

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

DANIEL DE ALMEIDA SALES

FAMÍLIAS CONCOMITANTES: descompasso entre o fato social e o argumento

jurídico

Juiz de Fora - MG

2013

DANIEL DE ALMEIDA SALES

**FAMÍLIAS CONCOMITANTES: descompasso entre o fato social e o argumento
jurídico**

**Monografia de conclusão de curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito.**

**Orientadora: Professora Doutora Kelly
Cristine Baião Sampaio.**

**Co-orientador: Professor Fellipe Guerra
David Reis.**

Juiz de Fora

2013

DANIEL DE ALMEIDA SALES

**FAMÍLIAS CONCOMITANTES: descompasso entre o fato social e o argumento
jurídico**

**Monografia de conclusão de curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito e aprovada pela
seguinte banca examinadora:**

Orientadora: Professora Doutora Kelly Cristine Baião Sampaio

Co-orientador: Professor Fellipe Guerra David Reis

Membro convidado: Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza

Examinada em:

AGRADECIMENTOS

A Deus por ser o consagrador da vida e o mentor de um alicerce protetivo e próspero pelo qual devemos seguir e proclamar.

Aos meus pais, Luiz e Regina, por contribuírem em minha formação humana e profissional, depositando confiança em toda essa trajetória acadêmica.

Aos meus amigos Luiz Fernando, Grazi, Jean e Flávia pela excelente convivência e união nesses anos de faculdade.

Aos professores Kelly e Fellipe que prontamente aceitaram e contribuíram na consecução desse trabalho.

À professora Flávia que compõe a banca examinadora, representando e valorizando o direito processual diante da argumentação proposta.

“...Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância no vácuo da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade humana”.

Maria Celina Bodin de Moraes

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o descompasso entre a dinâmica das novas concepções de família e a estagnação do direito em não alcançar uma normatização adequada ao fato social. Por derradeiro, analisa-se o panorama advindo com a constituição de 1988, em sua base principiológica, objetivando uma interpretação civil-constitucional para alcançar a estrutura de uma família pluralizada, democrática, sócia afetiva e igualitária substancialmente, evidenciando a crise do modelo matrimonializado e hierarquizado que até então imperava. Dessa forma faz-se uma análise dos princípios da dignidade humana, afetividade e do pluralismo das entidades familiares a fim de demonstrar a superação da monogamia e a limitação do direito obrigacional para reger as relações de simultaneidade familiar. Em análise específica identifica o voto vencido do Ministro Carlos Ayres Britto, no Recurso Extraordinário 397.762-8 originado do Tribunal de Justiça da Bahia que defende o concubinato adúltero como entidade familiar, evidenciando as consequências no plano dos alimentos, meação e sucessão. Por conseguinte, ressalta-se a expansão da autonomia privada no âmbito familiar que acena para o pensamento moderno de uma família movida, preponderantemente, pelo vínculo socio-afetivo e pela melhor proteção de seus membros, valorizando o afeto e, surgindo como um espaço que ofereça proteção e amor, para proporcionar ao indivíduo seu desenvolvimento digno. Em última análise, verifica-se a neutralidade do Estado que não deve ponderar por influências de compreensão religiosa, resultando em exclusão de determinadas pessoas de sua proteção, ao contrário, importa realizar uma expansão dos ideários da cooperação solidária e da dignificação do ser humano em busca de uma interpretação constitucionalizada e sistemática do Código Civil, para que ao final possa-se consolidar o caráter instrumental e plural da concepção atual de família, alcançando os anseios individuais de seus membros.

Palavras-Chave: Fato social. Concubinato Adúltero. Princípios Constitucionais. Monogamia. Entidade Familiar. Alimentos. Meação. Sucessão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A CRISE E RECONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA.....	11
1.1 A Constitucionalização da Entidade Familiar e o Código Civil de 2002.....	12
1.2 O Princípio da Autonomia Privada no Direito de Família.....	13
1.3 Reconstrução e novas concepções acerca da Família.....	15
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	17
2.1 Princípio da Dignidade Humana.....	17
2.2 Princípio da Afetividade.....	20
2.3 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares.....	21
3. A SIMULTANEIDADE FAMILIAR.....	22
3.1 O Concubinato Adulterino e a União Estável Putativa.....	23
3.2 A Superação da Monogamia.....	25
3.3 Os Entendimentos favoráveis na Jurisprudência.....	26
4. A FAMÍLIA PARALELA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A LIMITAÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL.....	28
4.1 Alimentos.....	29
4.2 Meação.....	30
4.3 Sucessão.....	32
CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

A Família, caracterizada na Constituição Federal de 1988 como base da sociedade, perpassa ao longo dos anos por constantes mutações em seu formato original e conservador. Assim, diante daquele conceito rígido e imutável do século passado, que evidenciava o seu caráter institucional, surge um modelo instrumental, responsável por enaltecer as individualidades dos seus membros.

As transformações históricas identificadas no êxodo rural, no processo de urbanização e industrialização, na ascensão da mulher ao mercado de trabalho e no surgimento de um modelo de Estado Democrático de Direito, pautado na proteção dos direitos sociais e nos princípios da igualdade, liberdade, solidariedade e dignidade humana, resultaram em grandes transformações no seio familiar que deixou a sua forma matrimonializada para aderir à pluralização, com o surgimento de novos conceitos que ganharam relevância jurídica, como a união estável que alcançou efeitos jurídicos plenos, consolidando-se como entidade familiar, deixando de ser identificada como um concubinato puro para receber proteção civil-constitucional. Além do surgimento das famílias monoparentais, que merecem total proteção do Estado, conforme artigo 226, § 4º, CF, desmistificando qualquer posição de inferioridade pela ausência de um dos ascendentes. Também deve ser ressaltada a abertura para as uniões homoafetivas, conforme interpretação extensiva do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça ao preceituado no artigo 226, § 3º e 4º, CF. Ainda nesse processo, encontra-se o concubinato adúltero, identificado pelos impedimentos para uma nova relação conjugal, sendo constante na formação histórica da sociedade, mas que ainda encontra receios e inseguranças para a sua proteção jurídica, ficando a mercê de irregulares efeitos obrigacionais.

O caráter patriarcal e hierarquizado da conceituação originária da família transformou-se na sua elevação como democrática e igualitária substancialmente. Dessa forma, os seus membros devem ser vistos em suas peculiaridades, de forma a proteger a liberdade, a posição de igualdade entre os cônjuges e entre os filhos havidos ou não do casamento, adotivos ou não. Ademais, esse novo modelo coaduna para a consecução participativa da convivência familiar, evitando-se arbitrariedades, devendo a educação dos filhos elucidar aspectos pedagógicos e informacionais.

A constituição federal de 1988 corroborou por essa amplitude em seu Capítulo VII, do Título VIII, versando sobre a Ordem Social, tratando de quatro temas de maneira idealizadora e protetiva: a família, a criança, o adolescente e ao idoso; resultante, portanto, da vontade do constituinte originário em traçar as linhas mestras para o estabelecimento da igualdade material para essas classes.

A família heteroparental, biológica e como unidade de produção e reprodução desvencilhou a incluir a homoparentalidade e a unidade socio-afetiva, de forma que a democratização de seu conceito evidenciou que os critérios de sexo e sanguíneo formam uma incompletude que não correspondem à mudança de eixo para uma família instrumentalizada, em que a filiação assumiu no lugar da conjugalidade, agora instável, a posição de centralidade na família, importando-se mais com critérios de afetividade e amor livre, do que com critérios estritamente biológicos e de diversidade de gêneros.

A mutação da família contemporânea resultou de um processo de individualização, ancorando-se na autenticidade, autonomia e independência, visto que se tornou um espaço privado a serviço dos indivíduos, o que levou, por conseguinte a redução de seus membros e a pluralidade de suas formas. Dessa maneira, a família é um meio de realização e reconhecimento das pessoas, e não um fim em si mesmo, devendo assim ser o cerne da liberdade e solidariedades nas relações afetivas.

A família instrumentalizada identificada pelo princípio da dignidade humana, não pode recusar a tutela a outras formas de vínculo afetivo que, embora não previstas pelo legislador constituinte, se encontram identificadas com a mesma *ratio*, ou seja, mesma qualidade, função e os mesmos fundamentos, sendo assim de reconhecimento obrigatório, tendo em vista os princípios que guarnecem a dignidade: igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica. É o que garante o voto vencido do Ministro Carlos Ayres Britto, no Recurso Extraordinário 397.762-8, objeto do presente estudo, em que se discutia a divisão da pensão decorrente do falecimento do servidor público, o Sr. Valdemar do Amor Divino Santos, entre sua esposa, advindo da relação conjugal onze filhos e a autora, a Sra. Joana da Paixão Luz, com quem mantinha relação paralela ao longo de 37 (trinta e sete) anos, tendo o casal nove filhos; ao proferir o seu entendimento, expõe o aspecto interpretativo civil-constitucional em que enaltece o conjunto protetivo da constituição como uma planilha conceitual de vasos comunicantes, defendendo o “*tertium genus*” do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para

o casamento civil, ou reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto, ou seja, não há concubinos para a Lei mais alta de nosso país, porém casais em situação de companheirismo.

