



Recebido em 17 fev. 2015.

Aceito em 30 abr. 2015.

O INJUSTIFICADO NÃO-RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

*Jessica Petrovich Henriques**

RESUMO: As famílias simultâneas sofrem um enorme, e injustificado, preconceito jurídico, pois, apesar de preencherem todos os requisitos atuais para serem consideradas famílias legítimas, a jurisprudência majoritária se nega a reconhecê-las. O presente trabalho irá apontar que tal postura jurisprudencial é juridicamente injustificável, bem como explanará os problemas causados pela supervalorização da monogamia, que não é princípio constitucional, mas que recebe status de primazia pela jurisprudência.

Palavras-chave: Famílias simultâneas. Constitucionalização do direito de família. Monogamia.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, tem-se um momento constitucional extremamente importante no Brasil; a Constituição Federal adquiriu não só inegável força normativa, como seus princípios assumiram posição de supremacia no ordenamento jurídico. É interpretação uníssona da doutrina de que todos os ramos do direito devem ser interpretados à luz da Constituição Federal.

A Constituição de 1988, ao ser promulgada, inseriu intensas e importantes mudanças em todo o ordenamento jurídico ao mudar seu cerne, que agora passou a ser o indivíduo e sua dignidade, através do princípio da dignidade da pessoa humana. Todos os ramos do nosso ordenamento passaram por um processo de constitucionalização, isto é, de adaptação da interpretação de suas normas para que passassem a estar em conformidade com os princípios, explícitos ou implícitos, presentes na Constituição.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 8º período.

Um dos princípios reconhecidos pela Constituição Federal, importante para o presente trabalho, foi o do *pluralismo familiar*, que, basicamente, passou a aceitar como unidades familiares não só aquelas constituídas pelo casamento, mas também as formadas por união estável e aquelas constituídas por quaisquer dos pais e seus descendentes; ademais, os Tribunais Superiores, impulsionados pelo princípio constitucional do pluralismo familiar, passaram a reconhecer outros tipos de famílias, como, por exemplo, as famílias anaparentais¹ e as famílias homoafetivas².

O alargamento do conceito de família inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal não foi inovação aleatória forçada, mas sim, algo provocado pela mudança social da acepção de família. O papel do Direito é ser reflexo daquilo que é realidade na sociedade em que está inserido em determinada época, por isso, o conceito jurídico de família também se transforma com as diversas mutações sociais, de modo a tentar tutelar todas as formas de organização familiar.

O Direito das famílias, atualmente, considera como requisitos principais para a formação de uma família a *afetividade*, a *estabilidade* e a *ostensividade*. Valorizando mais o indivíduo e a intenção do casal do que a formalidade, como ocorria em momentos passados do ordenamento.

As famílias simultâneas, entretanto, ainda sofrem não só com o preconceito social, mas também com o preconceito jurídico, uma vez que não são reconhecidas como entidades familiares, apesar de apresentarem todos os requisitos para que assim fossem.

O não-reconhecimento das famílias simultâneas provém, principalmente, da primazia dada pela doutrina e pela jurisprudência ao “princípio” da monogamia, meramente infraconstitucional, em detrimento dos princípios do *pluralismo familiar* e da *dignidade da pessoa humana*, consagrados pela Constituição Federal.

O presente artigo objetiva explicar a falta de justificativa jurídica para o não-reconhecimento das famílias simultâneas como entidades familiares, bem como apontar a problemática causada ao alçar algo como a monogamia à categoria de princípio supremo do Direito das famílias.

2 AS TRANSFORMAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família sofreu intensas modificações ao longo do tempo e, ainda nos dias de hoje, sofre transformações e amplificações de acordo com as realidades fáticas que a sociedade vai apresentando e desenvolvendo com a sua evolução.

Mudanças políticas e econômicas, as conquistas dos diversos movimentos sociais, a introdução de novos princípios ordenadores do sistema jurídico e as constantes mutações com-

1 STJ. REsp 159.851/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. j. 19.03.1998. DJ 22.06.1998.

2 STF. ADI 4277 e ADPF 132. Pleno. Rel. Min. Ayres Brito. j. 05.05.2011. DJ 14.10.2011.

portamentais, típicas da vida em sociedade, são fatores que influem diretamente na forma na qual os indivíduos escolhem se relacionar uns com os outros.

O papel do Direito é servir de reflexo das situações que ocorrem na sociedade em que está inserido. Ainda que acompanhe tais mudanças lentamente, a legislação e a jurisprudência de uma determinada época tendem a demonstrar o tipo comportamental das pessoas daquele período.

Far-se-á a um breve apanhado das modificações sofridas pelo conceito de família, legislativa e socialmente, bem como dos principais acontecimentos que as inspiraram.

2.1 O Código Civil 1916

O Código Civil de 1916 legitimava o casamento como única forma de constituição de família. O vínculo era indissolúvel e criava desigualdades entre seus membros, deixando clara a existência da hierarquia dentro da família. No tocante às relações extraconjugais e à prole oriunda dessas relações, os chamados, na época, de “filhos ilegítimos”, observa-se que as referências do Código Civil eram todas no sentido de exclusão e discriminação.

