no caso concreto, de união por longo tempo e boa-fé.

A relatora designada ao apreciar o caso, cujo voto foi o vencedor, destacou que a questão “não se trata de Direito de família, mas sim com fulcro no Direito Previdenciário”, e, por isso, não é possível “deixar de fora os direitos da concubina que dependia do segurado falecido, com base na finalidade da Previdência Social”.

Ela ainda destaca em seu voto que “embora seja uma relação do ponto de vista ético, ou religioso (na grande maioria das religiões) e até do ponto de vista legal não reconhecida, existe na vida fática e, no meu ver, sob o enfoque previdenciário deve ter uma solução adequada, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.” Em sua fundamentação, ela

afirma ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral sobre a questão (RE n. 669.445/ES), ainda pendente de julgamento. Por fim, ela reconhece que é comum a situação fática dos autos acontecer no Judiciário e que este precisa dar uma resposta, ainda que não haja expressa previsão na legislação.

É indiscutível que a lei previdenciária determina que na existência de mais de um dependente da mesma classe, a renda mensal do benefício deve ser rateada. A existência dessa dependência no caso concreto já foi utilizada como justificativa pelo Superior Tribunal de Justiça para admitir, no ano de 2005, a possibilidade de geração de direitos e obrigações dessas famílias no plano da assistência social.

Em uma decisão mais recente, o Egrégio Tribunal, excepcionalmente, reconheceu o direito de alimentos à concubina, em decisão cujo fato principal a ensejar o entendimento parece ter sido à semelhança de questões que envolvem o Direito Previdenciário, a longa duração da união e a dependência da concubina. Mas, apesar disso, a posição firme da Corte é pelo não reconhecimento das famílias paralelas, nem mesmo para efeitos previdenciários, assim observado o entendimento doutos ministros nos referidos acórdãos:

Afinal, cumpre repisar: o falecido era casado com a recorrente e dela não se separou, mas, concomitantemente, manteve relação amorosa com a recorrida, durante 30 anos, instituiu-a beneficiária da previdência social, abriu com ela conta conjunta em estabelecimento bancário. São esses fatos incontrovertidos, acertados em 1º e 2º graus. Ante uma situação de fato dessa ordem, que perdurou por 3(três) décadas, de que se extrai o reconhecimento de efetiva *affectio societatis*, poderia o magistrado prostrar-se inerte, indiferente, apegado ao hermetismo dos textos legais, deslembrado do princípio de que, na aplicação da lei, há de se atentar aos fins sociais? É claro que não, máxime em se tratando de benefício meramente assistencial sem envolver direito de herança. É certo que, no caso, a relação *ex vi legis* não constitui entidade familiar (CF, art. 226, §3º - Lei 9.278/96). Não menos certo que um liame duradouro, nas circunstâncias e condições em que se desenvolveu, a se pressupor com característica de aparente concubinato consentido, mitiga a repulsa e a preocupação da lei com as relações travadas fora do casamento e na sua constância. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 742.685/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. em 04.08.2005, pub em 05.09.2005)

Mais recentemente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência de princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para



dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo de quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda - , determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta ao caso submetido à deliberação jurisprudencial.(Superior Tribunal de Justiça, REsp 1185337/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julg. em 17/03/2015, pub. Em 31/03/2015)

Conforme os posicionamentos jurisprudenciais aqui descritos, percebe-se que, ao longo dos anos, o preconceito em relação à família simultânea ainda subsiste tanto por parte da doutrina familiarista quanto por parte dos operadores do direito, apesar das mudanças de paradigmas trazidas pela Lei Fundamental.

Não se trata de uma questão contida em lei previdenciária ou aplicação de princípios da dignidade e solidariedade humanas a casos peculiares, como têm afirmado os julgadores, mas de um verdadeiro reconhecimento de uma entidade familiar que existe efetivamente em sociedade e dos direitos que os membros dessa família simultânea devem possuir, em par de igualdade, com os membros do núcleo matrimonial, já que não há hierarquia entre os modelos familiares, segundo os dispositivos da Magna Carta.

