

TESE 107

Proponente: Claudia Aoun Tannuri

Área: Família

Súmula: É possível o reconhecimento de efeitos jurídicos próprios de Direito das Famílias às uniões simultâneas ou paralelas, as quais devem ser conceituadas como entidades familiares.

## **ASSUNTO**

Direito de Família. Novos arranjos familiares.

## **ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

A defesa desta tese é de suma importância e utilidade na representação em juízo dos necessitados (artigo 5º, III, da LCE n.988/2006), diante do atual conceito de família, no qual prevalece a existência do afeto entre os membros. A questão abordada na tese proposta é objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito do Direito das Famílias, dada sua relevância social. Como ainda há certa resistência do Poder Legislativo em editar leis sobre o tema, cabe ao Poder Judiciário, no julgamento de casos concretos, utilizar-se de princípios do Direito das Famílias e dos meios de integração do ordenamento jurídico para a solução justa das controvérsias que envolvam o reconhecimento das famílias simultâneas.

Deste modo, a defesa desta tese, como tese institucional perante os órgãos do Poder Judiciário, buscando sua adoção pelos tribunais, contribuirá para a efetivação dos direitos de inúmeros usuários da Defensoria Pública.

## **FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

### **1. INTRODUÇÃO**

A família, base da sociedade, sofreu grandes mudanças em suas funções, estrutura e concepção ao longo dos anos.

O modelo tradicional, de família patriarcal, hierarquizada, patrimonializada, centrada na figura masculina e no instituto do matrimônio, com finalidade meramente reprodutiva, cedeu espaço a um novo paradigma familiar. Atualmente, como decorrência de uma série de mudanças sociais, culturais e econômicas, a família passou a ser vista pela sua natureza instrumental<sup>[1]</sup>, como um lugar democrático de afeto<sup>[2]</sup>, intimismo<sup>[3]</sup> e, especialmente, no qual e pelo qual se potencializa a busca individual da felicidade e desenvolvimento pessoal<sup>[4]</sup>. Molde este que a doutrina nacional convencionou chamar de "família eudemonista"<sup>[5]</sup>.

O amor, sentimento antes execrado pela família patriarcal, tornou-se valor juridicamente tutelado. A afetividade foi elevada a princípio jurídico, de tal sorte que o reconhecimento de novos arranjos familiares, na atualidade, depende também da aferição do afeto<sup>[6]</sup> - o que eliminou a obrigatoriedade do casamento para constituição de

família<sup>[7]</sup>. Trata-se do *paradigma do advento da família afetiva contemporânea*, consoante a compreensão de Águida Arruda Barbosa.<sup>[8]</sup>

Essa nova concepção, cujo maior apanágio é o alargamento do conceito jurídico de família, surge com a Constituição de 1988, a qual, segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, “introduziu uma radical mudança no panorama da família, com a nova conceituação de entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, passando a família a ser concebida de forma mais ampla, em decorrência de sua origem no direito natural, com reflexos nos âmbitos civil e penal.”<sup>[9]</sup> Vale ressaltar, ainda, que a família e esse novo paradigma familiar são reconhecidos também no âmbito internacional, como direitos fundamentais a serem garantidos pelos Estados.<sup>[10]</sup>

Cumprindo ainda destacar a Lei n.11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, que trouxe expressamente, de forma inédita em nosso ordenamento jurídico, o conceito de família (artigo 5º, inciso II), em consonância com o princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares, incluindo no conceito inclusive as comunidades formadas por indivíduos aparentados por vontade expressa. Ademais, enaltece o elemento do afeto nas relações interpessoais (artigo 5º, inciso III). Nesse contexto, prevê a tutela jurídica das entidades familiares entre pessoas do mesmo sexo, (artigos 2º e 5º, parágrafo único), assim como as famílias paralelas ou simultâneas e poliafetivas.

É nesse contexto que se busca uma nova abordagem para a família, em especial às famílias simultâneas ou paralelas. O trato doutrinário e jurisprudencial, tradicionalmente, mostrou-se avesso ao reconhecimento de efeitos jurídicos a tais famílias, em flagrante menoscabo às situações que se evidenciam no plano fático, muito embora sua incidência seja reconhecida pela sociedade.

Em face destes elementos, a proposta da presente tese é uma leitura sobre os possíveis caminhos interpretativos para a celeuma, a lume dos princípios inerentes ao Direito de Família constitucionalizado e atual.

## **2. A PRIMAZIA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Os princípios dão o *tonus* ao ordenamento jurídico, pois fornecem o supedâneo axiológico e dotam de coerência (ou unicidade) determinado sistema jurídico, servindo ao intérprete como principal fonte hermenêutica. Aduz-se, portanto, a indispensabilidade dos princípios na atual conjuntura do Direito, ao passo em que (frise-se, como norma constitucional), possuem força normativa própria<sup>[11]</sup>, são dotados de prevalência e concretude, de tal modo que estão aptos a surtir efeitos diretos e imediatos na atividade forense<sup>[12]</sup>.