Dias (2013, p. 30), sobre as referências do Código Civil de 1916 às relações extraconjugais, ensina serem sempre “punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa de preservação do casamento”, isto é, o Código Civil de 1916, que ainda possuía considerável influência do Direito Canônico, no intuito de forçar um comportamento moralmente cristão na sociedade, não definia nenhum direito àquelas relações extraconjugais ou à prole delas decorrentes, reforçando a ideia da monogamia – ainda que meramente voltada ao “exterior”, uma monogamia de aparência.

Tínhamos, portanto, à época, uma legislação que representava uma família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal, patrimonializada, monogâmica, heterossexual, com base na incapacidade civil mulher e na completa imoralidade e reprovação do concubinato.

Sobre a indissolubilidade do casamento, diz-se que “tal manutenção do vínculo conjugal interessava não só à Igreja, mas também ao Estado, que considerava a manutenção da sociedade marital necessária para consolidar as relações sociais” (MACHADO, 2012, p. 72); o que deixa claro que a separação entre Estado e Igreja ocorreu teoricamente, mas não de fato; muito do direito canônico mantinha-se na legislação que regia a vida da sociedade – situação que se estende até os dias de hoje.

Nesse sentido, Machado (2012, p. 72-73), novamente, com muita propriedade, explica que “mesmo a legislação brasileira atual continua impregnada pelas concepções religiosas e interferência do Direito canônico, que traz consigo uma moral sexual dita “civilizatória”, por tal razão é que durante todo o período de vigência do código de 1916 – e por considerável período de tempo de vigência do atual código civil de 2002 – ainda tínhamos como única família reconhecida juridicamente aquela formada através do casamento.

Socialmente, o casamento, àquela época, servia como forma de concretização de interesses patrimonialistas e de aparência, de status social. A família era uma *instituição*, protegida

em sua forma, mas sem qualquer maior preocupação com seus membros.

2.2 O Código Civil 2002

A dinamicidade intrínseca à sociedade fez com que, aos poucos, houvesse importantes mudanças normativas no que diz respeito ao Direito das famílias. As mudanças sociais ocorridas mundialmente, nas décadas de 60 e 70 – ilustra-se com o advento e popularização da pílula contraceptiva, a crescente emancipação feminina e os movimentos pela liberação sexual – provocaram uma necessidade de modificação legislativa. Nesse contexto de mudanças sociais e crescente globalização, Dias (2013, p. 29) explica que “a sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de oxigenação das leis.”

No Brasil, em 1962, a mulher emancipou-se de seu marido, com o Estatuto da Mulher Casada, que garantia a plena capacidade civil da mulher, que a partir daí não mais estava – juridicamente, ao menos – subjugada à vontade de seu marido.

Em 1977, ocorreu importante afastamento dos dogmas da Igreja e dos ensinamentos do Direito canônico no que se refere à indissolubilidade do casamento. Em decorrência das mudanças sociais, com a existência de diversos casais separados de fato e que não encontravam no Direito o reflexo dessas transformações, foram editadas a Emenda Constitucional de nº 9 e a Lei 6. 515, que regulamentavam o divórcio.

O Código Civil atual, apesar de ter entrado em vigor em 2003, tem projeto que data de 1975, anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo um turbilhão de mudanças para todo o sistema jurídico, mudando o foco do ordenamento e trazendo uma nova gama de princípios com força normativa e eficácia horizontal. Assim, diz-se que o Novo Código Civil já estava, em sua feitura, antiquado.

Neste sentido, foram feitas adaptações aos princípios constitucionais em forma de emendas, que, não raras vezes, modificaram o código superficialmente, mas não em sua essência, tornando-o uma grande colcha de retalhos, que possui, ainda nos dias atuais, dispositivos que não coadunam com as normas constitucionais.

Entre esse período, com o advento da pílula contraceptiva, deu-se à mulher o poder tanto de escolha, como de controle quanto à concepção, enfraquecendo, assim, não só o outrora absoluto poder patriarcal, como também a antes necessária ligação entre casamento e reprodução. Iniciou-se, então, um fenômeno social de autonomia entre o casamento, a reprodução e a expressão da sexualidade e da afetividade, podendo todos esses elementos misturarem-se em um relacionamento ou não.

Dessa forma, a expressão da sexualidade passou a ser bem mais clara e livre, aumentando o número de pessoas que, publicamente, viviam sua sexualidade em seus mais amplos arranjos, ainda que o código civil não tivesse – ou tenha – elementos suficientes para servir de reflexo dessa sociedade atual.

Com propriedade, Dias (2013, p. 31) assinala sobre o atual diploma civil que “inúmeros remendos foram feitos [ao projeto de 1975], o que, ainda assim, não deixou o texto com a atua-

lidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje”, e, por essa falta de harmonia do Código Civil de 2002 com a sociedade, e também com a Carta Magna, que podemos dizer que “após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família” (FACHIN citado por DIAS, 2013, p. 30).

