

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA
BIANCA CAMILE DOS SANTOS FILLA

**O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E O RECONHECIMENTO DE NOVOS ARRANJOS
FAMILIARES PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: AS FAMÍLIAS
SIMULTÂNEAS.**

CURITIBA
2018

BIANCA CAMILE DOS SANTOS FILLA

**O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E O RECONHECIMENTO DE NOVOS ARRANJOS
FAMILIARES PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: AS FAMÍLIAS
SIMULTÂNEAS.**

Dissertação apresentada como requisito parcial a
obtenção do título de mestre, Programa de Mestrado
em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro
Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

Linha de Pesquisa: Constituição e Condições Materiais
da Democracia

Área de Concentração: Direitos Fundamentais e
Democracia

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

Coorientadora: Prof. Dr.^a Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

BIANCA CAMILE DOS SANTOS FILLA

O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E O RECONHECIMENTO DE NOVOS ARRANJOS FAMILIARES PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS.

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de mestre, Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, no Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Prof^a Dr.^a Laura Jane Ribeiro Garbini Both
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

Prof. Dr. Marcos Alves da Silva
Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba.

Curitiba, 27 de fevereiro de 2018.

Dedico esse trabalho aos meus pais, Eluir e Elenir, que sempre me incentivaram a ir em busca dos meus sonhos. E dedico ao meu marido Fabricio, pela paciência, amor e apoio em todos os momentos, o que me possibilita perseverar a cada novo desafio.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, eu agradeço a Deus por ter me dado condições financeiras e mentais para a realização desse curso, que é um grande passo para a realização do meu sonho de ser professora. E agradeço principalmente pela sabedoria e perseverança que ele me proporcionou para passar por todas as dificuldades que surgiram no decorrer desses dois anos de curso.

Agradeço a minha mãe que é a minha grande inspiração, considerando que foi uma mãe excepcional, que nunca mediu esforços para me proporcionar o melhor, e sempre apoiou os meus estudos.

Agradeço ao meu pai, que sempre dedicou o seu tempo para me proporcionar a melhor educação. Agradeço também por ele estar sempre comigo, me incentivando a ir em busca dos meus objetivos.

Agradeço ao meu marido por toda paciência, compreensão, carinho e amor. Por estar comigo nos momentos de tristeza e de alegria, me proporcionando sempre apoio incondicional.

Agradeço a todos os professores do mestrado da Unibrasil, mas agradeço em especial ao professor Maliska, que muito além da orientação sempre transmitiu palavras de incentivo na busca constante pelo conhecimento, e a professora Rosalice pela sua coorientação, que me proporcionou grande aprendizado acadêmico.

A tua palavra é lâmpada que ilumina os meus passos e luz que clareia o meu caminho. (Salmos 119:105)

SUMÁRIO

RESUMO	i
ABSTRACT	ii
INTRODUÇÃO	1
1 – DO MONISMO AO PLURALISMO: DA PLURALIDADE DE FORMAS DE FAMÍLIA.....	5
1.1 O MONISMO JURÍDICO E O PLURALISMO JURÍDICO	5
1.1.1 Aspectos históricos antecessores ao surgimento do monismo	6
1.1.2 O monismo jurídico	11
1.1.3 A crise do monismo jurídico e o advento do pluralismo	18
1.2. O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E A ABERTURA DA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	24
1.2.1 Da abertura da ordem constitucional	25
1.2.2 A abertura da ordem constitucional e sua relação com o pluralismo	30
1.3. O PLURALISMO E SUA APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	34
1.3.1 O pluralismo familiar presente na Constituição Federal de 1988	35
1.3.2 O pluralismo conjugado com o princípio da igualdade.....	40
1.3.3 Da pluralidade de formas de família	45
2 – O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E A NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA	51
2.1. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA: DA PERSPECTIVA MONISTA À CONCEPÇÃO PLURALISTA.....	51
2.1.1 O conceito de família do Código Civil de 1916: reflexos do modelo monista.....	52
2.1.2 O pluralismo nas relações familiares: crise da concepção monista.....	57
2.2 REFLEXOS DO PLURALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	63