Dessa monta, não haveria a discriminação para filhos do casal, que pejorativamente poderiam ser considerados “filhos concubinários” e à luz do Direito Constitucional brasileiro importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico, ou seja, a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma, isto é que consolida a entidade familiar.

No tocante às relações familiares, especificamente as relações concubinárias adulterinas, objetiva-se com o presente estudo, a interpretação das normas infraconstitucionais de forma a espelharem os princípios e valores consignados na Constituição Federal de 1988, através da consecução dos ideários de dignificação do ser humano e solidariedade social, visto que não podemos conceber um ordenamento jurídico em dissonância com a realidade, ou seja, não podemos desconsiderar como no emblemado RE aludido acima, uma relação estável de 37 anos, advindo nove filhos, sendo atribuído apenas indenização por serviços domésticos prestados, em desvalorização a todo esse vínculo afetivo consolidado ao longo do tempo por mera relação obrigacional. Ao contrário, necessitamos abrir o horizonte da família atual, revelando verdadeiramente seu viés democrático, considerando o concubinato adulterino que se procrastina ao longo do tempo com ânimo de definitividade como entidade familiar, visto que nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes, o único valor capaz de dar equilíbrio, harmonia e proporção ao ordenamento jurídico e ser absoluto: é o princípio da dignidade humana; assim, a aplicação do direito deve estar conjecturada a proteger a realidade social.

Por fim, cumpre ressaltar que o problema aqui elucidado perpassa pela exclusão do núcleo de pessoas formadas pelo concubinato adulterino, especificamente no caso da concubina que após o ânimo de construir família e uma estabilidade temporal, se torna mera parte no âmbito do Direito Obrigacional. Assim, em análise do caso do RE 397.762-8 já exposto, método desse estudo, evidencia-se a proeminência da interpretação do Direito de Família na perspectiva civil-constitucional, a fim de considerar esse concubinato como entidade familiar, dando-lhe os efeitos jurídicos inerentes, visto que a pluralidade das famílias está sob o manto da igualdade substancial, liberdade, democracia, dignidade da pessoa humana e solidariedade.

1 – A CRISE E RECONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA

A família sempre emergiu como base da sociedade e o Estado sempre almejou mantê-la sob seu controle, na tentativa de conciliar seus interesses. A posição tradicional reinante no século XX evidenciava a indissolubilidade do casamento, sendo o homem ocupante de papel hierárquico privilegiado. Nesse contexto a preservação e transmissão do patrimônio à descendência era a perspectiva fundacional da família.

As relações que desvencilharam dos padrões comportamentais e procedimentais do casamento sempre acompanharam o processo de desenvolvimento da família, porém repercutiam sinais de exclusão e estigmatização pelos padrões morais impostos. No Código Civil de 1916, as relações extraconjugais sequer obtiam efeitos obrigacionais, de forma a serem consideradas negação da própria família.

As mudanças foram sendo incorporadas com o processo de transformação histórico que, por conseguinte, culminaram na revolução feminina e sexual no Brasil na década de 60 do século passado. Assim, a independência da mulher se tornou o grande ápice para a queda do patriarcalismo e da desmistificação da figura do “chefe de família”; nessa esteira emergiu o divórcio em 1977, resultando na desburocratização do término conjugal que, por derradeiro, consolidou na atual perda de relevância da culpa e do lapso temporal para a sua efetivação.

As décadas de 80 e 90 representaram a mudança de foco da estrutura familiar que passou do patrimônio ao afeto. Nessa seara, classificavam o concubinato em puro e impuro, diferenciando o segundo quanto aos impedimentos para o matrimônio. Dessa forma, como as relações concubinárias se tornaram comuns e crescentes na sociedade, o STF caminhou no sentido de proteção ao concubinato puro com a súmula 380, identificando que comprovada à sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A Constituição Federal de 1988 aderiu aos anseios das circunstâncias da época e conferiu a substituição do concubinato puro pela união estável, proporcionando-a status de casamento informal ou de fato e classificando-a como entidade familiar, obtendo efeitos jurídicos plenos. Por sua vez, o concubinato impuro resulta apenas em proteção mínima que se atrela à

relação obrigacional, merecendo apenas indenizações por serviços domésticos prestados com a preceituação da vedação do enriquecimento ilícito. Assim, a concubina após laços de estabilidade afetiva e com ânimos de constituição de uma vida em comum, se via na penúria, tendo em vista a situação de desamparo e total receio da jurisprudência em nortear efeitos patrimoniais e sucessórios.

1.1 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A dinâmica democrática da constituição de 1988 reconheceu expressamente o princípio da pluralidade familiar, já que além do casamento, as famílias decorrentes da União Estável e as famílias monoparentais ganharam relevância e proteção jurídica na concepção de família no teor do artigo 226, § 3º e 4º, CF. Porquanto, a doutrina e a jurisprudência começaram o desenvolvimento que hoje se consolida da não pré-conceituação com relação ao formato das entidades familiares, sendo o destinatário do enquadramento jurídico de qualquer classe familiar o ser humano e a consolidação de sua dignidade.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “a instituição da família assume uma diversidade de nomes: entidade natural, pessoa moral, organismo social, organismo familiar etc., de forma a perpassar por mutações, adequando-se aos momentos históricos e de acordo com os ideários do costume, religião, moral, ancestralidade e patrimônio-econômico”¹. O pensamento moderno coaduna com a interpretação civil-constitucional movida pelo vínculo socio-afetivo e pela melhor proteção de seus membros. Daí resulta que o amor se tornou o elemento fundante para a consecução da plena dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao concubinato adulterino, a intervenção do direito se mostra necessária e relevante, visto que a sociedade deve ser a anfitriã para estabelecer o tom da ordem jurídica. Não se perfaz assim, na atualidade, um discurso de resistência e exclusão de uma vida conjugal que preencheu os requisitos da afetividade, durabilidade e publicidade; portanto efeitos meramente obrigacionais são incongruentes na ordem constitucionalizada, desprezando todo seu

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das famílias*. Revista Brasileira de Direito de Família, 2004, p.145.

arcabouço principiológico, além de resultar em crises pela não assimilação do Estado à pluralidade de formações familiares merecedoras também de proteção jurídica institucionalizada.

De acordo com o preceituado pelo Código Civil de 2002, o concubinato não fora explicitado como gerador de direitos e deveres, nem produtor de efeitos como a união estável. Contudo, o entendimento sistemático e teleológico em consonância com a realidade e a ordem civil-constitucional deve preferir que a distinção entre a união estável e o concubinato adulterino esteja na ordem conceitual, guarnecendo resquícios de uma sociedade patriarcal e matrimonializada, devendo, portanto ser aplicado à equidade em função da omissão da regulamentação legal.

1.2 – O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família sofreu modificações significativas nas últimas décadas, sendo a autonomia privada² responsável por abrir novas possibilidades jurídicas, saindo da percepção transpessoal, em que os interesses da instituição estavam acima dos interesses dos membros que a compunham, para uma visão eudemonista em que se torna primordial o conjunto dos interesses dos membros que a compõem e o direito de cada um de deles na realização pessoal e afetiva.

Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico evidencia a autonomia dos cônjuges, através da variedade dos regimes matrimoniais de bens e da livre estipulação. Em segundo lugar, no direito sucessório, a autonomia privada realiza-se no testamento, no qual a pessoa dispõe de seus bens para depois da morte. Em terceiro lugar, a Lei 11.441 de 11 de janeiro de 2007, do divórcio extrajudicial, identificado pela ausência de filhos menores, rege que os inventários e divórcios

² LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.145, para quem “autonomia privada é considerada como o livre exercício e desenvolvimento da pessoa, nos termos da sociedade e intersubjetividade, conforme o ordenamento jurídico, tendo limitações perante a ordem pública, o princípio da confiança e da função social. Em sentido lato, a autonomia privada passa a ser o espaço de liberdade facultado a cada um dentro da ordem jurídica e, em sentido estrito, como o poder atribuído à pessoa para entrar em relações privadas e escolher a maneira de criação de normas nessas situações. Pode ser compreendida sob os seguintes aspectos: a) como poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas privadas; b) como princípio informador do sistema, isto é, como princípio aberto que reflete ideia diretriz ou justificadora da configuração do funcionamento do próprio sistema jurídico; c) como cânone interpretativo, porquanto aponta razões para o caminho a ser seguido na pesquisa do sentido e no alcance da norma jurídica; d) como concretização do princípio da dignidade humana, que determina que cada um escolha seu destino em busca da felicidade e seja responsável por suas escolhas”.

consensuais não passam mais pelo crivo do judiciário. Por fim, identifica-se a mudança da cultura intervencionista e o respeito à liberdade dos sujeitos que implica uma transformação nos relacionamentos e oportuniza a cada um ser responsável pelos seus atos.