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e sua proteção à organização familiar plural em seu art. 226, §3º §4º, houve um despertar dos entes ocupantes de um espaço comum – não propriamente físico – para o autoconhecimento como integrantes de uma unidade familiar; em antagonismo à família instituição; aqui a família é *instrumento* para a realização de seus membros.

Da mesma forma, foi igualmente importante para o paulatino respeito do direito à autonomia do indivíduo à sua liberdade de autodeterminação, apesar de, nesse quesito, seja ainda tímido e insuficiente.

Após tantas mudanças no conceito de família, sua acepção hodiernamente tende, cada vez mais, a focar no respeito à autodeterminação de seus membros, objetivando a promoção – e proteção – da realização de cada indivíduo participante da entidade familiar.

3.1 A Constitucionalização do Direito Civil

A Constituição Federal de 1988 veio trazendo profundas e significativas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, ao ponto que mudou completamente o foco de todo o sistema jurídico vigente. O indivíduo, sua dignidade e a primazia pela concretização dos direitos fundamentais se torna base indispensável para a aplicação de toda e qualquer norma.

Presentemente, as normas constitucionais são ponto de início da interpretação de todas as normas da legislação infraconstitucional; é inaceitável e anacrônico que não se observe o ordenamento jurídico como um sistema, que deve ser analisado harmonicamente com os princípios defendidos pela Constituição Federal.

3.1.1 A interpretação conforme a Constituição

Esse método de interpretação decorre da hierarquia das normas de um ordenamento jurídico, admitindo possuir a Constituição Federal de 1988 uma hierarquia superior às outras, sendo, assim, inadmissível que se adote uma postura baseando-se em legislação infraconstitucional se tal postura for contrária às regras e princípios que constam na Constituição Federal de 1988.

Nas precisas palavras de Herzog-Schick enfatizadas por Bonavides, a interpretação conforme “em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um

princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição” (BONAVIDES, 2004, p. 518).

Essa forma de interpretação decorre da ideia de que uma norma pode ter diversas interpretações; entretanto, o intérprete que prime pela Constituição e pela sua concretização, deve sempre escolher a interpretação que mais se coadune com as normas previstas pela Carta Magna.

3.1.2. O reconhecimento de novas formas de família

Explicitamente, o já citado art. 226 da Constituição Federal reconhece a união estável e a família monoparental como entidades familiares, sem qualquer forma de hierarquia entre essas e as famílias formadas por casamento.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência vêm considerando esse rol presente no mencionado artigo como *numerus apertus*, isto é, como um rol exemplificativo, não exaustivo, não taxativo.

Considerando que a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer plurais formas de constituir famílias, auxiliou a concretização de direitos fundamentais e de princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como o da dignidade da pessoa humana, aplica-se uma interpretação ampliativa do artigo constitucional e uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 ao Código Civil, culminando na possibilidade de reconhecimento de outras formas de organização familiar, que, caso fossem excluídas do ordenamento, tenderiam a uma violação aos direitos dos membros daquela entidade familiar marginalizada, culminando numa afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Temos que, com a constitucionalização do Direito Civil, através da necessária interpretação constitucional, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo das famílias passaram a ser parâmetro para a reinterpretação do Código Civil, de modo a respeitar, reconhecer e tutelar as novas formas de organização familiar.

Utilizando-se do método de interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, bem como de formas de interpretação e aplicação idôneas para a efetiva concretização dos princípios constitucionais, permitiu-se o reconhecimento de diversos outros modelos familiares, tais como: as famílias homoafetiva, as famílias anaparentais e as famílias pluriparentais³.

As famílias simultâneas, entretanto, ainda são marginalizadas pela maioria da jurisprudência e não são reconhecidas como entidades familiares, apesar de preencherem todos os requisitos de uma família, tais como:

- (i) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do intuito econômico e escopo indiscutível de constituição de uma família; (ii) a

3 STJ. REsp 159.851/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. j. 19.03.1998. DJ 22.06.1998.

STF. ADI 4277 e ADPF 132. Pleno. Rel. Min. Ayres Brito. j. 05.05.2011. DJ 14.10.2011.

TJ/SP. APL 64222620118260286. Primeira Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. j. 14.08.2012. DJ 14.08.2012.

estabilidade, o que exclui relacionamentos casuais, episódicos ou descompromissados, sem comunhão de vida; e (iii) a convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que assim se apresenta publicamente. (VECCHIATTI; MARTA, 2007 citado por FIGUEIREDO; MASCARENHAS, 2012, p.10).

O principal argumento para o não-reconhecimento das famílias simultâneas como entidades familiares é a supremacia do “princípio” da monogamia, defendido em detrimento da dignidade da pessoa humana de cada um dos membros da família, bem como do princípio da pluralidade familiar. Trataremos da problemática de a monogamia ser alçada à categoria de princípio em capítulo próprio.