2.2.1 Uma ordem constitucional aberta pautada no princípio da afetividade.....	64
2.2.2 O princípio da dignidade humana: instrumento para o eudemonismo	69
2.3. PLURALISMO FAMILIAR: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NOS DIFERENTES MODELOS DE FAMÍLIA.....	75
2.3.1 As entidades familiares previstas no rol constitucional: família monoparental e união estável	76
2.3.2 Famílias homoafetivas: um novo modelo de entidade familiar	81
3 – O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	86
3.1 FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS	86
3.1.1 O que são famílias simultâneas?	87
3.1.2 Famílias simultâneas: um fato jurídico relevante para o direito	92
3.2. A DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS	97
3.2.1 Análise do posicionamento jurisprudencial contrário ao reconhecimento das famílias paralelas	98
3.2.2 Fundamentos jurisprudenciais favoráveis ao reconhecimento das famílias paralelas	105
3.3. DA RELAÇÃO SOCIAL AO RECONHECIMENTO JURÍDICO: AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB O VIÉS DO PLURALISMO.....	113
3.3.1 Da situação de fato ao reconhecimento jurídico: a importância do pluralismo ...	114
3.3.2 O reconhecimento jurídico das famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro sob o viés do pluralismo familiar.....	119
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	132

F484

Filla, Bianca Camile dos Santos

O princípio do pluralismo e o reconhecimento de novos arranjos familiares
Perante o ordenamento jurídico brasileiro: as famílias simultâneas. / Bianca
Camile dos Santos Filla. – Curitiba: UniBrasil, 2018.
140p.; 30 cm

Orientador: Marcos Augusto Maliska

Dissertação – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado
em Direitos Fundamentais e Democracia, 2018.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais. 3. Famílias simultâneas.
4. Famílias simultâneas – Pluralismo. I. Centro Universitário Autônomo do Brasil.
Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo trazer uma análise acerca do pluralismo e da possibilidade de reconhecimento de novas entidades familiares. Considerando que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de família foi amplamente modificado, de modo a abranger diferentes modelos de família. Assim, o texto constitucional passou a prever proteção não mais apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas também as entidades familiares constituídas pela união estável e pela monoparentalidade. Diante dessa nova perspectiva, parte da doutrina passou a afirmar que o rol constitucional presente no artigo 226 não é taxativo, pelo contrário, afirma-se que de acordo com a interpretação normativa é possível estender proteção a outros modelos de entidades familiares não previstos no texto constitucional. Nesses moldes, é que se encontram as denominadas famílias simultâneas, entidades familiares onde um homem possui mais de um núcleo familiar concomitantemente. Esse modelo de família paralela existe há muito tempo na sociedade brasileira, todavia, sua existência sempre foi negligenciada. Mas, atualmente esse quadro vem mudando, os membros pertencentes a essas famílias paralelas estão passando a requerer a tutela estatal, para solicitar a proteção de seus direitos, como é o caso das demandas nas quais se discute o pagamento de pensão por morte para a companheira e para a esposa, concomitantemente. Diante disso, parte da jurisprudência vem gradualmente apresentando fundamentos que viabilizam o reconhecimento dessas famílias dúplices, alegando que o princípio do pluralismo possibilita a abertura da Constituição e consequente ampliação interpretativa dos dispositivos constitucionais. O que viabiliza o reconhecimento de diferentes modelos de entidades familiares, visto que, se há afetividade, publicidade, continuidade, durabilidade e o objetivo de constituir família, o Estado deve reconhecer essas relações como núcleos familiares, considerando que os membros dessas famílias devem ter seus direitos fundamentais protegidos pelo Estado. No entanto, ainda há muito divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a essa matéria, o que ressalta a necessidade de discussão acerca da possibilidade de reconhecimento de novos modelos de entidades familiares não previstos constitucionalmente.

PALAVRAS CHAVE: Pluralismo. Abertura da ordem constitucional. Direitos fundamentais. Novos modelos de entidades familiares. Famílias simultâneas.

ABSTRACT

The present work aims to bring an analysis about pluralism and the possibility of recognition of new family entities. Considering that with the enactment of the Federal Constitution of 1988, the concept of family has been extensively modified to cover different family models. Thus, the constitutional text began to provide protection not only the families constituted by marriage, but also the family entities constituted by stable union and single parenthood. Faced with this new perspective, part of the doctrine came to affirm that the constitutional role present in article 226 is not exhaustive, on the contrary, it is affirmed that according to the normative interpretation it is possible to extend protection to other models of familiar entities not foreseen in the text constitutional. In this way, we find the so-called simultaneous families, familiar entities where a man has more than one family nucleus concomitantly. This parallel family model has long existed in Brazilian society, but its existence has always been neglected. But nowadays this situation has changed, the members belonging to these parallel families are now requiring state protection to request the protection of their rights, as is the case in the lawsuits in which the payment of death pension for the companion and for the wife, concomitantly. In light of this, part of the case law is gradually presenting grounds that enable the recognition of these two-fold families, arguing that the principle of pluralism makes possible the opening of the Constitution and consequent extension of the constitutional provisions. This makes it possible to recognize different models of family entities, since if affectivity, publicity, continuity, durability and the objective of constituting a family are recognized, the State should recognize these relationships as family nuclei, considering that the members of these families should have their rights protected by the State. However, there is still a great deal of doctrinal and jurisprudential divergence regarding this matter, which highlights the need for discussion about the possibility of recognizing new models of family entities not constitutionally foreseen.