Segundo o entendimento de Mucedano e Olivieri (2016, p. 186-189):

Considerando a unidade do ordenamento e a incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas, bem como a hierarquia normativa da Constituição, a solução para esse aparente conflito torna-se evidente. Sob a égide da Constituição, estamos numa caminhada na direção do pluralismo, com a adoção de um poliformismo familiar, pois vários arranjos que são capazes de constituir a família hoje tutelada: a família instrumental.

Assim, o merecimento da tutela das famílias simultâneas está atrelado ao cumprimento ou não de sua função. A monogamia, tutelada pelo §1º do art. 1.723, não é um princípio constitucional, e , nessa lógica, não pode ser óbice ao reconhecimento das famílias que realizam sua função promocional.

[...]

A conclusão que emerge é que, se a relação paralela preenche os requisitos necessários para a constituição de família, reconhecidos *a posteriori* e atinge a finalidade de promoção da dignidade dos seus membros (por vezes, no caso concreto, com mais sucesso que na relação matrimonializada), não há razão para não ser reconhecida e tutelada pelo ordenamento.

Atualmente, no Supremo Tribunal Federal, existe um Recurso Extraordinário (RE 883.168-SC), que tem como relator o Ministro Luiz Fux, e que lhe fora atribuído efeito de repercussão geral. O caso foi oriundo de um julgado da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que em sede de apelação julgou parcialmente procedente ação ordinária de concessão de pensão especial de ex-combatente, para reconhecer cabível a divisão do total da pensão em 50% (cinquenta por cento) entre a viúva e a concubina do *de cujus*.

Assim, tem-se a ementa do referido julgado:

Militar. Pensão Militar. Companheira. Concorrência com a viúva. Comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a companheira à quota-parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa.

Apesar da ementa do citado julgado ter-se referido à companheira, o caso trata-se de um concubinato, já que a ação de anulação proposta pelo ex-combatente foi julgada improcedente e não houve reconhecimento judicial da separação de fato entre ele e a viúva. Ingressaram no feito como *amici curiae* o Instituto Brasileiro de Direito de família (IBDFAM), a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), por meio de pedido deferido pelo Ministro Relator em vinte e nove de junho de 2016.

Em nove de setembro do mesmo ano, a Procuradoria Geral da República, por meio do seu Procurador Geral, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, apresentou manifestação no sentido de que fosse julgado procedente o recurso impetrado pela viúva com a fixação da seguinte tese: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários ao concubinato, quando presentes as condições para a sua equiparação à união estável, mas não ao concubinato adúlterino.”

O referido recurso está concluso ao Ministro relator desde o dia 12 de janeiro de 2017. Espera-se que ele seja julgado nesse mesmo ano. Em notícia publicada no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em 28 de março do mesmo ano, Marcos Alves da Silva expõe o seguinte:

A decisão poderá consagrar a noção, sustentadas por alguns, de que o casamento constitui uma forma superior e, portanto, ‘mais legítima’ de constituição de família, reforçando o estigma das famílias formadas à margem desse modelo, ou poderá a decisão do Supremo Tribunal Federal fortalecer o princípio da pluralidade das entidades familiares, dando concretude à sua aplicação e consagrando o caput do art. 226 da Constituição da República como verdadeira cláusula de inclusão e de proteção de pessoas e famílias em situação de vulnerabilidade ou, ao contrário, restará vencedora uma concepção discriminatória, conservadora, exclusiva, em contradição com passos importantes já dados pelo STF, como no caso da ADPF e ADIn em que se reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A notícia supracitada ainda menciona uma decisão proferida no Juízo da Vara Cível da Comarca de Eptaciolândia em que se reconheceram as uniões estáveis simultâneas de duas viúvas de um mesmo homem. Veja-se:

Conforme o Tribunal de Justiça do Acre(TJ-AC), a primeira união estável iniciou em setembro de 1982, e se estendeu até dezembro de 2003. O casal chegou a romper a relação por um período, mas reatou tempos depois. Porém, o homem iniciou outra união estável e ficou se relacionando com as duas por um período de aproximadamente dois anos, até o falecimento dele, ocorrido em 2005.