4 O “PRINCÍPIO” DA MONOGAMIA

A monogamia é ponto de intensa discussão doutrinária, principalmente acerca de sua natureza ou não de princípio. Indubitavelmente, não se trata de princípio constitucional, haja vista que a Constituição Federal de 1988 não fez nenhuma menção à monogamia; e, ademais, adotou posturas em suas normas que são *contrárias* ao que prega a monogamia, como, por exemplo, a vedação de tratamento diferencial entre filhos oriundos de relações matrimoniais e filhos frutos de relações adulterinas; ora, se objetivasse dar primazia à monogamia nas relações interpessoais, não faria sentido dar tratamento de igualdade às proles frutos de relações paralelas.

Sendo apenas citada em legislação infraconstitucional, a monogamia é defendida não apenas como princípio, mas como princípio dotado de primazia por doutrinadores e, principalmente, pela jurisprudência⁴. Observemos:

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

4 STJ. REsp 1157273/RN. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 18.05.2010. DJ 07.06.2010

Na doutrina, um dos maiores nomes defensores da monogamia como princípio é Rogério Cunha Pereira, que a considera “ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais” (PEREIRA citado por FRISON, 2012, p. 88).

Tanto doutrina como jurisprudência pró-supremacia da monogamia a defendem com as bases supracitadas, como sendo “elemento estrutural” da sociedade e “elemento moral” das relações conjugais. Não demonstram, entretanto, quais as bases fáticas e jurídicas para alçar a monogamia a tal nível.

Socialmente, já foi discutida, com a conquista da autonomia entre afeto, casamento, reprodução e sexualidade, a sociedade passou a organizar suas relações de formas distintas, com objetivos distintos; e o Direito passou a proteger não mais a família-instituição, mas a família-instrumento, aquela que serve como *meio* de realização dos interesses e desejos daqueles que dela fazem parte.

A descriminalização do adultério – que se consubstancia em grave violação à aceção de fidelidade utilizada por doutrina e jurisprudência – é um dos fatos que comprova que a sociedade atual não mais vê a monogamia com tanta sacralidade e importância como a maioria dos operadores do direito.

No mesmo sentido, a falta de consequências jurídicas para o descumprimento dos denominados “deveres do casamento” serve de comprovação de que, atualmente, apesar de termos o relacionamento monogâmico como o mais usual entre as pessoas, a sociedade não mais clama pela sua defesa prioritária.

No tocante à função de “elemento moral” da monogamia, entendemos que o direito não deve ser palco de defesa de teses *unicamente* morais, já que o conceito do que é moral ou não, é extremamente amplo, mutável e plurifacetado; sendo assim não-razoável punir ou negar direitos a alguém com base unicamente em algo moral, cujo conceito não se consegue delimitar. Ademais, usar o direito como instrumento para a defesa da moralidade já foi causa de inúmeras injustiças – ilustramos com os recentes casos das uniões homoafetivas e das uniões estáveis, que, até recentemente, eram marginalizadas pelo direito com diversos argumentos que perpassavam a esfera da “moral” e da supremacia da monogamia. Nesse diapasão:

Acredita-se que a inclusão do concubinato no conceito de entidade familiar produzindo efeitos jurídicos destruiria a lógica do sistema monogâmico e acabaria gerando grande instabilidade nas relações familiares, incentivando a proliferação das relações concubinárias. Esse era o mesmo argumento anteriormente utilizado para não permitir efeitos jurídicos à união estável. (FERRAZ, 2008, p. 16)

Por fim, devemos ressaltar que a monogamia *não é* princípio constitucional e, como tal, não deve ter primazia quando colidir com princípios que foram consagrados pela nossa Constituição Federal, como o do pluralismo familiar e o da dignidade da pessoa humana. No momento constitucional em que estamos inseridos é impensável que se prefira uma regra infraconstitucional, que, não raro, fere a dignidade da pessoa humana, que tem clara raiz cristã, além

de não refletir as necessidades da sociedade moderna, a um princípio de status constitucional.

4.1 Breve relato acerca das origens religiosas da monogamia

No ano de 1234, a Igreja Católica encarregou Raimundo de Peñafort da organização e compilação das leis canônicas nas *Decretales Extra Decretum Gratiani Vacantes*, documento no qual “o casamento tornou-se algo sagrado, principal requisito da coesão familiar, o matrimônio foi elevado à instituição divina como um dos sacramentos, tendo, ao mesmo tempo, natureza contratual (...) e de indissolubilidade do vínculo (...)”. (FACHIN citado por MACHADO, 2012, p. 60).

A Igreja, desse modo, absorveu para si a competência de regulamentação do matrimônio. Ademais, criou o Concílio de Trento, que, com seus decretos, teve vultosa importância nos países católicos, especialmente em Portugal, que “foi um dos primeiros países a adotar e integrar no corpo legislativo nacional os decretos conciliares, confirmados em 26 de janeiro de 1564 pelo Papa Pio V (...)” (SILVA, 1990, p.1), havendo, portanto, a aplicação desses decretos conciliares em todo o território do país.