KEYWORDS: Pluralism. Opening of the constitutional order. Fundamental rights. New models of family entities. Simultaneous families.

INTRODUÇÃO

A família brasileira está em constante transformação de suas características. A cada novo dia surge uma diferente situação fática sem respaldo legal requisitando tutela no Poder Judiciário. Essas situações requerem uma atuação diferenciada do jurisdicionado, pois hoje o interprete deve solucionar as demandas previstas normativamente na lei e também tutelar as demandas baseadas no direito vivo.

Diante disso, esse trabalho objetiva levantar apontamentos acerca da importância do princípio do pluralismo no ordenamento jurídico, considerando que é um princípio que está inerte a Constituição Federal de 1988 e que expande a possibilidade interpretativa dos dispositivos constitucionais. Tanto é verdade a referente afirmação, que se percebe hoje muito mais presente que antes, o princípio do pluralismo como um norte jurídico para a possibilidade de reconhecimento novos direitos, como é o caso do reconhecimento de outros modelos de entidade familiar, além dos previstos no rol constitucional.

O pluralismo é uma teoria do direito que está enraizada na multiplicidade de fontes de direito, e isso é constatado historicamente, pois a base do pluralismo advém da época medieval, onde diversos direitos coexistiam concomitantemente. Todavia, a teoria pluralista foi retomada apenas no final do século XX, momento em houve a superação do modelo monista. O pluralismo ganhou espaço no ordenamento jurídico novamente porque que a teoria monista não conseguia mais proporcionar respostas efetivas as novas demandas da sociedade contemporânea.

Nas últimas décadas a sociedade sofreu grandes transformações em um lapso muito curto de tempo, o que impossibilitou que o sistema jurídico evoluísse na mesma proporção. Com isso, surge a necessidade de se buscar outras alternativas, isto é, outros mecanismos jurídicos que satisfaçam e abranjam essa pluralidade cultural e social existente atualmente na sociedade contemporânea.

Diante disso, é que se destaca a relação existente entre o pluralismo e a abertura da ordem constitucional, posto que a sociedade ainda encontra-se em constante evolução, o que faz com que a Constituição precise se adaptar a essas mudanças e pressupõe a realização de uma nova interpretação acerca do texto constitucional vigente, de forma a ampliar os direitos. Sendo que o mais interessante acerca disso, é o fato de o jurisdicionado poder ampliar a interpretação dos

dispositivos constitucionais, sem haver de fato uma alteração material do texto normativo.

A Constituição Federal de 1988 traz um novo conceito de família em seu artigo 226, o que permite a ampliação de direitos através da interpretação a ser realizada pelo jurisdicionado diante do caso concreto. Assim, outras formas de família não previstas no texto normativo passaram a ser reconhecidas pelo Poder Judiciário e protegidas pelo direito, mesmo sem possuírem previsão legislativa.

Porém, essa mudança não ocorreu repentinamente. A família permaneceu por muito tempo sob a ideologia monista, onde prevalecia a crença de que a família poderia ser constituída apenas pelo casamento. Todavia, esse modelo foi superado e não mais corresponde a concepção de família presente na realidade da sociedade brasileira, pois a Constituição de 1988 prevê proteção as famílias constituídas pelo casamento, mas também as entidades familiares compostas pela união estável e pela monoparentalidade.

Diante disso, parte da doutrina passou a defender a possibilidade de reconhecimento de outras entidades familiares, afirmando que por mais que não conste no texto constitucional previsão expressa acerca de diferentes formas de família além das elencadas no rol constitucional, o Estado tem o dever de proteger todas as entidades familiares independentemente de previsão legislativa.

Esse dever estatal incide do fato de que atualmente acredita-se que toda família tem como elemento fundamental, o afeto, um mecanismo que conecta as pessoas, e transforma esse elo existente entre elas em algo maior. Um objetivo denominado eudemonismo, que significa a constante busca pela felicidade.

Sob essa perspectiva, é que se questiona a necessidade de haver um tratamento igualitário aos diferentes modelos de família. Pressupondo que se um determinado modelo de entidade familiar possui a incidência do afeto, da publicidade, da continuidade, da durabilidade e a intenção de constituir família ele deve ser reconhecido pelo Estado, assim como as entidades familiares previstas constitucionalmente.