A autonomia privada sob a lógica contemporânea decorreu da mudança das funções exercidas pelo Estado, que deixou de ser apenas um mero espectador das atividades privadas (Estado Liberal), tornando-se um ente que intervém no âmbito particular de seus membros, de modo a tutelá-los, inicialmente com o Estado Social, e hoje, com o Estado Democrático de Direito. O Brasil evidenciou esse processo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio da qual se inaugurou o Estado Democrático de Direito, que foi um marco para o estudo do Direito Civil, consagrando princípios como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e o da solidariedade social (art. 3º, I da CF), tornando-se a principal fronteira da autonomia privada, pois passou a exigir uma funcionalização deste instituto a todos esses princípios constitucionais.

No âmbito do Direito de Família, ainda que o afeto não conste expressamente como um direito fundamental, ele decorre da valorização constante da dignidade humana, permitindo o exercício da autonomia privada que, a partir da Constituição de 1988, tem uma dimensão moral e extrapatrimonial. Assim em uma concepção de família democrática, não há como existir a dignidade humana sem a autonomia privada, já que essa entidade é espaço de afetividade, da busca de felicidade, enfim da liberdade de escolha.

No tocante ao Recurso Extraordinário 397.762-8, não se deve aderir a um discurso simplista e reducionista que preza a monogamia, desconsiderando uma relação de proeminente estabilidade temporal, afetiva e com *animus* de constituir família. Destarte, o referido caso evidencia que o ordenamento deve se atrelar a inclusão de novas entidades familiares que se perpetuam no tempo e demonstram grau de relacionamento estável, sendo imperioso o deferimento de efeitos jurídicos no âmbito do direito de família, haja vista que considerar apenas uma sociedade de fato é ferir o âmago do princípio da dignidade humana e, por conseguinte os caminhos que o coração nos leva a percorrer, saturando impiedosamente a autonomia privada.

Em última análise, faz-se mister considerar que na perspectiva atual o ordenamento jurídico está maduro para conceber o concubinato adulterino, que perpassa pelas condições jurídicas de permanência e grau regular de afetividade, como titular de proteção jurídica, em aplicação equânime à união estável, visto que o avanço dessas relações na sociedade não podem

ficar a mercê de resquícios de uma família padronizada e institucionalizada que não fazem parte da realidade do cenário vigente.

1.3 - RECONSTRUÇÃO E NOVAS CONCEPÇÕES ACERCA DA FAMÍLIA

O reconhecimento dos direitos da concubina emerge de forma substancial na jurisprudência após a vigência do Código Civil de 2002. A pluralização das entidades familiares favorece que essa relação conjugal, originada desde as primeiras civilizações, adquira base sólida na interpretação civil-constitucional atual e proclame efeitos na esfera familiar.

Não deve prevalecer o entendimento de que o seu reconhecimento resultaria na estigmatização da esposa da primeira relação conjugal, haja vista que esse patamar consolidador dos efeitos concubinários, não faria distinção ou privilégios entre a legítima ou a amásia, outrossim, culminaria na igualdade das relações e por consequência nos seus efeitos. Importa advertir que esse grau de aplicação aqui defendido, só se faz relevante e necessário, caso haja o preenchimento dos requisitos já indicados como: a estabilidade temporal, animus de construir família e por derradeiro a publicidade; ou seja, os mesmos para a união estável, não se justificando para relações momentâneas que não deflagram estes requisitos.

No que concerne à igualdade entre homem e mulher elevada por nossa constituição pátria, não há, na possível aplicação das relações concubinárias como entidades familiares, qualquer dissonância, já que essas podem ser atribuídas ao homem ou a mulher. Portanto, corresponde o reconhecimento em questão à realidade fática de maneira que se possa assegurar a igualdade formal e material a que se refere a atual Constituição Federal.

A garantia já concedida à concubina pela súmula 380 do STF, que garante a partilha de bens amealhados com sacrifício em comum através da considerada dissolução da sociedade de fato, por si só, não garante o princípio da solidariedade que deve estar calcado na garantia plena de direitos e não em uma concepção preconceituosa a uma vida conjugal amorosa equiparada a um negócio jurídico ou uma transação empresarial. Destarte, almeja-se a dignificação do conceito e dos efeitos do concubinato adúltero que a muito se vê de forma estanque e pejorativa na

legislação infraconstitucional, a exemplo das restrições das doações e das vedações para o beneficiamento de seguros, passíveis até de anulação e restituição³.

É inconcebível que se admita o desamparo da concubina a obter uma meação na pensão de segurado falecido por uma atribuição arbitrária e desarrazoada de que escolheu esse laço de convivência e que não fora obrigada a relacionar-se clandestinamente e a não prover seu próprio sustento. Ora, como dizia o ditado popular: “coração é terra que ninguém vai”, não se pode coadunar com um sistema intervencionista a ponto de subestimar o sentimento mais puro e nobre, o amor; assim, não é se esquivando da causalidade do fato que o direito irá se desobrigar de ampará-lo. Dessa monta, o direito previdenciário já vem angariando decisões a fim de abarcar o princípio da proporcionalidade e dignidade, estabelecendo a divisão de pensões, enfim, dando a melhor solução para esse “hard case” com o equilíbrio material para as partes⁴.

Portanto, uma análise sistêmica constitucionalizada do nosso ordenamento se torna essencial no momento em que a realidade da pluralização das entidades familiares se torna preponderante. Desde a ruptura da exclusividade do casamento, valorizado em seu aspecto solene e burocrático, advindo a figura da união estável que rompeu com os padrões estruturais, caminha-se para o reconhecimento do concubinato adulterino como entidade familiar.

Não se pode olvidar que o direito deve intervir positivamente a fim angariar os anseios e a dinâmica atual da sociedade e não se trata de uma realidade lícita ou ilícita, evidencia-se um padrão que se tornou comum e que deve ser protegido, visto que não se constrói um Estado Democrático de Direito pleno, caso os seus pilares dignificantes estejam fragilizados diante de uma dissonância com o panorama social. Assim, não ficou explícita a intenção do legislador de efetuar a distinção pormenorizada entre os institutos da união estável e o concubinato adulterino, houve sim uma omissão quanto ao segundo, verificando-se, outrossim, discrepâncias meramente conceituais, mas que na prática, por alcançarem a mesma finalidade, deveriam ser equiparados.

³ Nos termos dos artigos 550 e 793, ambos do Código Civil de 2002, dispondo respectivamente, “que a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal” e a “permissão a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato”.

⁴ TRF4. APELAÇÃO CIVEL AC 915 SC 2000.72.04.000915-0. Data de publicação: 15/09/2008. Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA E CONCUBINA. RATEIO. POSSIBILIDADE. 1. Para a concessão do benefício de pensão por morte, no caso de companheira, há necessidade de comprovação de união estável. 2. Na hipótese, ainda que verificada a ocorrência do concubinato impuro, não se pode ignorar a realidade fática, concretizada pela longa duração da união do falecido com a concubina, ainda que existindo simultaneamente dois relacionamentos, razão pela qual é de ser deferida à autora o benefício de pensão por morte na quota-parte que lhe cabe, a contar do ajuizamento da ação.

2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A constituição de 1988 alterou o quadro valorativo dos princípios do direito de família, realizando uma perspectiva inclusiva e consagrando valores fundamentais, tornando-os premissas do ordenamento jurídico. Porém, não se pode dizer que os princípios possuem apenas um caráter valorativo, visto que revelam força normativa com aplicação direta e imediata, tendo eficácia positiva ou negativa.

No Direito de Família é imprescindível a incidência imediata de Princípios Constitucionais, já que a família como base da sociedade, deve ser objeto de proteção e desenvolvimento, além de o Estado conferir especial atenção aos valores sociais fundamentais. Assim, evidenciam-se como Princípios Constitucionais destacados na interpretação civil-constitucional pela doutrina: dignidade da pessoa humana, afetividade e pluralismo das entidades familiares.