Fica extremamente clara a influência da Igreja no que diz respeito ao casamento, em suas formas e configuração, especialmente nas ideias de indissolubilidade do vínculo e da monogamia.

É inegável, portanto, a origem cristã do princípio da monogamia, que foi inserida no território brasileiro com a chegada de Portugal. Apesar, portanto, de ter-se tornado o modelo mais usual de forma organizacional de relacionamentos, é preocupante permitir que um país laico negue direitos a parte de seus cidadãos tendo como base um princípio religioso, como demonstraremos a seguir.

4.2 A entrada e permanência da monogamia no Brasil

Fazer um apanhado histórico acerca da evolução de qualquer ramo do Direito no Brasil exige que tratemos do Direito Português, ao menos até o momento em que passamos a ter legislação própria – essa, amplamente influenciada pelas normas portuguesas, como se verá a seguir.

É mister que se tenha um contexto da realidade brasileira pré-chegada dos exploradores portugueses e da conseqüente colonização, para que se tenha ideia de como a colonização suplantou os costumes vigentes e implantou os seus próprios – inundados de institutos e costumes cristãos, uma vez que Portugal era, à época, um país extremamente católico e que possuía em sua legislação pátria vários decretos oriundos do Concílio de Trento, organizado pela Igreja Católica.

Pois bem, o Brasil anterior à chegada dos portugueses era constituído basicamente de tribos diversas. Ponto comum dessas tribos era sua forma de organização; dava-se por comunidades, obedientes a um chefe determinado e com economia baseada no escambo e na subsistência. No tocante à união de duas pessoas, observa-se, dava-se de maneira muito simples,

assim como para separação dessa união, bastava a declaração de vontade de ambas as partes. Era aceita a poligamia e, em algumas tribos, também a poliandria. Nesse diapasão:

Antes do casamento, em muitas tribos não havia a concepção de virgindade, entretanto, depois de realizado, a fidelidade da mulher era mais cobrada que a do homem. Casar-se era tão simples quanto divorciar-se: após a declaração de ambas as partes estava feito. A poligamia era permitida e o homem com mais de uma esposa tinha seu prestígio reforçado. (...) Mas a poliandria também existia em algumas tribos (...) principalmente as matrilineares, havia a possibilidade de uma mulher ter vários maridos. (CASTRO citado por MACHADO, 2012, p. 66)

A ideia de fidelidade era, portanto, distinta da ideia cristã, que é a aceção utilizada pela maior parte dos juristas ainda nos dias de hoje – que parte do princípio da monogamia – sendo assim, o comprometimento de nenhuma das partes ter relações afetivo-sexuais com outrem. Diferentemente, a fidelidade se baseava no dever de não relacionar-se intimamente com pessoas distintas daquelas com que se tinha um compromisso. Assim, se casado apenas com uma pessoa, o indivíduo não deveria relacionar-se intimamente com mais ninguém; porém, caso a situação fosse de poligamia ou poliandria, esse dever era de não manter contato íntimo com pessoas que não aquelas com a qual se era casado.

Foi nesse contexto que ocorreu a chegada dos exploradores de Portugal para iniciar a colonização do Brasil. Através da influência das Ordenações Filipinas na população local e com a intensificação da presença dos portugueses em condição hierárquica superior aos colonos e a forte presença pessoal e de costumes da metrópole – com a transferência da Corte portuguesa para o Brasil com Dom João – pode-se dizer que “foi uma vontade monolítica imposta que formou as bases culturais e jurídicas do Brasil colônia” (WOLKMER citado por MACHADO, 2012, p. 66).

Os ideais cristãos nos quais se baseava a cultura portuguesa foram inteiramente forçados em território brasileiro aos colonos e aos escravos trazidos como mão-de-obra. Aos escravos era negado o casamento, mas era imposta a religião católica. A família da época era rural, hierarquizada, patrimonializada e patriarcal; ademais, havia forte conexão entre o casamento e a procriação.

À época da Revolução Industrial, a Europa começou a passar por um momento de transformação, que teve grandes impactos na estrutura familiar – que seriam refletidos no Brasil, posteriormente. A família que antes era hierárquica, com o pai como uma figura de autoridade absoluta e como único provedor, perdia espaço para um novo arranjo; mulheres e crianças começaram a trabalhar nas fábricas, tirando a exclusividade de prover da figura paterna, a mulher e os filhos passavam a ter mais direitos dentro do núcleo familiar. Entretanto, permanece a ideia da monogamia como única forma de organização possível, ainda que dessa forma ocorra apenas formalmente, uma vez que a realidade fática nos mostra que arranjos que fogem dos moldes monogâmicos – com ou sem o consentimento do companheiro – não são raros.

É no contexto de término da Revolução Industrial que o Brasil se torna independente

de Portugal, em 1822, e inicia o processo de elaboração da sua Constituição, autorizada por D. Pedro I; até sua outorga, o conjunto normativo português continuou a ser aplicado no território nacional.