Diante desse posicionamento pluralista, a família contemporânea vivencia um processo de transformação paradigmática, pelo qual se percebe um paulatino desenvolvimento das ferramentas jurídicas para o alcance de um objetivo maior, à realização existencial afetiva dos integrantes da família.

Nesse sentido, é que se questiona a possibilidade de reconhecimento das famílias simultâneas, situação em que um indivíduo possui dois núcleos afetivos concomitantemente, um casamento e uma união estável, ou duas uniões estáveis.

Fica notável durante o decorrer da pesquisa que esse modelo de entidade familiar denominado de família simultânea é um núcleo familiar que existe no seio da sociedade há muito tempo, e que essas relações geram inúmeros efeitos jurídicos. Todavia, apenas a partir do final do século XX, passou a haver no Poder Judiciário brasileiro um aumento das demandas requisitando o reconhecimento de situações envolvendo famílias paralelas.

Entretanto, não há ainda na doutrina e na jurisprudência, um consenso acerca desse tema. Por isso é necessário analisar em quais circunstâncias esse modelo de entidade familiar se assemelha e se diferencia dos núcleos familiares presentes no rol constitucional, para então analisar a possibilidade de reconhecimento das famílias simultâneas no ordenamento jurídico.

O que foi feito no presente trabalho através do método de pesquisa empírica, isto é, da análise de casos reais presentes em diversos julgados existentes na jurisprudência brasileira, acerca das famílias simultâneas. Nesses moldes, foi averiguado o posicionamento jurisprudencial contrário ao reconhecimento das famílias paralelas, pois esse é o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Todavia, sob outro ângulo, foi destacado também o posicionamento jurisprudencial favorável ao reconhecimento das famílias simultâneas, que vem ganhando forças paulatinamente, considerando que várias decisões de primeira e segunda instância vem reconhecendo esse modelo de entidade familiar e lhes conferindo direitos.

Reforçando a afirmação de que as famílias simultâneas existem de fato na sociedade e geram diversos efeitos jurídicos, o que conduz ao necessário reconhecimento desse modelo de família, afim de proporcionar proteção aos direitos fundamentais inerentes a esses indivíduos. Nesse sentido, o princípio do pluralismo é o elemento basilar que conectado aos demais direitos fundamentais fundamenta o reconhecimento das famílias paralelas, pois, o atual conjunto cultural em que vivemos acolhe a pluralidade das entidades familiares, oferecendo proteção às mais variadas formas de relações afetivas.

Assim, denota-se que a conjuntura dessa pesquisa se baseia na possibilidade de reconhecimento das famílias simultâneas, observado a concepção pluralista presente na conjuntura familiar contemporânea e no direito de liberdade de escolha das relações de afeto que melhor satisfaçam a realização pessoal de cada um dos integrantes da família, atentando sempre ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

1 – DO MONISMO AO PLURALISMO: DA PLURALIDADE DE FORMAS DE FAMÍLIA

1.1 O MONISMO JURÍDICO E O PLURALISMO JURÍDICO

A sociedade brasileira contemporânea está inserida em um sistema jurídico baseado no pluralismo. Todavia, é necessário observar que nem sempre foi assim, pois a teoria monista foi aplicada no ordenamento jurídico brasileiro por muitos anos, até o final do século XX, momento em que houve a ruptura desse modelo com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O antagonismo entre o monismo e o pluralismo jurídico está em saber se cabe exclusivamente ao Estado o poder de criar normas jurídicas ou se é possível falar em distintos centros de positivação jurídica.¹ “Monismo jurídico significa o reconhecimento de apenas uma ordem jurídica”², “um todo homogêneo, oriundo de uma única fonte, o Estado”.³ O monismo jurídico estatal é consequência da dissolução da sociedade medieval, momento em que o pluralismo jurídico arcaico deixou de dar resultados lucrativos para o Estado, sendo então substituído pelo monismo.⁴

O monismo surgiu na Moderna Cultura Europeia Ocidental, a partir do século XVII e XVIII, sob uma visão de mundo predominantemente burguesa, pautada na produção capitalista, na ideologia liberal individualista e na centralização política, constituída pela figura de um Estado Nacional Soberano.⁵

A ideologia monista permaneceu por muito tempo, entretanto, no século XX, o monismo acaba tornando-se um instituto obsoleto, por não conseguir mais proporcionar respostas efetivas para as necessidades sociais. Com isso, surge o pluralismo jurídico contemporâneo, doutrina que contesta a tese de que somente o Estado pode produzir normas jurídicas, pois admite a possibilidade de existência de outros centros de produção de norma de direito ao lado do direito estatal.⁶

¹ DUARTE, Ícaro de Souza. **Monismo Jurídico versus Pluralismo Jurídico: uma análise à luz do Direito do Trabalho.** Disponível em <http://editoramagister.com/doutrina_24368824_MONISMO_JURIDICO_VERSUS_PLURALISMO_JURIDICO_UMA_ANALISE_A_LUZ_DO_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx> Acesso em 03 jul. 2017.