2.1 – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana teve como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, difundindo-se posteriormente para as cartas Magnas dos Estados que iriam se consolidando como Democráticos de Direito. O constituinte de 1988 a consagrou como fundamento da República e do próprio Estado, identificando a funcionalidade de cada indivíduo no seio social.

Nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes, “na atual conjectura histórico-social eleva-se como pedra de toque do ordenamento jurídico, sendo o alicerce do Estado, fundamentando a ordem constitucional através da irradiação valorativa para os demais princípios”⁵. A doutrina constitucionalista enaltece o grau absoluto diante da colisão com os demais princípios, além de

⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, v. 65, p.23.

concebê-la como uma espécie de norma fundamental, representando analogicamente os estudos realizados por Hans Kelsen, como o fundamento de validade de todas as normas pertencentes ao ordenamento.

Assim sendo, Alexandre de Moraes, preceitua que:

“A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos humanos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual⁶.”

Em análise ao direito de família, a dignidade corresponde o reconhecimento do homem como finalidade de proteção da entidade familiar, resultando na inclusão do pluralismo das diversas formações familiares, no respeito à autonomia privada do indivíduo em se inserir no arranjo familiar mais adequado a si mesmo, no privilégio do afeto e na igualdade entre os cônjuges e também em relação aos filhos. Dessa maneira, cumpre destacar que a igualdade dentro do âmbito familiar assume papel preponderante dentro do “megaprincípio”⁷ da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o ser humano foi elevado ao centro de todo o sistema jurídico, devendo as normas atender às suas necessidades e viabilizar sua realização existencial, garantindo-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade. Por conseguinte, tal evolução valorativa obriga os civilistas modernos a adotar uma nova postura, tanto em relação à interpretação quanto à aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurando assim a vida humana de forma integral e prioritária.

Nos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes⁸ verificamos a dignidade da pessoa humana sob quatro prismas: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade. Em primeiro lugar analisamos a igualdade no direito de não receber qualquer tratamento

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.52.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.89. “O princípio da igualdade encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos s seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.”

⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Ed. Renovar, 2003, p. 15.

discriminatório, identificando-se como a igualdade formal em que todos são iguais perante a lei. Contudo, em razão das dissonâncias sociais, econômicas ou psicológicas, mister avaliar a igualdade substancial pautada no tratamento desigual das pessoas, quando desiguais, em conformidade com a desigualdade; visto que a humanidade é diversificada e multicultural, o que leva a substituição do termo “identidade” por outro, que oferece maior sentido: é o “reconhecimento” do outro, como um ser igual a nós.

A integridade psicofísica na esfera cível garante os direitos de personalidade como a vida, nome, honra, imagem, privacidade, corpo e identidade pessoal, resultando em completo bem-estar psicofísico e social. Na seara do direito de família, imperioso destacar que as relações concubinárias adulterinas que se consolidam no tempo, com animus de uma vida em comum e de forma pública, não podem ser esquivadas do âmbito de proteção dos direitos inerentes a personalidade, ou seja, merecem igual tratamento no tocante a exposição da relação, no seu reconhecimento e na inclusão dos efeitos jurídicos.

A liberdade se consubstancia no livre exercício da vida privada, identificando as escolhas individuais e projetos de vida próprios sem interferências de qualquer gênero. Assim, ao direito de liberdade deve ser sopesado o dever de solidariedade social, resultando em relações organizadas capazes de proclamar a justiça e o bem estar social. Por derradeiro, a Constituição, ao estatuir os objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, I, estabelece, entre outros fins, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Dessa forma, a solidariedade com último prisma a ser analisado deve ser interpretada no momento da elaboração legislativa ordinária, na execução de políticas públicas, como também na aplicação do direito, não sendo relevada apenas em ações eventuais, éticas ou caridosas, ao contrário, consolida força normativa capaz de tutelar o respeito devido a cada um.

Portanto, o princípio da dignidade humana deve ser elevado a valor absoluto na aplicação do direito de família, haja vista o grau de subjetivismo e sentimentalismo que norteia as suas relações, sendo incoerente com a dogmática civil-constitucional uma análise literal da lei e desconforme com a realidade, resultando em desarmonia e desproporção na consecução plena do ordenamento jurídico.

2.2 – O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A admissão de outros modelos familiares resulta na alteração da base teleológica de sustentação da família, sendo o vínculo afetivo fator preponderante na consolidação dos núcleos familiares que são construídos através da efetividade, estabilidade e publicidade. Assim, esse princípio tem fundamento constitucional após ser abandonado o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada e ser superada família patriarcal que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Apesar de não ser expresso na Constituição Federal de 1988, decorre da valorização constante da dignidade humana, deixando a análise do vínculo biológico de forma exclusiva em descompasso com o padrão protetivo atual. Nessa esteira, a afetividade se tornou pilar na manutenção e prosperidade da família, voltando para a realização espiritual e desenvolvimento de seus membros.

Ao delimitar conceitualmente identifica-se que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares. Dessa forma, está implícito nos seguintes artigos e fundamentos da CF/88: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (art.226, § 4º), a união estável (art. 226, § 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227), além do citado art. 226, § 8º.

Portanto, a presença explícita do afeto em cada núcleo familiar, que antes era presumida, norteia vários dispositivos constitucionais, assumindo o afeto posição prioritária de elemento embrionário na estruturação familiar, juntamente com a cumplicidade, solidariedade e assistência mútua.

2.3 – O PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

A doutrina é pacífica para o entendimento de que o conceito de entidade familiar é semelhante à família, ou seja, identificada como núcleo de coexistenciabilidade estável, público e fundado no afeto, partindo-se da perspectiva da realidade social à qual se destina.

O princípio do pluralismo é a valorização do critério afetivo no direito de família, visto que a família atual ultrapassa as limitações solenes do casamento e os arranjos de dois genitores e seus filhos, resultando na consideração de entidades não expressas, como o concubinato adúltero, que apesar de não ser majoritariamente aceito, deve ser considerado a fim ratificar a base axiológica de nosso ordenamento.

Imperioso elucidar que o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 não é taxativo, e sim exemplificativo em consonância ao entendimento da prevalência do critério da efetividade em detrimento do critério sanguíneo, possibilitando o reconhecimento das mais diferentes formas de configuração e relacionamento entre os indivíduos, bastando os requisitos da temporalidade, publicidade e animus de afetividade a construir laços de vida em comum.

Nesse caminho o Supremo Tribunal Federal já se manifestou ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo, ao primar pela aplicabilidade do artigo 3º, inciso IV, da CF que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e, por conseguinte ninguém poderia ser discriminado em função da preferência sexual.

Portanto, o conceito de família está sendo alargado e baseado nas transformações da realidade social, revelando uma reestruturação a fim de alcançar um meio de proteção aos seus membros na valorização de suas peculiaridades. Nesse sentido, a aplicação da norma do Direito de Família deve estar em consonância ao patamar garantista e solidário da Constituição Federal de 1988, de forma a consolidar a funcionalidade desse instituto, proclamando a inclusão da pluralidade familiar no arcabouço protetivo civil-constitucional.

3 – A SIMULTANEIDADE FAMILIAR

Os avanços na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 representaram a superação dos três pilares: patrimonialismo, os vínculos de parentesco e o assistencialismo; sendo que surgiram outros alicerces: as relações de afeto, solidariedade e cooperação. Assim, a família se tornou instrumentalizada e aberta a incluir novas concepções antes não abarcadas pelo Direito, como as famílias simultâneas.

A presença de outros tipos de convivência familiar sempre existiu na sociedade brasileira, mesmo na época dos patriarcas coloniais. Ocorre que devido às mudanças do status social que essas formações familiares adquiriram no século XX, tornando comuns as famílias informais, fundadas em uniões não matrimonializadas, fato social que alterou o panorama de enquadramento no sistema jurídico.

O casamento previsto no artigo 226, § 1º, CF, identificado como o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútuas assistência. Já a união estável é preceituada no artigo 1.723 do Código Civil como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Assim, a simultaneidade ocorre quando o cônjuge ou companheiro mantém paralelamente à sua família constituída dentro da lei, outro círculo familiar que merece a tutela jurisdicional, não podendo cair no abismo da reprovabilidade moral e ser excluída dos padrões dignificantes que proclamou o Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, a família tem sido alvo de profundas reflexões, sendo moldada à realidade social, revelando um momento de transição entre laços de fidelidade absolutos em que a culpa imperava na dissolução do vínculo conjugal para uma configuração moderna de quebra das barreiras indissolúveis do casamento e a imersão do afeto na primazia de seu reconhecimento.