A juíza de Direito Joelma Nogueira, titular da Comarca de Eptaciolândia, discorreu sobre a necessidade de garantir os direitos a ambas às famílias que foram mantidas simultaneamente pelo homem, “destarte, como as relações paralelas são consideráveis uniões estáveis, todos os companheiros terão os mesmos direitos, incluindo os sucessórios e os previdenciários.” Conforme o advogado Marcos Alves, o caso constitui bom exemplo para impulsionar a reflexão sobre a prevalência ou não da monogamia como princípio estruturante do Direito das Famílias contemporâneo.

Ante ao que foi exposto ao longo deste trabalho, salvo devido respeito às posições contrárias, entende-se constitucionalmente adequada à aplicação dos deveres de proteção nas relações jurídicas entre particulares, especialmente, nas relações de família que foram objeto de estudo.

A reflexão da possibilidade de tutela às famílias simultâneas à luz dos deveres de proteção parece mais realista e menos utópica, à medida que atribui, diretamente ao Estado, a função de proteger e promover os direitos fundamentais nas relações privadas.

Reitera-se, a despeito de não ser essa a tendência acolhida na ordem jurídica brasileira, que o propósito da análise da contribuição dos deveres de proteção não foi no sentido de afastar os argumentos da tese da eficácia imediata, sendo, ao contrário, uma tentativa de tornar mais factível a proteção concreta de uma situação de fato tal como é a hipótese da família simultânea.

Procurou-se discorrer também sobre a reflexão em torno da possibilidade de apreensão jurídica da simultaneidade familiar. Seja qual for o caminho percorrido, o que se torna mais relevante é o reconhecimento, quer pelo Legislativo, quer pelo Judiciário, dessa realidade sociológica como família titular de proteção.

Por fim, é mister enfatizar que os discursos das teorias só terão importância se contribuírem, de alguma maneira, para a concretização efetiva dos direitos e garantias fundamentais. Não adianta travar grandes embates jurídicos e doutrinários se os Operadores do Direito não se soltarem de suas amarras, na sua grande maioria estigmatizantes. Como bem enfatiza Ferrarini(2010,p. 132), rótulos, conceitos e preconceitos têm de ser preteridos diante do fim último do Estado, da Constituição e da sociedade que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia do presente trabalho surgiu da expectativa de encontrar instrumentos que possibilitassem formas, constitucionalmente, adequadas de gerir determinados conflitos familiares que são apresentados ao Poder Judiciário, deixando de lado os dogmatismos conceituais em torno das relações afetivas que vêm justificando as decisões pretorianas no sentido de não se reconhecer o núcleo paralelo como uma entidade familiar.

O direito de família, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, reflete o respeito à pluralidade das formas de constituição de entidade familiar, uma vez que, além daquelas, expressamente previstas e reconhecidas no texto constitucional, outros arranjos afetivos constituem família, sendo, como tal, titulares de especial proteção do Estado.

Nessa seara de pluralidade, foram investigadas ao longo do estudo, as mudanças de paradigmas ocorridas na concepção de família. Observou-se que a família institucional, transpessoal, hierarquizada e matrimonializada sofreu alterações em sua estrutura e substância e deixou de ser o único modelo passível de proteção pelo ordenamento jurídico. Em face aos avanços sociais e à nova disciplina de suas relações no âmbito do sistema jurídico constitucionalizado, houve uma modificação para o paradigma da família eudemonista, na qual os membros de um grupo familiar buscam sua felicidade e o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros.