² Idem.

³ RAMOS, Carmen Lucia Silveira. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 8.

⁴ DUARTE, op. cit.

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura do direito. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 26.

⁶ DUARTE, op. cit.

O pluralismo é uma doutrina que combate as práticas discriminatórias, visto que é um referencial da liberdade de expressão e do respeito à divergência. De um modo geral, o pluralismo assenta-se basicamente na “concepção da validade moral da autonomia e multiplicidade dos grupos sociais, ou seja, nos méritos de uma sociedade dinâmica e diversificada”.⁷

Essa concepção histórica a respeito da teoria monista e do pluralismo jurídico é de suma importância, pois demonstra como essa transformação ocorreu e como acabou por gerar reflexos na ordem constitucional brasileira, que atualmente adota em sua Carta Magna a teoria pluralista.

1.1.1 Aspectos históricos antecessores ao surgimento do monismo

O monismo é uma teoria que foi aplicada por muito tempo ao longo da história e que teve grande importância em relação a análise da evolução da sociedade, inclusive no que diz respeito a formação da família. Entretanto, antes do advento do monismo, é importante destacar que as sociedades viviam sob um sistema predominantemente marcado pelo pluralismo arcaico, que teve sua grande incidência na época medieval.

Existem algumas características como a hierarquia, o patriarcalismo e o matrimônio que estão enraizadas na história da estrutura familiar decorrente de acontecimentos antecessores ainda a Idade Média, como é o caso dos preceitos que existiam no direito romano, que proporcionaram a família uma “estrutura inconfundível, tornando-a sólida unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe”.⁸ O modelo de “família romana assentava-se no poder incontestável do pater famílias, ‘sacerdote, senhor e magistrado’ (...) que se exercia sobre os filhos, a mulher, os escravos (...) permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens”⁹, assim a família romana exercia o patriarcado na sua expressão mais alta.¹⁰

⁷ BIANCHI, Ana Maria. Muitos métodos é o método: a respeito do pluralismo. **Revista de Economia Política da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo**, v. 12, n. 2 (46), abril-junho/2012, p. 139. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/46-9.pdf>> Acesso em: 23 out. 2017

⁸ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 38.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

Essa estrutura unitária da família fundada na autoridade do chefe perdurou até o início dos tempos modernos¹¹, pois no sistema feudal, preponderava “o elemento político no estrato mais alto da sociedade, apresentando-se a família, do ponto de vista econômico, como organismo compacto com interesses e despesas comuns, na dependência de uma vontade soberana”.¹² Assim, “costuma-se considerar a Idade Média como o período que vai da conquista de Roma até a queda de Constantinopla, sede do Império Romano do Oriente (476-1453 d.C.)”.¹³

Na sociedade europeia medieval, diversas ordens jurídicas conviviam ao mesmo tempo, o direito comum temporal, o direito canônico e o direito dos reinos encontravam-se em uma situação de coexistência de ordens jurídicas diversas dentro do mesmo ordenamento jurídico, o que hoje é denominado como pluralismo jurídico. Naquela época havia a coexistência de distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, no mesmo espaço social, sem a existência de uma regra de conflitos fixa e inequívoca, segundo a qual delimitava-se previamente o âmbito de vigência de cada ordem jurídica.¹⁴

O direito medievo tinha conotação pluralista, na medida em que regulava-se por fontes diversas de produção jurídica, convivendo com ordenamentos múltiplos, eventualmente conflitantes entre si, o que gerava certa insegurança, considerando que coexistiam simultaneamente inúmeras formas de direito, pois havia “o direito romano que influenciava os juristas; os direitos do reino, da Igreja e do Império; os costumes, as normas estabelecidas pelos feudos, comunas e corporações”.¹⁵

O direito canônico teve sua origem na Europa na Idade Média, época em que a Igreja exercia um forte poder político e relacionava-se de forma privilegiada com a nobreza. Gama, afirma que “o conjunto de normas editadas pela Igreja passou a ser denominada direito canônico”¹⁶, diferenciando-se assim das leis que advinham do Estado. Quanto a formação familiar, o direito canônico entendia que o matrimônio era

¹¹ SASSO, Mário, *Famiglia, em Nuovo Digesto Italiano*, apud, GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 41.