3.1 O CONCUBINATO ADULTERINO E A UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA

A expressão concubinato, etimologicamente, deriva do vocábulo latino *concubinos*, o qual significa mancebia, amasiamento e abarregamento. Verifica-se também influência direta do verbo *concumbo*, de origem grega, que indica a ação de dormir com outra pessoa, copular e estar na cama. Da referida definição derivam duas vertentes conceituais distintas: a primeira o identifica como toda e qualquer forma de união sexual livre, abrangendo o reconhecimento desde as formalidades do casamento até a união adúltera. Já a segunda o divide em dois subgrupos dotados de características próprias, quais sejam, o concubinato puro ou honesto e o concubinato impuro, abrangendo este último o incestuoso e o adúltero.

O concubinato puro identifica o envolvimento afetivo que obedeça aos ditames sociais, sendo nomeado pelo ordenamento de união estável e recebendo status de entidade familiar, conforme artigos 226, § 3º, CF, combinado com os artigos 1.723 e 1.727, ambos do Código Civil, caracterizando verdadeiro casamento não oficializado, vez que atende todas as condições impostas à sua celebração.

No que concerne ao impuro, resulta de qualquer envolvimento afetivo que afronta às condições impostas ao casamento, materializando nos impedimentos matrimoniais. Assim, encontra-se nesse rol o concubinato incestuoso do artigo 1.521, I a V, do Código Civil e a relação do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de seu consorte, no teor do artigo 1.521, VII, do CC. Além do concubinato adúltero que conforma as relações extraconjugais, ou seja, em paralelo ao casamento ou união estável, mantendo laços duradouros e afetivos com terceira pessoa, sendo de conhecimento dessa a condição de simultaneidade das relações.

O concubinato adúltero deve consistir em uma espécie de entidade familiar, não devendo ser traçadas distinções entre os núcleos fruto de envolvimento adúltero e as demais formas de entidades familiares. Nos dizeres de Maria Berenice Dias ao apreciar a apelação cível nº 70005330196, proveniente da comarca de Erechim/RS:

“Ora, se agora ninguém identifica como família o relacionamento sacralizado pelo matrimônio, se o conceito de família alargou-se para

albergar os vínculos gerados exclusivamente da presença de um elo afetivo, mister concluir que o amor tornou-se um fato jurídico, passando a merecer proteção legal. Assim, merece ser reconhecido que se está frente a um novo conceito de família, em que basta a existência de um vínculo afetivo para assim nominá-la”⁹.

No que se refere à união estável putativa que está dentro da conceituação do concubinato impuro na modalidade adúltera, diferenciando-se apenas no fato de a mulher não ter ciência de que o parceiro mantém-se no estado de casado ou tem outra relação concomitante, identificando a boa fé da parceira na relação conjugal.

Importa ressaltar o necessário reconhecimento de todos os tipos de relações pelo Direito de Família, uma vez que os princípios da dignidade da pessoa humana e da pluralidade das entidades familiares devem prevalecer sobre o da monogamia. Assim, não se pode pautar em uma subjetividade, mas sim na objetividade (boa-fé objetiva), visto que devem ser preenchidos os requisitos da temporalidade e afetividade, além da publicidade do relacionamento.

Dessa monta, independente do conhecimento do terceiro da outra relação conjugal, imperioso admitir sempre a relação adúltera como instituto de família, sendo incongruente na ordem sistemática constitucional atribuir a essa relação familiar uma sociedade de fato, não competindo ao Direito impor tipos padrões de comportamento que devem estar abertos a capacidade de manifestação de afeto do ser humano.

Portanto, o Estado não pode negar a realidade e pretender excluir as relações concomitantes do direito de família, haja vista que o núcleo familiar tem papel preponderante para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e impedir o seu reconhecimento gera retrocesso social com descumprimento de preceitos fundamentais da própria Constituição Federal, resultando em decisões temerárias e destoadas de aplicabilidade legítima.

⁹ RIO GRANDE DO SUL. TJ/RS. 7ª Câmara Cível. Apelação cível n. 70005330196/2002. Relatora Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 07 de maio de 2003.

3.2 – A SUPERAÇÃO DA MONOGAMIA

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias¹⁰, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, visto que além da constituição não contemplá-la; elevá-la a princípio é obter resultados desastrosos, permitindo o enriquecimento ilícito do parceiro infiel e o desrespeito ao princípio da dignidade humana.

Dessa forma, caso ainda se enquadre como princípio que rege o direito de família, tem a finalidade conceitual de proibir a existência de relações paralelas àquela já existente, seja matrimonial ou união estável, entretanto não se pode desconsiderar o “megaprincípio”¹¹ da dignidade da pessoa humana que prepondera em relação aos princípios das áreas especializadas do direito. Nessa esteira, não compete ao Estado repudiar como ilícitas as formas de convivência humana resultantes de escolhas de coexistência materialmente livres.

Na análise do conflito do princípio da monogamia, em nome da moral, e a justiça, Rodrigo da Cunha Pereira preleciona a segunda opção nos dizeres:

“Se o fato de ferir o princípio da monogamia significar fazer injustiça, devemos recorrer a um valor maior que é o da prevalência da ética sobre a moral para que possamos aproximar do ideal de justiça. Ademais, se considerarmos a interferência da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, concluiremos que o imperativo ético passa a ser a consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação. Isto significa colocar em prática o que disse antes, ou seja, que o Direito deve proteger a essência e não a forma, ainda que custe ‘arranhar’ o princípio da monogamia”¹².

Portanto, o fim da monogamia como princípio jurídico é tornar as relações afetivas mais responsáveis, haja vista que o conceito do concubinato reforçado pelo artigo 1.727 do Código Civil constitui estatuto de exclusão; devendo ser realizada uma linha interpretativa na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, não subsistindo a monogamia diante dos princípios

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.58-59.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.89.

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e norteadores para Organização Jurídica da Família*. Curitiba: Tese Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, 2004, p.88.

constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade substancial, da liberdade e da democracia. Nessa esteira, o contexto histórico-social da monogamia se justifica como proteção da conjugalidade matrimonializada e institucionalizada, na qual vigorava a hierarquização e o emblema da supremacia masculina, identificando a concubina como a índia, a negra, branca pobre e moça que não era para casamento; divergindo da estrutura contemporânea que prima pela pluralização das entidades familiares e a potencialização das liberdades individuais.

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010 quebrou indiretamente o sistema monogâmico¹³ ao retirar a exigência de observância de prazo para o divórcio direto, além de tornar inócua a constatação da culpa na dissolução conjugal. Nesse percurso, a fidelidade perdeu respaldo como dever jurídico, resultando apenas em dever moral. Assim, reforçou a expansão da autonomia privada, identificando que o Estado somente deve intervir para tutelar as pessoas que nas relações familiares encontram-se em situação de vulnerabilidade, visto que como é democrático e laico, não pode impor a todos os cidadãos um modelo único de família e pretender uma totalitária regulação dos modos comportamentais.

3.3 – OS ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS NA JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem sido pioneiro no reconhecimento do concubinato adulterino como entidade familiar, a exemplificar na Apelação Cível nº 70010787398, em que constatou a existência de duplas células familiares, não podendo os dois vínculos afetivos vir em benefício do homem ou de uma das conviventes. Assim, para a relatora desembargadora Maria Berenice Dias, o poder judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial. Dessa forma, defendeu a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações.

¹³ Nesse sentido também se posiciona o advogado Marcos Alves da Silva, um dos fundadores do Instituto Brasileiro de Família do Paraná (IBDFAM-PR), em sua Tese de Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. *A Superação da Monogamia como Princípio Jurídico*, 2012.

No sentido de valorizar a pluralidade das famílias e a afetividade como paradigmas da concepção de família moderna, o precedente ementado do TJRS elucida:

Embargos infringentes - União estável - Relações simultâneas. De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o "de cujus" tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como coexistentes duas entidades familiares simultâneas. Desacolheram os embargos, por maioria. (TJRS, 4º Grupo Cível, Embargos Infringentes n.º 70013876867, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 10.3.2006; por maioria).

Ainda nesse tribunal, na Apelação Cível n.º 70011258605, fora reconhecida a união dúplice, como também a triação dos bens existentes entre o *de cujus* e as companheiras. Nessa esteira, o desembargador Alfredo Guilherme Englert, analisou de forma preponderante o princípio da afetividade, averiguando a presença de duas uniões estáveis, já que eram evidenciados em ambos os relacionamentos o preenchimento das peculiaridades de entidades familiares.

Já em corrente oposta comunga o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes Direito, em voto proferido no Resp. n.º 789.293/RJ, reconhecendo a impossibilidade de reconhecimento de uniões concubinárias como entidades familiares sob o argumento de não preenchimento do requisito da estabilidade jurídica a fim de constituir família. Ocorre que esse entendimento não está em consonância com os ditames constitucionais, desconsiderando também que o interregno temporal e a convivência pública e permanente resultam na consolidação de uma vida em comum, devendo, portanto as relações concomitantes que preenchem esses requisitos receber igual tratamento no direito de família, e não serem excluídas.