Nessa ótica, a Constituição de 1988, ao inseri-los em seu texto, deixou de ser um mero conjunto de regras organizacionais hierarquicamente superiores ou de normas programáticas para se tornar um “código de princípios”<sup>[13]</sup> ou uma verdadeira “carta de princípios”<sup>[14]</sup>, que passou a informar e englobar todo o ordenamento jurídico brasileiro<sup>[15]</sup>; imiscuindo-se, inclusive, no Direito de Família.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que os princípios nunca estiveram tão próximos do Direito de Família como hodiernamente, sendo patente a sua primazia. São numerosos os princípios que permeiam o universo da família, existindo, além

dos expressamente previstos na Constituição de 1988, também os implícitos - todos igualmente imbuídos de força normativa<sup>[16]</sup>.

Não seria útil elencá-los *ad nauseam*; todavia, forçosa a menção a alguns para que se proceda à análise das famílias simultâneas.

## **2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana, antes mesmo de ser direito fundamental ou princípio positivado, é um complexo ideário que habita o plano filosófico e moral, recebendo larga expressão no pensamento de Immanuel Kant (1724- 1804). O ponto primordial do princípio da dignidade da pessoa humana é a proteção estatal da própria natureza humana, independentemente de qualquer visão pública ou externa em relação ao ser individualmente considerado<sup>[17]</sup>. A doutrina nacional, mais do que entendê-lo como uma norma fundante do Estado Democrático de Direito, compreende-o como “Macroprincípio” ou “Princípio Maior”, norteador dos demais princípios.

Flávio Tartuce, no que tange aos desdobramentos deste princípio no Direito de Família, lembra o fenômeno da “repersonalização” ou “personalização” das relações civis, pelo qual se mitiga o foco patrimonial das relações humanas para se supervalorizar a pessoa. Dessa forma, a pessoa humana passou a ser o foco de proteção dos institutos jurídicos. É em atenção àquele princípio que as relações jurídicas de família deixaram de ser consideradas exclusivamente sob o ponto de vista econômico e passaram a ser consideradas sob o prisma das relações afetivas desenvolvidas pelos indivíduos<sup>[18]</sup>.

A família é o espaço em que o princípio da dignidade humana concretiza-se por excelência, de modo a possibilitar a plena realização de cada um de seus membros . Trata-se aqui do princípio da busca da felicidade, que foi previsto pela primeira vez na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (*The Pursuit of Happiness*), e é entendido como decorrência implícita do sistema constitucional vigente, notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio constitucional da busca da felicidade decorre implicitamente do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assumindo papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência pudesse comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.<sup>[19]</sup>

Por derradeiro, afirma-se que é na atuação dos poderes públicos, da sociedade, bem como na atividade forense, que esse princípio definitivamente se concretiza; não se podendo aferir eventual lesão senão no caso concreto e em cotejo com os demais princípios.

## **2.2 Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade e do respeito às diferenças constitui um dos cernes do Direito de Família, na medida em que garante a concretização da dignidade dos indivíduos e da justiça. Sabe-se que o perfazimento da igualdade somente se opera quando considerada em sua dimensão material, substancial, e não meramente formal. Com a derrocada do modelo tradicional de família, patriarcal e hierarquizada,

surgiu o novo paradigma familiar, baseado na igualdade e na dignidade dos seus membros.

Trata-se de princípio proclamado no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, e previsto expressamente no *caput* e no inciso I do artigo 5º, bem como nos parágrafos 3º e 5º do artigo 226 e no parágrafo 6º do artigo 227. Ademais, norteou a elaboração de diversos dispositivos do Código Civil de 2002. Na lição de Paulo Lôbo, o princípio da igualdade veio consagrado na Constituição de 1988 em três eixos: igualdade entre os filhos (artigo 227, §6º); igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal (artigo 226, §5º) e, por fim, igualdade entre as entidades familiares, na proporção em que o *caput* do artigo 226 protege a família de forma ampla, sem restrições a qualquer tipo ou modelo.<sup>[20]</sup>

Dessa forma, deve-se considerar ilegítima qualquer diferenciação baseada exclusivamente no modelo de família adotado pelos indivíduos.

### **2.3 Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal**

O princípio em tela se respalda no fato de não mais se buscar a proteção da família como instituição, mas como lugar ou meio instrumental, no qual e pelo qual se promove a liberdade e a igualdade de seus membros<sup>[21]</sup> (repisa-se: sob aspecto isonômico ou material e não meramente formal), ensejando uma compreensão de que o Direito de Família deve ser encarado sob o prisma da autonomia, apanágio este do Direito Privado<sup>[22]</sup>. Destarte, sustenta-se que o mencionado princípio implica reconhecer a autonomia privada do indivíduo para optar por condutas em busca de uma felicidade pessoal, sem a intromissão do Estado, de modo a possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade.