Em 1861, através do Decreto nº 1.144, a hegemonia da Igreja Católica começou a ser relativizada com o reconhecimento do casamento realizado por autoridades de religiões diversas da católica. Essas religiões necessitavam, entretanto, ser “toleradas” pelo Estado, que era católico.

Apenas após a Proclamação da República, em 1889, o casamento civil passou a existir, através do Decreto nº. 181/90. Isso porque a Proclamação da República foi um marco na separação da Igreja e do Estado, ao menos teoricamente.

Mesmo após a separação formal entre o Estado e a Igreja, os ideais cristãos continuam sendo mantidos pelos operadores do Direito e pela legislação infraconstitucional. Os valores que foram inicialmente forçados sobre a população brasileira, passaram a servir como o “padrão” do qual qualquer conduta desviante é jogada à marginalidade. A monogamia é um desses valores e ainda hoje permanece na jurisprudência brasileira como absoluta, ainda que nossa Constituição Federal atual não tenha dado nenhum vestígio de reconhecimento da superioridade de tal forma de organização de relacionamentos.

4.3 A insustentabilidade e inconstitucionalidade da imposição da monogamia

Muito da argumentação a favor da manutenção e primazia do “princípio” da monogamia como padrão imposto a todos os cidadãos advém da esfera moral.

Esse argumento é dotado de considerável ingenuidade, discriminação e de autoritária violação aos direitos fundamentais.

A ingenuidade do argumento decorre da defesa de que, ao negar tutela específica e adequada ao concubinato, estar-se-ia agindo em defesa da estabilidade familiar – como se a negação ao reconhecimento de legitimidade, alguma vez, tenha servido como freio para que o ser humano não haja de determinada maneira; ilustra-se com o adultério, que até 2005 constava em nosso ordenamento como crime tipificado, fato que não impedia as pessoas de serem infiéis aos seus companheiros; ou ainda a indissolubilidade do casamento, que não impediu diversos casais de, uma vez desejando, separarem-se de fato.

Em suma, o Direito, ao escolher não tutelar alguma conduta humana – principalmente aquelas relacionadas com as esferas mais íntimas do indivíduo – objetivando coibir sua prática, não só falha miseravelmente, como causa injustiças a todo um grupo de pessoas fadadas a viver na ilegitimidade.

A discriminação do argumento de manutenção da monogamia como única forma aceitável está em negar direitos fundamentais a determinada forma de organização familiar que possui todos os requisitos para que seja reconhecida como entidade familiar; tenta restringir o princípio constitucional do pluralismo familiar, em benefício de uma regra citada apenas na legislação infraconstitucional e com claras origens religiosas. Nesse sentido, Ferraz argumenta:

Não é justo reconhecer o princípio do pluralismo constitucional, ampliando o conceito de entidade familiar desde que preenchidos certos requisitos para uns e negar para outros baseado apenas em um juízo moral de valoração, visto que infringiria o princípio da igualdade. Na maioria dos casos concretos levados ao Judiciário, as relações concubinárias preenchem os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, merecendo, portanto, proteção jurídica como entidade familiar. (2008, p. 11).

O autoritarismo de apenas tutelar uniões monogâmicas se funda na intromissão estatal na esfera mais íntima dos indivíduos e na imposição de um modelo pré-determinado e único de organização familiar.

Dias (2013, p. 30) explica que “talvez não existam mais razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas”, ou seja, o interesse estatal na proteção da família não pode ser abusivo ao ponto de invadir a privacidade do casal, pois (i) sendo a relação simultânea *desconhecida* pelo outro parceiro, o Estado estará sendo incoerente em seu objetivo, uma vez que, se a ideia é a proteção da família – e sendo a família atualmente conceituada através da afetividade – estará marginalizando uma família em benefício da outra por mero formalismo, isto é, a família que foi apresentada ao Estado primeiro é digna de toda proteção, enquanto à outra resta, no máximo, a ficção jurídica da “sociedade de fato” e o preconceito; (ii) sendo a relação simultânea *conhecida e consentida* pelo outro parceiro, a postura do Estado é ainda mais esquizofrênica, já que tenta impedir que as pessoas sejam livres para expressar sua sexualidade, negando às pessoas que se identificam como poliamorosas, às pessoas que possuem relacionamentos abertos e às pessoas cujas crenças permitem a poligamia e poliandria, o direito de ter suas relações interpessoais legitimadas simplesmente por ter adotado a monogamia como padrão. Nesse sentido, Gagliano:

Com isso, no entanto, não se conclua que, posto a monogamia seja uma nota característica do nosso sistema, a fidelidade traduza um padrão valorativo absoluto. O Estado, à luz do princípio da intervenção mínima no Direito de Família, não poderia, sob nenhum pretexto, impor, coercitivamente, a todos os casais, a estrita observância da fidelidade recíproca. (2010, p. 443)

Por fim, o argumento de negação das famílias simultâneas em benefício da monogamia é legitimador da violência aos direitos fundamentais da família não-tutelada, pois essa, além de sofrer violação à sua dignidade por ter que viver em uma entidade familiar marginalizada pelo Direito, ainda permite que o companheiro que tem a relação simultânea – geralmente o homem – saia de tal relacionamento sem que haja o dever de prestar auxílio àquele núcleo já hipossuficiente, por não ter status de família.