Dessa monta, o STJ ainda não está pacificado, mas tende na maioria de seus julgados à resistência de que as famílias simultâneas devem ser protegidas pelo Direito, mantendo-se fiel ao dever de lealdade, fidelidade e monogamia na formação da família.

4 – A FAMÍLIA PARALELA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A LIMITAÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL

O adultério até o início do século XXI era considerado crime e se entendia inviável a concessão de qualquer tipo de efeito patrimonial à convivente, visto que não se podia admitir a outorga de efeitos jurídicos a fatos ilícitos. Mesmo em se tratando de relação estável e duradoura, a justiça excluía a concubina de qualquer pretensão a direitos com o fim da relação, ficando a mercê da sociedade e de seu preconceito.

O advento da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, regeu a inclusão a inclusão da união estável ao âmbito do Direito de Família e a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, descriminalizou o adultério e atenuou tamanho desamparo às relações simultâneas, equiparando-se o concubinato à sociedade de fato, trazendo a matéria para a ótica do direito obrigacional. Nessa esteira, a súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, foi especificamente aplicada ao concubinato adulterino, aproximando a partilha de bens em comunhão as dos sócios de uma sociedade comum e devendo ser demonstrado à colaboração direta de ambos os integrantes da relação para o aumento patrimonial. Já no caso de esforço indireto para a formação do acervo patrimonial, ocorrendo na maioria das vezes com a mulher que se dedica a manutenção da casa e o cuidado com os filhos, a jurisprudência identificava o reconhecimento da indenização por serviços domésticos prestados, caso fosse comprovado à efetividade desses, evitando o enriquecimento ilícito do homem.

Ocorre que a aplicação da referida súmula não encontra amparo na atual base principiológica e sistemática, visto que a pluralidade de entidades familiares mostra-se como principal inovação trazida pela constitucionalização do Direito de Família. Assim as soluções jurídicas que se findam nas expressões sociedade de fato e indenização por serviços domésticos prestados ferem o princípio da afetividade e o princípio da dignidade da pessoa humana, desmerecendo a figura do indivíduo na composição da família.

Dessa monta, outro caminho não resta senão considerar que a relação concubinária, revestida das características da estabilidade, afetividade e ostensibilidade, deve ser reconhecida

como entidade familiar e pelo princípio da igualdade entre os núcleos familiares lhe serem aplicados os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais inerentes às demais famílias.

4.1 - ALIMENTOS

A fixação dos alimentos está atrelada à ideia do mínimo existencial e o seu fundamento está no princípio da solidariedade familiar, ou seja, além de garantir o necessário à subsistência, às necessidades materiais e assistência à enfermidade, deve propiciar, também, um mínimo de desenvolvimento moral e cultural, levando-se em conta a capacidade do alimentante de prestar alimentos e a necessidade do alimentando em recebê-los.

O reconhecimento da obrigação alimentícia é identificado em quatro pressupostos: a possibilidade, a necessidade, a reciprocidade e a proporcionalidade. Assim, a regulação dos alimentos proclama a função social da família, qual seja possibilitar que os seus indivíduos construam uma vida digna e integralizada aos padrões mínimos de bem estar.

A verba alimentar possui caráter personalíssimo, sendo responsável na preservação da integridade física e psíquica do alimentando e com caráter de ordem pública das normas disciplinadoras da obrigação legal de prestar alimentos. Ademais, não são admitidas cessão, compensação e penhora do direito alimentício, conforme artigo 1707 do Código Civil.

Dessa forma, caracterizada a relação concubinária adulterina e preenchendo os requisitos da necessidade do alimentando e a possibilidade econômica do alimentante, consolidada está a obrigação alimentar, aplicando-se o artigo 1694 do Código Civil. Por conseguinte, a obrigação de prestar alimentos não tem ligação somente com o *jus sanguinis* ou com as relações de parentescos, acrescentando-se a afetividade que é valor constitucional, social e personalíssimo indisponível, inegociável e intransmissível, não podendo ser violado em razão de um dos membros da relação estar em impedimento matrimonial.

Portanto, os alimentos tornam-se efeitos das relações de conjugalidade, independentemente de serem múltiplas ou não. No que concerne ao artigo 1700 do Código Civil

que evidencia a transmissão de alimentos ao devedor, deve ser entendido que no caso dos alimentos prestados a companheira da relação adulterina, a transmissão só será em relação aos herdeiros do devedor fruto dessa mesma relação, conjugando nessa hipótese o vínculo de parentesco com o princípio da afetividade.¹⁴

Em análise conclusiva deve o magistrado, na resolução do caso concreto, observar se a relação concubinária está eivada de convivência pública, interregno temporal e com intuito de desenvolver família, além de verificar o preenchimento dos pressupostos explicitados para a obrigação alimentar, dando aplicabilidade ao instituto dos alimentos, de forma a consolidar o princípio da solidariedade, a isonomia, a cooperação e a justiça social, sendo o dever de mútua assistência constitucional e atinente também às relações concubinárias adulterinas.

4.2 - MEAÇÃO

O artigo 1725 do Código Civil de 2002 preceitua que para a união estável aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, salvo se houver contrato escrito. Dessa forma, ao término da relação verifica-se o patrimônio constituído pelos companheiros e efetua-se a sua divisão na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um.

No tocante a união estável adulterina, ou seja, concomitante a outro vínculo familiar, deve se avaliar a construção do patrimônio em dois momentos, o primeiro em relação à construção dos bens concernentes a vigência de uma só relação, aplicando-se o regime por ela adotado e o segundo momento referente ao período de paralelismo das relações, sendo esse alvo divergências doutrinárias.

Maria Berenice Dias defende que ao fim da relação, comprovada a concomitância com um casamento, impositiva a divisão do patrimônio acrescido durante o período de manutenção do duplice vínculo, sendo necessária a preservação da meação da esposa, que se transforma em bem

¹⁴ Artigo 1.700 (Código Civil): “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1694.” Sendo que esse último dispõe: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

reservado, ou seja, torna-se incomunicável. A meação do varão será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período. Assim, a título de exemplo, se o adúltero é casado em regime de comunhão parcial de bens, dos que forem adquiridos onerosamente na constância do casamento, 50% são da esposa e 50% do adúltero. Caso ele decida por ter uma família paralela, na constância da união dúplice a companheira paralela também terá direito a metade dos bens adquiridos durante essa união. Só que neste caso ela terá 25%, ou seja, metade da parte que cabe ao adúltero, e não metade do patrimônio. A análise a ser feita é sempre essa: da parte que cabe ao adúltero a companheira paralela terá 50%, devendo ser preservada a parte da esposa ou companheira anterior¹⁵.

Contudo à luz dos princípios constitucionais da afetividade e do pluralismo familiar, essa decisão não se torna a mais adequada, visto que cria efeitos jurídicos diferenciados às relações concomitantes que devem ser enquadradas como entidades familiares e, portanto merecem uma igualdade material e substancial. Nessa esteira, a jurisprudência pioneira ancorada por Ruy Portanova, utiliza-se do termo jurídico “triação”, dividindo o patrimônio em três frações, conforme a seguinte ementa destaca:

APELAÇÕES CÍVEIS. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de vínculos familiares. NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO. (Apelação Cível Nº 70027512763, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/05/2009).

Assim, no presente caso tudo o que fora adquirido pelo de cujus no período de concomitância das relações formam um patrimônio comum, a ser dividido entre os três (um terço

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.68-69. Esse entendimento coaduna com a inicial abertura do poder judiciário em tutelar as relações simultâneas baseadas no afeto.

para a esposa, um terço para a companheira e um terço pertencente ao de cujus, que é a herança – espólio).

Importante destacar que em analogia a união estável, a relação concubinária adulterina como entidade familiar deve abrir oportunidade para que o regime seja escolhido pelos concubinos. Em caso de omissão, que seja fixado o regime de comunhão parcial. Dessa forma, o intuito é o reconhecimento pelas normas infraconstitucionais das uniões públicas, notórias e com intuito de constituir família, que são concomitantes a um casamento ou a uma união estável. Imperioso também mencionar que caso for comprovado que os bens amealhados durante a relação paralela foram adquiridos com proventos exclusivamente pertencentes à concubina, não há que se falar em qualquer divisão.

4.3 – SUCESSÃO

No que se refere à sucessão nas relações concubinárias adulterinas deve se utilizar como parâmetro o artigo 1829 do Código Civil que trata da sucessão hereditária do cônjuge, visto que a sucessão do companheiro prevista no artigo 1790 do Código Civil está eivada de vício de constitucionalidade, diferenciando a união estável do casamento de forma contrária ao texto constitucional.