O sistema constitucional aberto e plural de família implica na renúncia à pretensão de aprisionar os arranjos familiares a modelos fechados, abstratos e excludentes. Para a análise do direito de família atual, portanto, é necessário que se atente à constitucionalização e à repersonalização das relações familiares, pois o sistema jurídico atual afastou-se dos valores burgueses, liberais, centrados no patrimônio para voltar-se à dignidade da pessoa humana.

A ação do Estado no direito de família atual deve ser no sentido de evitar a ofensa a direitos fundamentais ou promover sua eficácia. Não deve, todavia, apresentar-se de modo a dirigir comportamentos e aniquilar, *a priori*, morais individuais.

Para concretizar os direitos fundamentais da pessoa humana, na busca da felicidade, em consonância axiológica com os princípios constitucionais, sistematicamente analisados, assume importância, portanto, o reconhecimento das formas e limites da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

No caso das famílias simultâneas, a par do pluralismo familiar pela ordem jurídica, há um descompasso entre as garantias inseridas no corpo constitucional e o desdobramento das situações no caso concreto, que, em virtude de relevância social, repercutem no mundo

jurídico com expectativa de uma resposta que promova efetivamente a dignidade de cada um dos membros do núcleo familiar simultâneo.

A família simultânea, justamente pelo fato de não se enquadrar nas possibilidades expressas da Constituição, tem de ser analisada com o olhar livre do preconceito e do estigmatismo moral da sociedade. Sendo assim, presentes os elementos caracterizadores, a relação simultânea ingressa no jurídico por meio da porosidade do sistema aberto, passando, portanto, a gozar do *status* de família, sendo merecedora, como tal, da especial proteção do Estado.

Para que isso ocorra, há características comuns e essenciais, sem as quais não haveria o reconhecimento da proteção constitucional. A boa-fé subjetiva, a afetividade, a coexistência, a estabilidade e a ostentabilidade plena constituem elementos indispensáveis a comprovar a comunhão de vida e o comprometimento recíproco, que são comuns a qualquer entidade familiar merecedora de tutela estatal.

Superado o momento inicial de verificação dos elementos essenciais a caracterizar a relação conjugal simultânea como entidade familiar, incumbe, ao Estado Constitucional, que se quer democrático e onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da República, promover a tutela dessas entidades familiares não reconhecidas socialmente, estigmatizadas e carentes de efetiva proteção estatal. Aquilo que constituir família em uma perspectiva sociológica também assim há de ser reputado pelo Direito.

No tocante à doutrina, esta se tem mostrado incipiente em atribuir às famílias simultâneas a chancela jurídica de entidade familiar, alegando aparente lacuna ou falta de permissão legal para tutelar tais relações afetivas.

No mesmo sentido, o Legislativo relegou ao Judiciário a árdua tarefa de concretizar a sua proteção, eis que de forma excludente e omissa, silenciou a respeito do tema. Superada a concepção de família, deixou de realizar os anseios por uma efetiva igualdade de tratamento entre os diversos arranjos familiares.

Diante do dever de proteção do Estado, o Estado-juiz é chamado a dar uma resposta a questões que batem as suas portas e não pode ele ignorar os direitos que decorrem das famílias simultâneas, pois inexistente mandamento legal que as equiparem a um caso de bigamia ou qualquer outra situação que proíba o reconhecimento dos seus efeitos, ainda que isso implique em repartir direitos entre as famílias e seus componentes.

Se há família, haverá sempre a tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade. A chancela de seus efeitos, pelo Estado-juiz, opera-se por meio da construção

concreta da norma, ou seja, será em concreto a verificação da existência ou não dos requisitos necessários à constituição da entidade familiar simultânea.

A partir da contribuição da doutrina dos deveres de proteção que se impõe ao Estado, em todas as suas articulações, o dever de proteger e promover os direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares ganhou ênfase na doutrina brasileira como algo que não estava restrito apenas ao ramo do direito civil, e sim como algo pertencente à esfera dos direitos fundamentais. Com base nesse pensamento surge um dever do Estado-juiz no sentido de reconhecer a existência de famílias simultâneas como um arranjo familiar compatível com a proteção constitucional, extraindo-se os respectivos efeitos.