O Direito, portanto, legitima que o companheiro abandonado fique sem direito à sucessão, à meação, a alimentos, e outros tantos direitos que são negados a um núcleo familiar

que já era fragilizado em comparação aos outros que o ordenamento e a jurisprudência acham por bem tutelar.

Ao combater a ideia de que a negação de reconhecimento às famílias simultâneas coíbe sua prática, Ferraz aponta que a legitimação não traria estímulo à prática, mas o contrário:

Ao contrário do que pregam, se forem reconhecidos direitos ao concubinato, não haverá estímulo, mas sim mais responsabilidade na formação de famílias paralelas. Isso poderia coibir muitos homens, já que pensariam em uma futura divisão patrimonial com a concubina. (FERRAZ, 2008, p. 17).

5 A INOCUIDADE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES SIMULTÂNEAS

Ao contrário da adoção da monogamia como padrão imposto pelo Estado, que, como discutimos anteriormente, legitima os mais variados prejuízos às pessoas envolvidas em relações não-monogâmicas, tem-se que ao reconhecer a possibilidade das uniões simultâneas – e, conseqüentemente, ao deixar de defender a monogamia como princípio dotado de primazia – as conseqüências diretas e indiretas são inócuas, não causam danos ou prejuízos a nenhum dos envolvidos, ao contrário, traz benefícios à sociedade em geral.

É uníssono na doutrina atual o reconhecimento que o Estado, em sua ânsia de proteção da família, acaba, por muitas vezes, adentrando de forma exagerada na esfera íntima e na liberdade dos indivíduos, não raro sufocando a autonomia privada para a formação e organização das famílias. Nesse sentido, Pereira (citado por Dias, 2013, p.29), ensina “é preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do “ser” sujeito”; ainda, no mesmo sentido, Dias retoma com muita propriedade questionando que “talvez não existam mais razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas”.

É imprescindível, portanto, que o Estado recue em suas imposições e controle de modo a permitir que as pessoas possam, de fato, viver em suas esferas íntimas com liberdade; devendo o direito preocupar-se não em oferecer modelos e padrões pré-definidos por dogmas cristãos, mas proteger e garantir a dignidade da pessoa humana de cada um dos membros das mais variadas formas de família. Pois, na lição de Dias (2013, p. 29), “ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de legitimidade para invadir a auréola da privacidade e de intimidade das pessoas.”

Defensor da superação da monogamia como princípio estruturante do direito das famílias, Silva (citado por FRISON, 2012, p. 35) afirma que “decretar o fim da monogamia como princípio jurídico é tornar as relações afetivas mais responsáveis”, isto é, ao retirar do Estado o papel de decidir qual a forma de organização possível para a constituição de uma família, dá-se ao casal a liberdade e a autonomia para determinar qual a forma de organização familiar que

melhor vai de encontro com seus interesses.

Ainda sobre as vantagens de colocar mais responsabilidade às relações afetivas, temos que, como muito bem apontado por Ferraz (2008, p.17), “ao contrário do que pregam, se forem reconhecidos direitos ao concubinato, não haverá estímulo, mas sim mais responsabilidade na formação de famílias paralelas”, isto porque, nos dias atuais, a pessoa que escolhe iniciar uma união paralela, geralmente o homem, sabe que, quando houver a dissolução dessa união, não haverá maiores consequências para ele, pois, ainda que tal relação tenha gerado prole; de acordo com a jurisprudência majoritária, será reconhecida, no máximo, uma “sociedade de fato” que traz consequências patrimoniais muito inferiores do que o reconhecimento de uma unidade familiar, além de ser meramente uma ficção jurídica, uma vez que não se trata de relação obrigacional, mas de relação afetiva. Nesse diapasão:

É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. (VILLELA citado por DIAS, 2013, p. 42)

Portanto, ao reconhecer as uniões simultâneas como unidades familiares, traz-se uma maior responsabilidade para o indivíduo que decide iniciar uma relação paralela, haja vista que as consequências se alargam.

No que tange ao patrimônio, autores dão diferentes soluções para divisão patrimonial, uma vez cessada uma das relações simultâneas. Dias (2013, p. 51) acredita que se deve preservar a meação da esposa – já que geralmente as relações simultâneas são firmadas pelos homens; ou seja, a parte do patrimônio que representa a meação da esposa se torna bem reservado e não se comunica com a divisão do patrimônio entre o marido e a companheira da relação simultânea. Separada a meação da esposa, faz-se a meação do restante do patrimônio entre o marido e sua companheira.

Outra parte da doutrina, entretanto, defende que faz parte dos riscos de firmar relacionamento com alguém a possibilidade de que o seu companheiro não cumpra com o dever de fidelidade; não fazendo sentido a existência de um “seguro” ao cônjuge traído, por isso, a divisão do patrimônio dar-se-ia por *triação*, ou seja, o patrimônio seria dividido em três partes, ficando um terço para cada um dos envolvidos.