Entende-se que a intervenção do Estado nas relações familiares somente deve ocorrer de forma excepcional, em situações extremas, como ultima *ratio*, uma vez que prevalece a regra geral da liberdade do indivíduo. Por força do princípio supracitado, identifica-se hodiernamente um Direito de Família Mínimo, no qual prevalece o exercício da autonomia privada dos indivíduos no âmbito familiar, a fim de preservar a sua liberdade e garantir a implementação dos demais direitos fundamentais. Um exemplo do exercício dessa autonomia é a livre escolha de modelos familiares.

Nesse tocante, Paulo Lôbo indica:

*O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral. [23]*

Neste passo, será ilegítima a intromissão que restrinja a liberdade dos indivíduos na constituição de arranjos familiares que melhor se adequem às escolhas pessoais por eles vislumbradas. Afinal, a personalidade não se desenvolve a partir das escolhas feitas pelo próprio indivíduo, desembaraçado do Estado?

Com base nessa autonomia é que se cogitou também o princípio da pluralidade familiar decantado a seguir.

#### **2.4 Princípio da pluralidade das entidades familiares**

O Estado, visando garantir o desenvolvimento do ser humano, tem o dever constitucional de proteger a família enquanto local - mais do que isso, proteger o ser humano de eventual lesão à sua dignidade; sem, contudo, suprimir o exercício de direitos fundamentais, os quais são essenciais para se atender à dignidade da pessoa humana. Nesta linha de raciocínio, questionou-se o modelo unitário imposto pelo matrimônio, ao passo em que este limitava as escolhas pessoais e impedia o reconhecimento de outros arranjos familiares. Assim, uma nova resposta surgiu a partir da Constituição de 1988, a qual previu expressamente outros arranjos familiares, como a união estável (§3º) e a família monoparental (§4º), de forma a romper com a premissa de que o casamento é o único instituto formador e legitimador de família. Fundamenta-se, portanto, naquele dispositivo o princípio da pluralidade familiar<sup>[24]</sup>.

Na ótica de Gustavo Tepedino, a pluralidade das entidades familiares decorre

*da tutela da liberdade individual, contida na dignidade humana, a qual se associa à solidariedade e à igualdade constitucionais, encontrando-se visceralmente embutida no Estado Democrático de Direito, que é incompatível com a discriminação de qualquer natureza. [25]*

Se de uma banda houve a certeza da ampliação das formas de família, de outra surgiu uma dúvida: o reconhecimento da entidade familiar é exclusivo às formas expressamente indicadas na Constituição, ou se pode estender a interpretação para um rol implícito mais abrangente?

A doutrina majoritária adota a tese ampliativa, compreendendo o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, como cláusula geral de inclusão (e não de exclusão, como ocorria na redação das constituições anteriores), de tal sorte que não se pode excluir qualquer entidade que possua afetividade, estabilidade e ostensibilidade<sup>[26]</sup>. Neste passo, patente é a não taxatividade do rol; porém, abertas as comportas constitucionais para o reconhecimento, quais seriam as outras formas de famílias a serem contempladas?

A doutrina nacional já classificou algumas destas formas, decantadas exemplificativamente a seguir: I - Família matrimonial, decorrente do casamento civil <sup>[27]</sup>; II - a família informal, advinda da união estável<sup>[28]</sup>; III - a família monoparental, formada por um dos pais e seus descendentes<sup>[29]</sup>; IV - a família reconstituída, também chamada de pluriparental, recomposta ou mosaicos, cuja formação advém de novos casamentos ou estabelecimento de uniões estáveis sucessivas após a extinção dos relacionamentos anteriores<sup>[30]</sup>; V - a família homossexual ou homoafetiva<sup>[31]</sup>, formada por casais do mesmo sexo; VI - as famílias formadas por transexuais<sup>[32]</sup> e intersexuais<sup>[33]</sup>; VII - a família anaparental<sup>[34]</sup> ou solidária<sup>[35]</sup>, formada por pessoas que convivem e possuem identidade de propósitos, ainda que não sejam parentes e sem qualquer conotação sexual; VIII - a família paralela ou poliamorosa, caracterizada por uma simultaneidade de

relacionamentos ,de cunho afetivo e sexual, tendente à formação de um ou mais núcleos familiares<sup>[36]</sup>.

Nesse último tópico, notável é o caso do trio carioca que, em sede de reconhecimento oficial, buscou a lavratura de uma escritura pública na comarca de Tupã- SP, cognominada pela tabeliã de “união poliafetiva” e justificada na conjugação dos princípios da pluralidade familiar, afetividade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Interessante notar a distinção que faz Rolf Madaleno entre a família poliamorosa carioca e a família paralela, ao salientar que naquela há

*(...) a existência de uma união afetiva entre um homem e duas mulheres que afirmam viverem em harmônica coabitação em uma única moradia, não se confundindo nesse aspecto com uma família paralela, na qual um homem, em regra, vive ao mesmo tempo com duas mulheres, mas em residências distintas<sup>[37]</sup>.*

Sem embargo ao exposto pelo jurista, poder-se-ia fazer outra distinção: a família poliamorosa ou poliafetiva é aquela em que há plena ciência e aquiescência de todos os seus integrantes, os quais mantêm relacionamentos afetivos recíprocos. Conforme a psicóloga Regina Navarro Lins, trata-se de situação em que “todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem à vontade com ela”, admitindo-se essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual<sup>[38]</sup>. Já nas famílias paralelas ou simultâneas, o segundo elemento não está presente, ou seja, não há reciprocidade entre todos os membros, podendo ser caracterizada por duas uniões estáveis ou um casamento e uma união estável, a exemplo do caso prático esmiuçado no item 2.