Ademais esse artigo que fora colocado de forma assistemática nas disposições gerais do Direito das Sucessões traz diversas dissonâncias do companheiro em relação ao cônjuge: 1) não o reconheceu como herdeiro necessário; 2) não lhe assegurou reserva de quinhão no caso de concorrência com filhos comuns e exclusivos; 3) o inseriu no quarto lugar na ordem hereditária, depois dos colaterais; 4) limitou o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união e 5) não lhe conferiu direito real de habitação.

Além de trazer problemáticas no que concerne a igualdade dos filhos presente em nossa Constituição¹⁶; a possibilidade do companheiro ser meeiro e suceder na ordem de vocação

¹⁶ FIÚZA, César. *Novo Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 245, para quem “o artigo 1790, nos seus incisos I e II, conferiu tratamento diferenciado quando o companheiro concorre com filhos comuns e exclusivos, tendo quota equivalente no primeiro caso e a metade no segundo. Assim, a melhor solução seria considerar todos os filhos como exclusivos do de cujus, independentemente da realidade fática, criando uma ficção jurídica, por

hereditária, diferentemente do cônjuge que só sucede em primeiro lugar em concorrência com os descendentes (artigo 1.829, I, do Código Civil) no caso, por exemplo, do regime da comunhão parcial, havendo bens particulares e a incongruência do caput ao referir apenas aos bens onerosamente adquiridos, o que pode resultar na preterição do Estado em face do companheiro sobrevivente caso não haja outro herdeiro habilitado.¹⁷

Nesse sentido, Giselda Hironaka¹⁸ sustenta ser o dispositivo inconstitucional, por desprezar a equalização do companheiro ao cônjuge constante do art. 226, § 3º, da CF/1988. Do mesmo modo, Zeno Veloso¹⁹ lamenta a redação do comando, ressaltando que as famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira classe, de segunda ou terceira. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias, tornando-se passadista, retrógrado e perverso.

A jurisprudência sinaliza nesse caminho:

DIREITO SUCESSÓRIO. Bens adquiridos onerosamente durante a união estável Concorrência da companheira com filhos comum e exclusivo do autor da herança. Omissão legislativa nessa hipótese. Irrelevância. Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse. Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares. Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil. Reconhecido direito de meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os descendentes. Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil. Sentença mantida. “RECURSO NÃO PROVIDO”. (TJSP, Apelação n. 994.08.061243-8, Acórdão n. 4421651, Piracicaba, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, julgado em 07/04/2010, DJESP 22/04/2010).

Dessa forma, vislumbrando uma equiparação da sucessão em casos de matrimônio e de união estável segue-se a análise da sucessão no caso das uniões paralelas. Nessa seara defende-se

consequente, aos filhos caberia o quinhão proporcional e à convivente metade do conferido a cada um dos filhos, na esteira do inciso II, do art. 1.790, do Código Civil”.

¹⁷ Na interpretação literal do artigo 1790, inciso IV, no caso de herança composta por bens que não foram adquiridos onerosamente na constância da união, o Município, o Distrito Federal ou a União, poderiam ser beneficiados em detrimento do companheiro sobrevivente, que conviveu diretamente com o falecido. Dessa forma, a doutrina majoritária, encabeçada por Giselda Hironaka, defende que o termo "herança", mencionado nos incisos III e IV do art. 1.790, possui conceito próprio e deve ser interpretado como sendo a totalidade dos bens do autor da herança, pois a partir desta interpretação, afasta-se a possibilidade de bens integrantes da herança se destinarem ao poder público em detrimento do companheiro.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Direito das Sucessões. Volume 20. Organizador: Aristides Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁹ VELOSO, Zeno. Código Civil Comentado, v. VII, São Paulo: Atlas, 2013.

a equiparação das entidades familiares, sendo elas a matrimonial, união estável ou advinda de relações concubinárias adulterinas identificadas pela estabilidade temporal, afetiva e familiar; resultando, por conseguinte na equivalência de tratamento sucessório e a inaplicabilidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Assim, o cônjuge e a companheira seriam herdeiras legítimas e necessárias, concorrendo somente com os descendentes e ascendentes. Na ausência destes herdariam sozinhas o patrimônio do de cujus, não concorrendo com os colaterais. No tocante a concorrência com os descendentes, à sucessão do cônjuge ou da companheira dependeria do regime de bens, pois o legislador, nos casos gerais, não confere direito sucessório ao viúvo quando são titulares de meação e o autor da herança tem descendente. Por exemplo, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes (não será herdeiro) se o casamento foi celebrado no regime da comunhão universal de bens, no regime da separação obrigatória ou no regime da comunhão parcial se o autor da herança não tiver deixado bens particulares.²⁰

Na sucessão com a companheira paralela deveria se observar o mesmo raciocínio da sucessão do cônjuge sobrevivente, qual seja, primeiramente realiza-se a “triação”, nos casos do regime de bens da primeira relação ser o da comunhão parcial, universal ou participação final nos aquestos, concernente somente aos bens adquiridos durante o período de convívio concomitante, e posteriormente o 1/3 (um terço) restante desses seguiriam a ordem de vocação hereditária, nos

²⁰ A título de complementação evidencia-se que a redação do inciso I, art. 1829, do Código Civil, confunde os princípios meação e herança, e vincula o direito de herança do cônjuge sobrevivente ao regime de casamento existente à data da morte, não parecendo uma boa técnica, ainda mais quando, no inciso II, o legislador permite que o cônjuge concorra com os ascendentes (pais; avós etc), independentemente do regime de bens adotado no casamento, alterando, injustificadamente, a técnica escolhida para o inciso I. Isto é, usou uma técnica para o inciso I e a dispensou no inciso II. Dessa forma, de acordo com a interpretação literal, somente nas hipóteses de regime de separação convencional de bens; comunhão parcial, existindo bens particulares do falecido; e de participação final nos aquestos, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes.

Em corrente visionária, Maria Berenice Dias defende em quatro artigos publicados no volume *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004) que, havendo bens particulares no caso do regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não tem direito sobre eles. O direito de concorrência incide exclusivamente sobre os bens amealhados durante o casamento, já que consoante ao mal elaborado texto do artigo 1829, I, deve ser analisado minuciosamente os seus “salvo se”, “ou se”, vírgulas e ponto-e-vírgulas. Assim dispõe: “Em um primeiro momento o legislador ressalva duas exceções. Fazendo uso da expressão “salvo se” exclui a concorrência quando o regime do casamento é o da comunhão universal e quando o regime é o da separação obrigatória. Ao depois, é usado o sinal de pontuação ponto-e-vírgula, que tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas ideias. Assim, imperioso reconhecer que a parte final da norma regula o direito concorrente quando o regime é o da comunhão parcial. Aqui abre a lei duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens particulares. De forma clara diz o texto: no regime da comunhão parcial há a concorrência “se” o autor da herança não houver deixado bens particulares. A contrario sensu, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes”.

termos do artigo 1829 e seguintes do Código Civil, equiparando para tanto o quinhão da companheira e do cônjuge sobrevivente. Não iria também concorrer com colaterais, devendo ter preferência em relação aos mesmos. Concorreria, assim, com os descendentes, com os ascendentes e com o cônjuge supérstite.

Por fim, cumpre esclarecer que a sucessão aqui ora defendida em relação à companheira paralela deve se atentar para dois cálculos: o primeiro corresponde a bens que foram construídos durante um só vínculo conjugal, devendo perpassar pelos trâmites estabelecidos pelo Código Civil, meação (cônjuge) a depender do regime e a sucessão. Já o segundo identifica apenas bens adquiridos no interregno da pluralidade familiar, sendo devido a triação e a sucessão. Assim a concubina só sucederia caso houvesse bem particular adquirido nesse período de concomitância, já que por referência à união estável adotariamos o regime de bens da comunhão parcial como regra geral para o concubinato adulterino. No caso dos descendentes devem participar dos dois cálculos, independente de qual relação originaram, a fim de estabelecer a igualdade prevista por nosso ordenamento.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, o que se evidencia é o avanço comportamental da sociedade em conformar novos arranjos familiares e a necessária abertura do ordenamento jurídico brasileiro para o reconhecimento de uma união estável adulterina, resultando na atribuição de efeitos patrimoniais e sucessórios inerentes a entidade familiar.