¹² Idem.

¹³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 5 ed. rev. atua. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

¹⁴ HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 97. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 16 jun. 2017

¹⁵ RAMOS, op. cit. p. 8.

¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **O companheirismo**. Uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28.

um sacramento e estava conseqüentemente sujeito à indissolubilidade¹⁷, assim o casamento era marcadamente sujeito à preponderância do homem, que exercia “a chefia da sociedade conjugal seguindo os moldes da família patriarcal”.¹⁸

O Feudalismo possuía uma estrutura estamental, fundada na posse da terra e na produção econômica agrária, profundamente marcada por relações sociais de servidão e por uma hierarquia de privilégios. Tudo era desenvolvido tendo por base a propriedade da terra, que envolvia uma relação de dependência e de vínculos comunitários.¹⁹

A organização do poder senhorial sobre o sistema feudal compreendia uma descentralização administrativa, que tinha por base “uma fragmentação e o pluralismo de centros de decisões”.²⁰ Esse pluralismo medieval envolvia uma multiplicidade de centros internos de poder político, que era “distribuído a nobres, bispos, universidades, reinos, entidades intermediárias, estamentos, organizações e corporações de ofício”.²¹

Diferentemente, “da sociedade moderna, centrada no interesse do espaço privado e na ética da racionalidade liberal individualista, o pensamento ideológico medieval é calcado na concepção ‘corporativa’ da vida social, valorizando os fenômenos coletivos”²², respeitando cada um quanto a sua autonomia interna para as funções políticas e jurídicas, o que fazia com que todos estivessem dispostos a colaborar com o conjunto e participar dele solidariamente.²³ “Entretanto o corporativismo social e a descentralização política não eram apenas os traços gerais do espectro político institucional”²⁴, havia também a prática de um sistema jurídico múltiplo e consuetudinário baseado na hierarquia de privilégios.²⁵

De acordo com Wolkmer, esse direito reconhecia “a desigualdade e interesses estamentais e define-se como estatuto jurídico não abrangente, pois é produzido para legitimar a especificidade de uma hierarquia social claramente estabelecida nas

¹⁷ Idem.

¹⁸ Ibidem, p. 29.

¹⁹ WOLKMER, op. cit., p. 27.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Ibidem, p. 28.

²⁵ Idem.

distinções entre clero e nobreza e campesinato”.²⁶ De acordo com Bobbio, a sociedade medieval era essencialmente pluralista, visto que era formada por vários ordenamentos jurídicos, “havia ordenamentos jurídicos universais, acima daqueles que hoje são os Estados nacionais, como a Igreja e o Império, e havia ordenamentos particulares abaixo da sociedade nacional como os feudos, corporações e as comunas”.²⁷

O pluralismo arcaico tinha como força maior a doutrina que era pregada pela Igreja, pois com isso atingia-se setores não apenas locais, mas também supranacionais. Em consonância a Igreja, havia ordenamentos inferiores, que eram compostos por vários feudos que estabeleciam suas próprias regras, compondo “vários ordenamentos soberanos, sem qualquer tipo de vinculação um com o outro ou mesmo qualquer tipo de subordinação de ambos a um único ordenamento”.²⁸

Quanto à produção jurídica da época, Wolkmer afirma que havia um “pluralismo normativo das corporações em cujos marcos ocorria uma justiça administrada em tribunais criados pelo senhor feudal e pelo proprietário nominal da terra”.²⁹ Todavia, posteriormente, com as “exigências de regulamentação e controle da nova ordem econômica mercantilista e de proteção”³⁰ à nascente burguesia comercial, a “estrutura descentralizada de produção jurídica é sucedida pela consolidação mais genérica sistemática e unitária de um direito mercantil”.³¹

Desse modo, “entre os séculos XI e XV começa na Europa Ocidental a lenta desagregação do Feudalismo, motivada por sucessivas crises na esfera da formação social, do modo de produção da riqueza e da organização político institucional”³², ocasionando a “transição da economia agrário senhorial para uma economia mercantil assalariada”.³³

Estimulando “o desenvolvimento de uma economia de mercado urbano, a acumulação de um pequeno capital e o crescimento das trocas de mercadorias em base monetária”.³⁴ Em consequência disso, os pequenos produtores que eram

²⁶ Idem.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad.: Ariani Bueno Sudatti; Fernando Pavan Baptista. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 32.

²⁸ DUARTE, op. cit.