Portanto, ao reconhecer a possibilidade das famílias simultâneas, o direito estaria dando mais um passo no sentido da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que estaria tirando da posição de hipossuficiência os núcleos familiares simultâneos, igualando-os às unidades familiares já reconhecidas. Ademais, com tal reconhecimento, dar-se-ia ao indivíduo mais liberdade de viver sua vida íntima como melhor lhe aprouver, sem a limitação do seu direito de escolha pelo Estado. E, por fim, haveria melhor adequação do país com seu status de laico, além de maior força à Constituição, que faria valer seus princípios em

detrimento de regras desarmônicas infraconstitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito, como produto social, sofre diversas influências provenientes de variadas fontes que acabam por modificar a sociedade; assim, a dinamicidade da sociedade força as normas e as formas de interpretação do Direito a se adequarem à realidade social.

O conceito de família é um dos temas que mais sofre mutação com as modificações sociais, especialmente por se tratar de algo tão caro e íntimo do indivíduo, e, ao mesmo tempo, tão complexo e com tantos reflexos jurídicos. Passou-se da família-instituição, protegida pelo Estado e pela Igreja, formada unicamente pelo casamento, para a família-instrumento, onde o foco é em seus membros e na realização dos interesses e desejos desses indivíduos dentro de suas famílias.

A essência da formação da família não é mais o formalismo e a religião, mas o afeto. A Constituição de 1988 consagrou o princípio do pluralismo familiar, de modo que, hodiernamente, se aceita diversas formas de organização familiar, sem que haja qualquer tipo de hierarquia entre essas novas unidades familiares e aquelas formadas pelo casamento.

A constitucionalização do direito permitiu que diversas famílias saíssem da “ilegitimidade” e passassem a contar com o reconhecimento de entidades familiares, bem como com todos os direitos provenientes dessa legitimação.

As famílias simultâneas, ou “concubinatos adulterinos” como os tribunais costumam chama-las, ainda não foram reconhecidas como entidades familiares, apesar de preencherem todos os requisitos atuais para que lhes fossem dadas o status de família.

Esse não-reconhecimento das famílias simultâneas não possui justificativa jurídica válida, uma vez que decorre, principalmente, de uma supervalorização dada à monogamia, que é alçada à categoria de princípio constitucional, um absurdo jurídico, uma vez que não só a Constituição Federal de 1988 não citou a monogamia em nenhum artigo, como adotou posturas que ignoram completamente tal forma de organização, como, por exemplo, com a possibilidade de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

É inaceitável e inconstitucional que, em um Estado democrático e laico, haja a negação de tutela jurídica específica e adequada a toda uma parcela de seus cidadãos em benefício da preservação de uma regra infraconstitucional anacrônica e com fortes raízes no cristianismo. Ademais, é igualmente inaceitável que princípios constitucionais não sejam aplicados em detrimento de uma regra infraconstitucional, que não contou com a consagração explícita ou implícita da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Os métodos de interpretação constitucional da nova hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRISON, Mayra Figueiredo. **O pluralismo familiar e a mutação constante do formato de família**: A constitucionalização do direito civil e dimensões do concubinato na promoção da dignidade da pessoa humana. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Minas Gerais, 2012.

MACHADO, Milena Furghestti. **A nova principiologia constitucional do direito das famílias**: Do clã primitivo à (re)construção das relações familiares contemporâneas. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012.

FERRAZ, Paula Carvalho. **O Concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional**. 2008. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20O%20Concubinato%20e%20uma%20perspectiva%20de%20inclus%C3%A3o%20constitconstit.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2014.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Fabiana Alves. A Abertura do Conceito de Família no Direito Brasileiro: Da Família Matrimonializada à Proteção dos Arranjos Familiares Plurais. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM SOCIAIS E HUMANIDADES**. 1., 2012, Niterói. Anais. Niterói: Coninter, 2012. p. 1 - 20.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) Amante: na teoria e na prática (dos Tribunais), In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (coord.). **Afeto e Estrutura Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SILVA, Amélia Maria Polónia da. Recepção do Concílio de Trento em Portugal: As normas enviadas pelo Cardeal D. Henrique aos Bispos do Reino, em 1553. **Revista da Faculdade de Letras**, Porto, v. 2, n. 2, p.133-143, 1990. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/2228.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

THE UNJUSTIFIABLE NON-RECOGNITION OF SIMULTANEOUS FAMILIES: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS

ABSTRACT: Simultaneous families suffer a huge, and unjustifiable, juridical prejudice, since although they fulfill all the requirements to be considered legitimate families, the majority jurisprudence denies to acknowledge them. This work will point out that this jurisprudential stance it's juridically unjustifiable, as well as it will explain the problems caused by the overvaluation of monogamy, which is not an constitutional principle, although the jurisprudence gives it a primacy status.

Keywords: Simultaneous families. Constitutionalization of family law. Monogamy.