A mudança de paradigma do texto Constitucional de 1988 superou a indissolubilidade do matrimônio, estabelecendo novas concepções jurídicas de família, através da inclusão expressa da união estável e a monoparental, sendo esse rol meramente exemplificativo, visto que como princípios basilares consagrou a pluralidade, afetividade e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, instrumentalizou a família e instituiu a sua democratização, elevando a igualdade substancial e o caráter socio-afetivo como norteadores da sua aplicabilidade e reconhecimento. Nesse sentido, o seio familiar não deve ser visto como abstrato e transpessoal, ao contrário, importa à realização dos direitos inerentes a personalidade do indivíduo que a compõe, deslocando o fundamento patrimonial e procracional para o afeto.

A união estável prevista como entidade familiar, substituindo o termo concubinato puro e tendo como requisitos a continuidade, publicidade, durabilidade e objetivo de constituir família, não incluiu a inexistência de impedimentos ao casamento, visto que os separados de fato e judicialmente podem constituir a presente união, resultando que para sua configuração não há imposição da monogamia. Ademais, não representa como dever a fidelidade, já que o legislador trouxe apenas o dever de lealdade, que não necessariamente engloba a primeira no seu conceito. Portanto, não se pode realizar uma interpretação extensiva de normas restritivas de direitos, almejando incluí-la no rol do artigo 1.724 do Código Civil.

O artigo 1.727 do Código Civil ao conceituar o concubinato impuro, não identifica qualquer regramento para tais situações, nem exclui o seu reconhecimento como entidade familiar merecedora de proteção estatal, abrindo a possibilidade de atribuição de efeitos típicos do direito de família, haja vista que se torna inconcebível acarretar a uniões com estabilidade temporal e afetiva a meros relacionamentos extraconjugais e condenados à invisibilidade, deixando pessoas desamparadas que acreditavam estar inseridas em uma família. Também não se

perfaz as aplicações jurídicas da teoria da sociedade de fato através da súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal e da indenização por serviços domésticos prestados, resultantes de discriminação e violação do afeto e do ânimo de constituir família, tratando os companheiros com sócios.

A monogamia não representa um princípio jurídico, mas preceito moral que encontra resquícios na concepção da família matrimonial, patriarcal e hierarquizada, contrariando a atual entidade familiar democrática e não sendo elemento estruturador da igualdade entre os sexos, visto que no casamento monogâmico tradicional do Código Civil de 1916, a direção da família era tarefa do homem, sendo a mulher casada submetida à sua vontade como pessoa relativamente incapaz até 1977, quando entrou em vigor o Estatuto da Mulher casada. Dessa forma, a igualdade foi conquistada primordialmente no século XX, enquanto a monogamia é a regra no mundo ocidental desde a Roma antiga.²¹ Assim, imperioso ressaltar que a valorização dessa beneficia aquele que o infringiu, já que ao excluir as famílias simultâneas, afastando-as da esfera familiar, incentiva a irresponsabilidade daquele que as mantém, retirando-o das repercussões jurídicas da formação do seio familiar.

Além do que a admissão da bigamia, não encerraria o instituto do casamento, ao contrário, resultaria na sua força e vivacidade, visto que não seria mais preciso encerrar o casamento anterior para se casar novamente, resultando na flexibilização das relações conjugais e na manutenção desse instituto.

Portanto, como forma de instrumento de justiça e pacificação social, faz-se necessário o reconhecimento das famílias paralelas como entidades familiares, sendo já admitido por

²¹ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Centauro, 2002, p. 55, para quem “a origem da monogamia, não se deu unicamente do fruto do amor de um homem por uma mulher, nem tampouco deteve um caráter sentimental como nos faz acreditar os romances, desse pensamento é que a monogamia vem sendo a regra desde a Roma antiga, isso no mundo ocidental. As uniões concebidas como monogâmicas se fundavam em interesses diversos que não o coração, tais como econômicos, conveniência etc. Os gregos chegaram a reverberar que o único intuito da monogamia era a submissão da mulher, e a glorificar a figura do homem como o elemento mais importante na instituição familiar e a procriação. Como era um povo muito ligado à sua mitologia, o culto aos seus deuses, eles chegaram a conceber o casamento como uma carga, um dever que eles carregavam e que deveriam cumprir em respeito ao Estado e seus antepassados, surgindo apenas como uma obrigação. Em Atenas a lei não apenas impunha matrimônio como, ainda, obrigava o marido a um mínimo determinado do que se chama de obrigações conjugais. O primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. Assim, a monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento nessa sociedade”.

crescentes decisões de nossos tribunais, apoiando-se na abertura do ordenamento jurídico na elevação do princípio constitucional da pluralidade familiar e na proteção da dignidade dos indivíduos que a integram. Nesse interim, evidencia-se que relacionamentos meramente sexuais, clandestinos, esporádicos e sem intuito de constituição de família não coadunam com o ora aqui defendido. Assim, na análise da admissão pelo Direito de Família, deve ser a simultaneidade familiar preenchida pela afetividade, coexistência, ânimo de constituir família, estabilidade do vínculo e a ostentabilidade.

Por derradeiro, os efeitos pessoais e patrimoniais, como o direito a alimentos e o direito sucessório devem ser concedidos como inerentes a consolidação de qualquer entidade familiar. Assim, a percepção dos alimentos decorre do dever de mútua assistência existente entre os formadores dos núcleos familiares, sendo que comprovada a necessidade do alimentando e a possibilidade econômica do alimentante, caracterizado está esse direito, importando na inclusão das relações concubinárias que preenchem os requisitos de família.

No tocante à sucessão, reconhecida a união estável adulterina, terá direito a companheira, a depender do regime de bens escolhido na primeira relação, a meação ou a triação do patrimônio onerosamente adquirido na constância dessa relação. Ademais, defende-se a inaplicabilidade do artigo 1790 do Código Civil, visto que está em dissonância ao princípio da igualdade e dignidade humana, contrariando a interpretação civil-constitucional através da diferenciação dos efeitos jurídicos das entidades familiares e conclamando retrocesso social aos direitos sucessórios do companheiro.

Dessa forma, almeja-se por fim a equiparação da sucessão de todos os núcleos familiares de acordo com o preceituado no artigo 1829 do Código Civil, sendo adotado como regra geral para a união estável adulterina o regime da comunhão parcial de bens em analogia a união estável, seguindo os tramites do referido artigo, faz-se dois cálculos: o primeiro se refere a meação a depender do regime e a posterior sucessão dos bens concernentes a uma só relação conjugal e o segundo seria a triação dos bens adquiridos na constância das relações concomitantes e a consequente sucessão de 1/3 (um terço) restante, sendo que a concubina poderia suceder, caso houvesse sido adquiridos bens particulares no período de simultaneidade. Já os filhos, independentemente de serem provenientes da primeira ou segunda relação, participam dos dois cálculos, recebendo o mesmo quinhão, consoante ao estabelecido pela Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002.

Nesse compasso, resulta a necessária inserção do companheiro, seja da união estável comum ou adulterina, como herdeiro necessário, a fim de equalizar o sistema e construir um arcabouço protetivo uniforme para as diversas entidades familiares, fazendo jus ao renomado princípio da família moderna, qual seja: a pluralidade.

REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Ed. Renovar, 2003

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** São Paulo: Centauro, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Direito das Sucessões.** Volume 20. Organizador: Aristides Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Famílias.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 24, 2004.

NAMUR, Samir. **A Tutela das Famílias Simultâneas.** In: TEPEDINO, Gustavo e FAXHIN, Luiz Edson (organizadores). **Diálogos sobre Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo.** In: Ingo W. Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. **O Princípio da Solidariedade.** In: PEIXINHO, Manoel Messias, et al. **Os Princípios da Constituição de 1988, 2ª ed.,** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. **Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional.** In: **I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, 2006,** Rio de Janeiro. Vídeos Cepad. Rio de Janeiro: Cepad, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão N° 10472. Órgão Especial, Tribunal de Justiça do PR. Relator: Sérgio Arenhart. Julgado em: 04/12/2009. Disponível em: < <http://www.tjpr.jus.br/> >. Acesso em: 25 jun. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para Organização Jurídica da Família**. Curitiba: Tese Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, 2004.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO n° 397.762-8 / BA, Relator (a) Ministro Marco Aurélio, Data do Julgamento 03/06/2008, Data da Publicação/Fonte DJ 12/09/2008 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em julho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento N° 70024063547. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 12/09/2007. Disponível em: Acesso em: 25 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível N° 70027512763, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/05/2009.

SÃO PAULO. TJSP, Apelação n. 994.08.061243-8, Acórdão n. 4421651, Piracicaba, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, julgado em 07/04/2010, DJESP 22/04/2010.

STF. ADI n° 2065-0/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>> Acesso em: 26 jun. 2013. Julgado em 17/02/2011.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**, v. VII, São Paulo: Atlas, 2013.