Entretanto, um único princípio não pode servir de interpretação, sob pena de se infirmar a unidade do ordenamento jurídico, esvaindo-se a própria ordem constitucional. Não se poderia chegar a qualquer conclusão excluindo-se o exame mais apurado dos demais princípios. Diante disto, faz-se mister analisar também a monogamia, sem a qual não haverá uma interpretação adequada ao Direito de Família.

## **2.5 A monogamia**

O casamento monogâmico, indubitavelmente, é uma construção histórico-cultural imanente à sociedade ocidental<sup>[39]</sup>. A ideologia do matrimônio chegou a ser inconteste durante muito tempo, de modo que poucos juristas se detiveram em uma explanação mais acurada sobre a dimensão dos deveres inerentes à monogamia.

Em relação aos deveres, Rolf Madaleno indica a existência da regra da fidelidade como um dos deveres do casamento<sup>[40]</sup>, acrescentando Paulo Nader que a exclusividade monogâmica é peculiar a este negócio jurídico<sup>[41]</sup>; para a união estável, aponta o autor Euclides Benedito de Oliveira<sup>[42]</sup>, a existência da regra de lealdade; Paulo Lôbo, por sua vez, não nega a existência desses deveres, embora ressalte a sua inexigibilidade no plano jurídico<sup>[43]</sup>.

Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, que trouxe à baila a questão principiológica, tratou a monogamia como princípio jurídico ordenador, o qual atua despidido de viés moralizante, na medida em que organiza as relações jurídicas da família no mundo ocidental<sup>[44]</sup>. Guilherme Calmon Nogueira da Gama compreende a monogamia como princípio infraconstitucional, em decorrência de valores culturais contidos no dever de fidelidade e lealdade, expressamente previstos no Código Civil brasileiro de 2002<sup>[45]</sup>. Tais posicionamentos, embora se coadunem com o pensamento monogâmico prevalente na doutrina, não deixam de comportar críticas.

Carlos Eduardo Pianovski, em compreensão diametralmente oposta, percebe a monogamia como uma conduta ou padrão moral social médio. O advogado paranaense, pautando-se no princípio da pluralidade de entidades familiares, princípio da liberdade e o princípio eudemonista, é incisivo ao afirmar que o Estado não deve determinar um padrão de formação familiar, em nítido desvio funcional, coibindo outros possíveis arranjos que melhor se coadunem à moral do sujeito, pois isto seria um óbice ao desenvolvimento individual da personalidade<sup>[46]</sup>.

Marianna Chaves, ponderando sobre o posicionamento dos autores mencionados, conclui que a monogamia não é um princípio constitucional e que, mesmo se considerada como princípio, não poderá ser princípio jurídico, mas apenas um princípio a ser considerado pela hermenêutica, servindo à interpretação de normas não expressas em enunciado legislativo<sup>[47]</sup>.

Maria Berenice Dias, baseando-se na teoria da origem das famílias e do Estado de Engels, e comungando com a exposição de Pianovski e Marianna Chaves, compreende a monogamia como pertinente a um conjunto de valores adotados pela sociedade não em decorrência do amor, mas em razão do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo - e, portanto, uma sobreposição de ordem sexual em detrimento da mulher<sup>[48]</sup>.

Embora divirjam na plataforma teórica, os autores indicam alguns efeitos considerados como injustos quando se eleva a monogamia a princípio absoluto: Pianovski considera indevida a imputação de efeitos jurídicos a uma família em oposição às demais, especialmente se privilegiada pelo casamento<sup>[49]</sup>; Maria Berenice Dias entende desastrosa a desconsideração dos relacionamentos simultâneos, cuja repulsa jurídica resulta verdadeiro enriquecimento ilícito do parceiro infiel, de forma a se desrespeitar a dignidade da pessoa humana, afrontando-se também a ética<sup>[50]</sup>; Rodrigo da Cunha Pereira, embora defenda a monogamia como princípio jurídico ordenador, entende que este pode ser amainado no caso concreto, devendo-se prevalecer a ética em detrimento à moral para se atingir o bem maior que é a justiça<sup>[51]</sup>; Calmon Nogueira da Gama, por sua vez, excepciona a monogamia em caso de união estável putativa, conferindo-lhe efeitos na esfera patrimonial<sup>[52]</sup>.

Diante do exposto, independentemente da existência ou não de um princípio da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro e a sua classificação (se princípio constitucional, infraconstitucional, moral, etc), os autores reconhecem uma necessidade real de aferição do caso concreto, não sendo suficiente uma visão hermética, de obnubilação em relação aos fatos, tendente à exclusão de direitos.