²⁹ WOLKMER, op. cit., p. 28.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ Ibidem, p. 29.

subordinados ao senhorio, conseguiram a emancipação dessas obrigações feudais, mas acabaram dependendo de outra forma de subordinação, a do trabalho assalariado.³⁵

Com o esgotamento do Feudalismo, o Capitalismo tornou-se o novo modelo de desenvolvimento econômico e social, e o instrumento fundamental da produção material, considerando que esse modelo foi instituído paulatinamente no final da Idade Média, mas alcançou quase toda a Europa até o século XVII.³⁶ Esse momento histórico “surge exatamente como antítese do anterior pluralismo jurídico, proveniente da igreja, com status supranacional, bem como ordenamento em nível infra nacional, oriundos dos feudos, comunas e corporações”.³⁷

O capitalismo impulsiona a ascensão da burguesia, que até o início da Idade Moderna, encontrava-se localizada “na parcela social intermediária entre a nobreza e o clero – detentores do poder e da riqueza – e o campesinato e as classes populares”.³⁸ Situação que muda drasticamente no final do século XIX, meados do século XX, quando a burguesia passa a representar o setor social proprietário dos meios de produção, como depositário de riqueza e poder político.³⁹

Surge então a cultura liberal individualista, “que define a íntima relação entre o sistema econômico capitalista, a nova classe social burguesa e os princípios diretivos da doutrina liberal”⁴⁰, partindo do “desenvolvimento do comércio e do favorecimento de uma classe média individualista e produtiva”.⁴¹

O Estado moderno formou-se por meio “da absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional, por meio de um processo que se poderia chamar de monopolização da produção jurídica”.⁴² Essa “sociedade moderna europeia no contexto da economia capitalista, da hegemonia social burguesa e dos fundamentos ideológico filosóficos liberal individualistas”⁴³, possuía uma “organização estatal de poder, revestida de monopólio da força soberana, da centralização, da secularização e da burocracia administrativa”.⁴⁴

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ DUARTE, op. cit.

³⁸ WOLKMER, op. cit., p. 35.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ibidem, p. 37.

⁴¹ Idem.

⁴² BOBBIO, op. cit., p. 32.

⁴³ WOLKMER, op. cit., p. 40.

⁴⁴ Idem.

Assim, passou-se portanto de uma estrutura pluralista, policêntrica e feudal, para uma base capitalista monista, voltada a concentração da gestão do poder.⁴⁵ Essa ordem estável não “concebia a multiplicidade, a divisão interna e o pluralismo social dos grupos intermediários, pois toda a autoridade estaria concentrada no Estado unitário e soberano”⁴⁶, denominado de Estado Nação.⁴⁷

Essa nova ordem denominada de monismo jurídico, defende a existência de apenas uma ordem jurídica, decorrente do poder estatal. A referente teoria jurídica foi aplicada por muito tempo pelos mais diversos ordenamentos jurídicos, pois esse modelo trouxe força a Estado. Todavia, essa situação chega em uma situação caótica no final do século XX, momento em que resta demonstrada a insuficiência da teoria monista, e a consequente necessidade de adoção de um novo modelo jurídico.

1.1.2 O monismo jurídico

A teoria monista é de grande relevância para o estudo do direito, pois é uma teoria que esteve vigente por muito tempo e até hoje gera reflexos no modelo normativo adotado pelo Brasil. Pois, por mais que atualmente a Carta Constituinte tenha um caráter pluralista, ainda existem jurisdicionados que ao analisar a lei diante do caso concreto possuem uma visão monista, baseada na premissa de que existe apenas uma ordem jurídica válida, que decorre do direito estatal.

Bom, “historicamente, o monismo jurídico coincidiu com a criação dos Estados modernos, que se caracterizaram pelo fortalecimento e centralização do poder, conduzindo à unificação política”.⁴⁸ Porém, o auge do monismo jurídico ocorreu com o advento do Capitalismo, decorrente do processo econômico da revolução comercial, que se desenvolveu por toda a Europa, modificando a economia das corporações medievais por um regime dinâmico e com fins lucrativos.⁴⁹

Nesses moldes, a organização política que surgiu sob a forma de um Estado absolutista, teve sua base de produção econômica mercantilista. Evoluindo posteriormente a um modelo de Estado que priorizava as leis do mercado e o liberalismo econômico, tendo como características basilares a soberania nacional, a

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Ibidem, p. 42.

⁴⁷ AMARAL, op. cit., p. 118.

⁴⁸ RAMOS, op. cit., p. 8.