O propósito da análise da contribuição dos deveres de proteção foi uma tentativa de tornar mais factível à proteção concreta de uma situação de fato tal como é a hipótese da família simultânea, e não uma ideia de exclusão entre as teorias que tratam da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O que se buscou, portanto, no presente estudo foi uma ideia de complementaridade entre as teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas para atingir-se um fim constitucional maior no que diz respeito ao reconhecimento das famílias simultâneas, aproveitando as valiosas contribuições que viabilizem de forma realista a concretização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sobretudo, na sociedade tão marcada por contrastes sociais, econômicos e culturais.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Ponderação, Jurisdição constitucional e Representação popular.** Traduzido por Thomas da Rosa Bustamante In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel(orgs.). *A Constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações práticas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares.** In: SARLET, Ingo(org) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.*

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 7º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **A doutrina brasileira da efetividade.** In: BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gérson Marques de, BEDÊ, Fayga Silveira(orgs.). *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem a J.J.Gomes Canotilho.* São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Disponível em <<http://www.ronconiadvogados.com.br/static/pdf>> Acesso em 03 jan 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. *Vade Mecum Compacto*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Código Civil**. *Vade Mecum Compacto*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Novo Código de Processo Civil**. *Vade Mecum Compacto*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 883.168/SC. Rel. Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4757390>>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 742.685/RJ. Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta turma, julgado em 04/08/2005, publicado em 05/09/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?Processo=742685&&b=ACOR&Thesaurus=jurídico&p=true>>. Acesso em 05 fev 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial 1185337/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julg. em 17/03/2015, pub. Em 31/03/2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28\"Terceira+Turma\"%29.org.&processo=1185337&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28\)>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível 1297448-0, Rel. Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa. Sétima Câmara Cível, julgado em 17 mai 2016, pub. Em 07 jun 2016. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12163178/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1297448-0>>

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. Traduzido por Peter Naumann. In: SARLET, Ingo(org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo(org.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família.** In: FACHIN, Luís Edson(coord). Repensando fundamentos do direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CHAVES, Cristiano. **Redescobrimo as fronteiras do direito civil: uma viagem na proteção da dignidade humana.** In:CHAVES, Cristiano. Leituras Complementares de Direito Civil. O Direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Famílias.** V. 6. 7º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil. Famílias.** V. 6 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DELGADO, Mário Luiz. **Divórcio.**In: Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

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

DÖRMANN, Vanessa. **A desbiologização das famílias e o afeto como base da família contemporânea.** In: ROSA, Conrado Paulino da. Direito & família. Uma visão interdisciplinar. Porto Alegre: RJR, 2014.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica.** In: SARLET, Ingo(org.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil.** In: TEPEDINO, Gustavo. Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

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

FURTADO, Lana; HOLANDA, Caroline Sátiro. **A natureza jurídica das uniões paralelas.** In: FEITOSA, Maria Luíza Alencar Mayer Feitosa; JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva(orgs). Temas de direito civil-constitucional: da constitucionalização à humanização. Vol. II. Disponível em [https://www.academia.edu/31502524/Temas\\_de\\_direito\\_civil\\_constitucional\\_da\\_constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o\\_%C3%A0\\_humaniza%C3%A7%C3%A3o\\_-\\_volume\\_II](https://www.academia.edu/31502524/Temas_de_direito_civil_constitucional_da_constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0_humaniza%C3%A7%C3%A3o_-_volume_II) Acesso em 18 fev. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de família.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Vol. 6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família. Guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre a facticidade e validade.** Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de família e sua organização jurídica.** In: Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 27-93.

IBDFAM. **Polêmica sobre as famílias simultâneas ainda aguarda decisão do STF.** 15 mar. 2017. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/pagina/20>>. Acesso em 28 mar. 2017.