### 3. POSSÍVEIS CAMINHOS PARA AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS OU PARALELAS

É cediço que a doutrina e jurisprudência tradicionais adotavam posicionamento contrário ao reconhecimento e aplicação de efeitos jurídicos às famílias simultâneas ou paralelas, sob fundamento de que resultam em verdadeira afronta à monogamia e aos deveres de fidelidade e lealdade. Tal compreensão, porém, foi mitigada ou tangenciada pelos Tribunais, que encontraram esteio em teorias econômicas e reconheceram, dessa forma, a possibilidade de existência de uma sociedade de fato, cuja larga adoção cristalizou-se na Súmula 380 do STF, segundo a qual "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Outros efeitos patrimoniais também foram levados a cabo pela jurisprudência, tais como a famigerada indenização por serviços domésticos prestados<sup>[53]</sup> e a divisão de pensão por morte entre as "companheiras" na seara previdenciária<sup>[54]</sup>, muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionado no sentido de que haja uma nítida distinção entre a união estável instada no artigo 1.723 e o concubinato contido no artigo 1.727, ambos do Código Civil vigente<sup>[55]</sup>.

Sem prejuízo ao exposto, alguns doutrinadores apontaram uma solução tangencial, da putatividade nas uniões estáveis, fruto de uma interpretação ampliativa dos efeitos aplicados ao casamento putativo prescrito no artigo 1.561 do Código Civil de 2002, sem, todavia, reconhecer a existência de uma entidade familiar propriamente dita<sup>[56]</sup>. A referida solução envolve a árdua e subjetiva tarefa de aferição do desconhecimento da pluralidade de relacionamentos, exigindo-se uma situação de boa-fé por parte de quem pleiteia o reconhecimento. Em outras palavras: exige-se que a pessoa não tivesse conhecimento da existência de outros relacionamentos sustentados concomitantemente pelo companheiro ou cônjuge - o que foi severamente criticado por Marianna Chaves, especialmente em razão do alto subjetivismo e dificuldade probatória<sup>[57]</sup>.

Poder-se-ia, por outro lado, sustentar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, pelo qual se impõe ao sujeito certos deveres de conduta. Nesse último tocante, far-se-ia uma alusão a um instituto de larga aplicação no âmbito do Direito Contratual, a saber, a proibição da adoção de comportamentos contraditórios, de modo a frustrar uma justa expectativa do outro sujeito (*venire contra factum proprium no potest*).

Na última década, em contrapartida, alguns juristas passaram a vislumbrar a possibilidade de um reconhecimento mais amplo de efeitos a esses núcleos familiares paralelos. Esta parte da doutrina<sup>[58]</sup>, apoiada nos princípios da dignidade humana e busca da felicidade, da afetividade, autonomia privada e pluralidade familiar, entende ser indispensável a aplicação de efeitos na seara familiar, mesmo que de forma excepcional e casuística. Impende notar que o reflexo desta forma vanguardista de pensar já alçou alguns tribunais do país<sup>[59]</sup>.

Assim, na seara jurisprudencial, há acórdãos que defendem a proteção da união estável simultânea, conferindo efeitos inerentes ao Direito de Família. Os primeiros votos dimanaram da 7ª e 8ª Câmara de Direito Privado do Rio Grande do Sul, aplicando-se a partilha de bens entre a concubina e a esposa ou companheira, no que se convencionou chamar de "triação"<sup>[60]</sup>, direito aos alimentos e outros efeitos



intrínsecos ao Direito de Família. Insta salientar que tal entendimento também é esposado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, consoante Apelação Cível n. 0176862-7 <sup>[61]</sup>. Em seu voto, o Desembargador relator Eduardo Sertório<sup>[62]</sup> destaca:

*Não estou a generalizar e considerar toda e qualquer relação paralela a do casamento como digna de reconhecimento pelo Poder Judiciário. Reconheço ser cada caso um caso. No caso presente, a participação de esforços de Maria na vida de José, a posse do estado de casado entre eles, além dos motivos já listados anteriormente, fazem com que reconheça, para todos os efeitos, a união estável entre ambos, assim como reconheço não haver bens a serem partilhados, decorrentes dessa relação. A lei busca proteger muito mais do que a família, as pessoas que dela fazem parte. Não se pode estar a reprimir as famílias consideradas ilícitas.*

Observe-se o seguinte julgado, de relatoria do ilustre Desembargador Caetano Lagrasta:

*União estável. Reconhecimento e dissolução. O fato de manter dupla união não se constitui num Bill de indenidade àquele que age de forma a manter um dos companheiros na ignorância de sua atitude Partilha dos bens adquiridos na constância da relação. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AC 646.037-4/4-00, rel.Des.Caetano Lagrasta, j.16.12.2009)*

Neste diapasão, cumpre enaltecer o voto vencido do Ministro Ayres Britto, ao afirmar:

*(...) 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 um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois.<sup>[63]</sup>*

Para além da centralização no elemento afeto, argumenta-se que o reconhecimento de efeitos vem ao encontro da vedação ao enriquecimento ilícito, pois se evita que o sujeito "infiel" tenha seu patrimônio preservado em detrimento do companheiro que o auxiliou moral e/ou materialmente na formação de tal patrimônio; aliás, tal medida pode ser compreendida até mesmo como meio de se desencorajar a "infidelidade", uma vez que o reconhecimento da união e de seus efeitos jurídicos tornaria a opção menos atrativa.<sup>[64]</sup>

Ademais, no que tange à confusão semântica existente entre os termos "concubinato" e "união estável", ambas inculpidas no Código Civil, de relevo a compreensão do Desembargador Caetano Lagrasta, ao asseverar, em declaração de voto divergente:

*Se por um lado a nomenclatura legal não permite chamar o relacionamento que une pessoas impedidas de se casar de "união estável", também é certo que não se pode relegar ao abandono aqueles que conviveram e dependeram economicamente do outro durante largos anos, ignorando (ou negando) uma situação social fática evidentemente estabelecida, qual seja, a existência concomitante de duas famílias, como parece ter ocorrido entre agravante e agravada, o que será apurado após a devida instrução processual.<sup>[65]</sup>*

A perquirição dos motivos que levam uma pessoa a adotar a simultaneidade familiar, por envolver aspectos subjetivos, escapa ao objetivo do presente trabalho. Por certo, a resposta é muito complexa; contudo, pode-se mencionar a conveniência social na manutenção do matrimônio; assim como um fator psicológico que o psiquiatra Flavio Gikovate chama de "fator antiamor"<sup>[66]</sup>, que pode se afigurar na união paralela, dotada de grande intensidade do ponto de vista afetivo. Mantém-se o casamento em virtude desse verdadeiro receio do afeto que envolve o relacionamento paralelo.

Nesse sentido, vem ganhando relevância para o Direito a **teoria psicológica do poliamorismo ou poliamor** (tradução do termo em inglês *polyamory*), a qual admite a possibilidade de coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. A psicóloga Noely Montes Moraes afirma que "a etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo." (Revista Galileu, reportagem "O Fim da Monogamia?", Editora Globo, outubro de 2007, p.41).

Por derradeiro, destaca-se o artigo 64 do projeto de lei nº 2.285 de 2007 - Estatuto das Famílias - que não veda efeitos na seara familiar a tais relacionamentos, ao passo em que, em seu parágrafo único, estabelece: "A união formada em desacordo aos impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha de bens".

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em regra, pensa-se no relacionamento paralelo com um viés moral e preconcebido, de um relacionamento espúrio, abjeto, no qual a figura da amante é suntuosa e sedutora, passando o marido infiel a sustentar seus caprichos às expensas do patrimônio arduamente constituído por ele e sua esposa. Contudo, o caso prático descrito difere em muito da figura estigmatizada do "amasiamento", que é consumado em encontros velados e esporádicos. Ao revés, caracteriza-se pela existência inequívoca de um núcleo familiar paralelo, com os elementos da afetividade, da comunhão de vida e de propósitos, da durabilidade, publicidade e estabilidade.

Ainda que se argumente a existência de óbice ao reconhecimento da união simultânea como família, com base no regramento infraconstitucional e em atenção ao princípio da monogamia, nos parece que tal solução não se afigura a mais

adequada e justa, especialmente quando aferido o caso concreto, no qual, muitas vezes, a parte mais frágil termina por ser prejudicada e desamparada juridicamente.

A nosso sentir, com esteio na técnica da ponderação de interesses<sup>[67]</sup>, deve-se conjugar os princípios da dignidade humana (no qual está inserida a busca da felicidade), da afetividade, da igualdade, da autonomia e da pluralidade das famílias, conduzindo a uma necessária mitigação do princípio da monogamia, ao passo em que aqueles princípios possuem inegável força normativa e ensejam a adoção de uma solução mais justa, dotada de razoabilidade e proporcionalidade. Dessa forma, é possível garantir efeitos decorrentes do relacionamento mantido por tantos anos, notadamente em relação aos alimentos e partilha de bens. De se frisar que esses institutos têm características e requisitos próprios (no caso dos alimentos, necessidade, possibilidade, dependência econômica e vínculo em virtude do relacionamento afetivo; no caso da partilha de bens, comunhão de esforços para a aquisição do patrimônio, tanto material como moralmente), identificáveis nas uniões simultâneas.

O não reconhecimento desses direitos constituiria, no mínimo, violação ao princípio da igualdade, na medida em que se estabeleceria uma diferenciação unicamente em virtude do modelo de relacionamento afetivo adotado, ignorando-se a presença dos elementos que caracterizam os institutos citados.

A solução ora propugnada em nada infirma o atual ordenamento jurídico. Trata-se de adoção de um olhar mais humano para as situações vivenciadas diariamente, em verdadeiro prestígio aos princípios ora elencados, que visa à ampliação de direitos e garante uma dignidade muitas vezes ignorada em razão do preconceito e desconhecimento de causa, os quais são incompatíveis com a dimensão ética inerente ao Direito.