IANNOTTI, Carolina; MATTA, Ronaly Cajueiro de Melo da. **Divisão patrimonial nas famílias simultâneas e uniões estáveis poliafetivas.** In: Revista de IBDFAM Família e sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 17 set/out 2016.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Constituição brasileira e modelo de Estado: Hibridismo ideológico e condicionantes históricas.** Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes6.htm> Acesso em 09 jan 2017.

LEAL, Adriana Pereira. **Uma análise acerca da possibilidade do reconhecimento das famílias simultâneas**. In: ROSA, Conrado Paulino da(org). Direito & Família. Uma visão interdisciplinar. Porto Alegre: RJR Editora, 2014.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. In: CHAVES, Cristiano(org). Leitura complementares de direito civil. O direito civil-constitucional em concreto. Salvador: JusPodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito de família e os princípios constitucionais**. In: Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 101-127.

\_\_\_\_\_. **Direito civil** . Famílias. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Revista Jus Navigandi.Teresina, ano 5, n.41,1 maio 2000. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/527>> Acesso em: 1 fev 2017.

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

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 8ª ed. Madrid: 2003.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Gen, 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Guilherme. Curso de processo civil – Teoria geral do processo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. V.1.

MARTINS –COSTA, Judith Hofmeister. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **O direito privado como um “sistema em construção” e as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro**. In: FERREIRA, Aparecido Hernani. O novo Código Civil – discutido por juristas brasileiros. Campinas: Bookselles, 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino(org). Leituras complementares de Constitucional. Direitos fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Perspectivas a partir do direito civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo. Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

MULTEDO, Renata Vilela; OLIVIERI, Isabella. **A intervenção do Estado nas relações conjugais e a tutela das famílias simultâneas**. In: Revista IBDFAM Família e sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM. Vol 17. Set/out 2016.

NEUNER, Jörg. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão**. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang(org). Direitos fundamentais e direito privado. Uma perspectiva no direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

NETO, Eugênio Facchini. **Reflexões históricas evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo(org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático**. In: BARROSO, Luís Roberto(org). A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira(Coord). A constitucionalização do direito: fundamento teóricos e aplicações práticas. Traduzido por Renata R. Baptista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PAULA, Felipe de. **A(de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito, amor e sexualidade**. In:\_\_\_\_\_(coord). Direito de família: a travessia do novo milênio. In: II Congresso brasileiro de Direito de Família. Anais, 2000. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 53-60.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In: BARROSO, Luís Roberto(org).A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho.** Veja 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo(org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado.3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras.** In: FACHIN, Luís Edson(coord). Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Família sem casamento:** de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

\_\_\_\_\_. **Famílias Simultâneas e Monogamia.** Disponível em<[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congresso/anais/9.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congresso/anais/9.pdf)> . Acesso em 13 abr. 2017.

SCHMIDT, Aline Holsback. **Famílias eudemonistas e a valorização do afeto na contemporaneidade.** In: ROSA, Conrado Paulino da. Direito & família. Uma visão interdisciplinar. Porto Alegre: RJR, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Famílias simultâneas e redes familiares.**Disponível em [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Famílias\\_Simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Famílias_Simultaneas.pdf) . Acesso em 13.abr. 2017.

\_\_\_\_\_. A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, ano 8. Vol 29. Jan/mar, 2007.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: \_\_\_\_\_(org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.** In: BARROSO, Luís Roberto(org). A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.  
SILVA, Marcos Alves da. **Damonogamia. A sua superação como princípio estruturante do direito de família.** Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Américo Martins da. **Direito de família. Uniões conjugais, estáveis, instáveis e costumes alternativos.** São Paulo: Cronus, 2015.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais.** In: SILVA, Virgílio Afonso da(org). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Dilemas do afeto.** In: Revista IBDFAM família e sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 14, mar/Abr, 2016.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel(orgs). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **Em qué medida vinculan a lós particulares lós derechos fundamentales?**In: SARLET, Ingo(org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado.3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.