## **FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA**

Conforme já ressaltado, a Defensoria Pública atua em favor de pessoas, quase sempre mulheres idosas, que buscam o reconhecimento de efeitos jurídicos (alimentos, partilhas de bens, direitos sucessórios) para núcleos familiares constituídos de forma simultânea ao casamento; daí a importância e aplicabilidade da presente tese.

## **SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO**

Pode-se pleitear a aplicação da presente tese em casos práticos como o narrado a seguir: A Sra. "X", idosa, sem condições de inserção no mercado de trabalho e que sofre de sérios problemas de saúde, procurou a Defensoria Pública para ingressar com a competente ação, visando ao reconhecimento da união mantida com o Sr. "Y", bem como à fixação de alimentos. O relacionamento durou mais de trinta anos, era imbuído das características da continuidade, publicidade e estabilidade, na medida em que ambos se apresentavam socialmente como um casal, perante familiares, amigos e vizinhos; assim como possuíam o objetivo precípuo de constituição de uma família.

Da união, adveio o nascimento de um filho. A Sra. "X" auxiliava "Y", não somente no cuidado do filho em comum e do lar, mas oferecendo verdadeiro suporte afetivo para que o Sr. "Y" pudesse prosperar em seus negócios e na construção de

seu patrimônio. O companheiro, a seu turno, custeava todas as despesas da Sra. "X" e, inclusive, a desestimulava a trabalhar fora.

Ocorre que "Y" é casado, mantendo o relacionamento com a esposa "Z". Em verdade, "Y" costumava passar alguns dias da semana com a esposa e outros com a companheira. Digno de nota que ambas tem plena ciência das uniões paralelas mantidas pelo Sr. "Y". Posteriormente, o relacionamento entre a Sra."X" e o Sr."Y" chegou ao fim, porque "Y" padecia de Mal de Alzheimer e a esposa assumiu o controle de todos os aspectos da vida do marido,entre eles a administração do patrimônio.

Nessa situação, é possível o ajuizamento de ação para reconhecimento da união paralela mantida pelo casal, a fim de garantir direitos próprios de Direito das Famílias à Sra. "X" (por exemplo, alimentos, partilha de bens), não constituindo o casamento do Sr. "Y" óbice ao pleito da referida senhora.

---

[1] MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática* In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.624.

[2] FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson .*Curso de direito civil: direito das famílias, vol. 6*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.44.

[3] CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 92-93.

[4] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1994, p. 17 -25.

[5] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.55.

[6] TARTUCE Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em: < <http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/11/14/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>>. Acesso em 02 ago. 2013.

[7] FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson .*Curso de direito civil: direito das famílias, vol. 6*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.43.

[8] BARBOSA, Águida Arruda. *Conceito pós-moderno de família* In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernandes (coordenadores). *Direito da família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 27

[9] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*, São Paulo:Atlas, 2010, p.34.

[10] Cf.: Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 16.3), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 23.1), Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (artigo 10.1), Convenção sobre os Direitos da Criança (em seu Preâmbulo), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigo 16) e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) (artigo 4.e)

[11] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50 -52.

[12] FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*, vol. 6. p.79.

[13] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. , São Paulo: Malheiros. 2011, p.600

[14] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011,p. 57.

[15] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Verbatim. 2012 ,p.27-28.

[16] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p. 57-72.

[17] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.118.

[18] TARTUCE, Flavio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em :<<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao1/Arquivos/Novos%20princ%C3%ADpios%20do%20direito%20de%20fam%C3%ADlia%20brasileiro%20-%20Flavio%20Tartuce.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2013.

[19] Esse entendimento foi adotado pelo STF, no julgamento da ADPF 132, rel.Min.Carlos Ayres Britto, j.5.5.2011.

[20] LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. p. 59.

[21] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p.64.

[22] FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*, vol. 6. p. 157.

[23] LÔBO, Paulo .*Direito civil: famílias*. p.63:

[24] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. p .190-198.

[25] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil - tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 258-259.

[26] Cf: PAULO LOBO

[27] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p. 44-45.

[28] Ibidem, p. 46-47.

[29] LÔBO, Paulo .*Direito civil: famílias* ,p.82.

[30] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. *As famílias pluriparentais ou mosaicos* In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Família e Dignidade Humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 508.

[31] DIAS, op. cit., p. 47-48.

[32] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p.176-202.

[33] Idem , p.203-213.

[34] DIAS, op. cit. p. 48-49.

[35] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e recomposta*. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Tartuce, Flávio; Simão, José Fernando (coord.) *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo: Método, 2009 , p.402 - 403.

[36] DIAS, op. cit. p. 50-54.

[37] MADALENO, Rolf Hanssen. *Escritura de união poliafetiva: impossibilidade*. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, Edição n. 114, p. B26. Novembro de 2012.

[38] LINS, Regina Navarro. *A Cama na Varanda*, 7ª Ed., Rio de Janeiro:Best Seller, 2012, p.401.

[39] PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia* In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Família e Dignidade Humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 204.

[40]MADALENO, Rolf. *A união (ins)estável (relações paralelas)*. disponível em: .Acesso em 10. mar.2013.

[41]NADER, Paulo. *Curso de Direito de Civil: Direito de Família - Volume 5*. 5ª ed.,Rio de Janeiro: Forense, 201, p. 191-196.

[42]OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6ª ed. atual. e amp. São Paulo: Método, 2003 , p. 127-129.

[43] LÔBO, Paulo .*Direito civil: famílias*. p.175-176.

[44] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*.p.127-136.

[45] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100-112.

[46] PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia*. p. 195- 198.

[47] CHAVES, Marianna. *Famílias paralelas*. Disponível em: <[www.mp.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/21492](http://www.mp.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/21492)>. Acesso em: 10 mar. 2013.

[48] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*.p.60-61.

[49] PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia* . p. 201

[50] DIAS, loc. cit.

[51] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. p.144-145.

[52] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. p. 100-112.

[53] Cf.: TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, AC n. 9217111-84.2005.8.26.0000- SP, rel. Des. Arioaldo Santini Teodoro, j.11.11.2008, pub. 27.11.2008;

[54] Cf.:TRF-2 Região, REO n. 2003.70.01.015492-1/PR ,Sexta Turma Especializada, rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j.21.06.2010, pub. 15.07.2010; STJ, Quarta Turma, REsp n. 303604 - SP, rel. Min.Aldir Passarinho Júnior, j.20.03.2003.

[55] Cf.: STF, RExt nº 397762-BA, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j.03.06.2008.

[56] Cf.: 1 - OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003, p. 82-85, 139-148; 2 - AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 281-284.

[57] CHAVES, Marianna. *Famílias paralelas*. Disponível em: <[www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/21492](http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/21492)>. Acesso em: 10 mar. 2013.

[58] Cf.: 1- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adúlterino*. SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares* In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernandes (coordenadores). *Direito da família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo: Método, 2009. 237-254. 2- PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia*. p. 50-54. 3 - DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*.p.4- CHAVES, Marianna. *Famílias paralelas*. 5 -MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*, p.627. 6- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)*. 7- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson .*Curso de direito civil: direito das famílias*, vol. 6. p 527-531.

[59] Cf. :1 - TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Acr n. 646.037-4/4-00, rel. Des. Caetano Lagrasta, j.16.12.2009; 2 - TJRS, 8ª Câmara Cível, ApC n.70039847553 , rel. Des. Rui Portanova, j.28.04.2011 ; 3 - TJPE, 3ª Câmara Cível, ApC n.176862-7 , rel. Des. Eduardo Sertório, j.08.03.2012.

[60] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 50 -54.

[61] DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. 1. Atendidos os requisitos da lei, é de se reconhecer a união estável, respeitada a publicidade, a continuidade do relacionamento e o intuito de se constituir família; 2.Quanto ao fato de pessoas casadas, na constância do casamento, poderem manter união estável, não há impedimento, em decorrência do princípio constitucional de proteção à família ( artigo 266, §3º CF); 3. As famílias previstas na Constituição não são 'numerus clausus'; 4. A presença da afetividade, como fundamento, e a finalidade da entidade, além da estabilidade, com comunhão de vida, e a ostensibilidade, levam ao reconhecimento de famílias simultâneas; (sic) 4.º caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade" (TJPE, 3ª Câmara Cível, ApC n.176862-7 , rel. Des. Eduardo Sertório, j.08.03.2012)

[62] Acórdão disponível em: . Acesso em 10. mar. 2013.

[63] STF, RExt nº 397762-BA, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j.03.06.2008.

[64] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*.p.50-54.

[65] TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AI n.0158881-95.2011, rel. Des.Salles Rossi, j.7.12.2011

[66] Trata-se de uma tendência que surge entre pessoas que estão muito apaixonadas, correspondente a um verdadeiro medo da felicidade proporcionada por relacionamentos dessa natureza. Segundo Gikovate, "existe em todos nós um anseio pela fusão romântica" e, ao mesmo tempo "um ingrediente interno que se opõe a esse desejo", que é o fato antiamor. E

prossegue: "O medo do sofrimento relacionado com uma eventual ruptura do vínculo amoroso leva-nos a uma tendência contrária ao amor, tendência essa que só não é suficiente e definitiva em virtude do enorme anseio que existe em nossa subjetividade de que, de novo, venhamos a experimentar o aconchego e a harmonia que um dia foram nossa única razão de ser" (GIKOVATE, Flavio. *Uma nova visão do amor*, 7ª Ed., São Paulo, MG Editores, 2009, pp.71-73).

[67] Trata-se da técnica da ponderação, associada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, aplicável nos casos de colisão de princípios fundamentais. Consiste, segundo Luís Roberto Barroso, "em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis..., especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas." (*A nova interpretação constitucional dos princípios*, in *Dos Princípios Constitucionais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.117).