⁴⁹ AMARAL, op. cit., p. 117.

separação dos poderes, a supremacia constitucional, uma democracia representativa formal, o reconhecimento de direitos civis e políticos.⁵⁰

De acordo com Amaral, a Idade Moderna tem como principais marcos de início a queda de Constantinopla em 1453, a descoberta dos novos mundos e a revolução protestante iniciada em 1517 na Alemanha.⁵¹ Caracterizando-se principalmente pela “revolução comercial, a reforma religiosa, o desenvolvimento dos estados nacionais e dos governos absolutos, a revolução intelectual do racionalismo e o desenvolvimento do individualismo”.⁵²

Todavia, Grossi afirma que a modernidade jurídica caracteriza-se pela consequente presença nova e cada vez mais maciça de um sujeito político com vocação totalizante, o Estado.⁵³ “O projeto de legalidade que acaba se impondo, é aquele criado, validado e aplicado pelo próprio Estado, centralizado no exercício de sua soberania estatal”.⁵⁴ O monismo “atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo”.⁵⁵

Com isso, “o direito civil deixa de ser o direito romano para ser direito nacional, adquirindo sua forma e seu conteúdo”⁵⁶ atual, ressaltando a importância do “processo de codificação do direito civil, realizado pelos Estados modernos e soberanos”.⁵⁷ Destaca-se o importante papel do Código de Napoleão de 1804, um dos maiores expoentes de expressão jurídica da época, que marcou a história do direito, rompendo com as características da experiência jurídica medieval e inaugurando uma nova forma de se conceber o direito e o sistema de fontes.⁵⁸

Essa preocupação com a manutenção da unidade política impulsionou o surgimento da unificação legislativa, idealizada “pelos soberanos absolutistas para

⁵⁰ WOLKMER, op. cit., p. 43.

⁵¹ AMARAL, op. cit., p. 117.

⁵² Idem.

⁵³ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Trad.: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48.

⁵⁴ WOLKMER, op. cit., p. 45.

⁵⁵ Ibidem, p. 46.

⁵⁶ AMARAL, op. cit., p. 119.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ CATUSSO, Joseane. **Pluralismo jurídico**: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez., 2007. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16749>> Acesso em: 07 dez. 2017

eliminar regionalismos e privilégios”⁵⁹, ressaltando “a univocidade e generalização do direito, traduzidas nos códigos do século XIX”⁶⁰, que baseavam-se na igualdade apenas no seu aspecto formal.

O Estado Moderno passou a atribuir “a seus órgãos, legalmente constituídos, a decisão de legislar (Poder Legislativo) e de julgar (Poder Judiciário) através de leis gerais e abstratas, sistematizadas formalmente num corpo denominado direito positivo”.⁶¹ A validade dessas normas se fundamentava por terem “sido produzidas em conformidade com os mecanismos processuais oficiais, revestidos de coação punitiva, provenientes do poder público”.⁶²

Diferentemente da concepção moderna e capitalista, denominada de legitimidade tradicional e “carismática, o Estado Moderno consagra agora a legitimidade jurídico racional, calcada na despersonalização do poder, na racionalização dos procedimentos normativos e na convicção”⁶³ de obediência as normas morais, associada a uma conduta correta.

Além disso, “a lei projeta-se como o limite de um espaço privilegiado, onde se materializa o controle, a defesa dos interesses e os acordos entre os segmentos sociais hegemônicos”.⁶⁴ O que permite ao Direito Estatal justificar uma administração, fundada na pretensa neutralidade de legalidade.⁶⁵

A produção normativa desse moderno direito capitalista traz uma estrutura política unitária que tende a ocultar o comprometimento e os interesses econômicos da burguesia, e traz normas genéricas, abstratas e impessoais, o que gera uma igualdade abstrata que consagra as desigualdades.⁶⁶

Característica esta, que pode ser nitidamente observada nas legislações da época, posto que fazia-se referência aos direitos inerentes à família, “fundando-se ainda na autoridade paterna e no poder marital, na incapacidade e submissão da mulher, na igualdade dos filhos legítimos e na inferioridade da condição dos ilegítimos”.⁶⁷

⁵⁹ RAMOS, op. cit., p. 8.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ WOLKMER, op. cit., p. 48.

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Ibidem, p. 49.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ ARMINJON, NOLDE e WOLFF, *Traité de droit compare*, v. 1, p. 246, e apud, GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 41.

Essa “formação histórica do moderno Direito Estatal e a consequente supremacia doutrinária do centralismo jurídico”⁶⁸, fundamentam a evolução do monismo jurídico ocidental, que pode ser dividida em quatro momentos, “à formação, sistematização, apogeu e a crise do paradigma”.⁶⁹

A formação do monismo jurídico tem origem histórica com o “Estado absolutista, o capitalismo mercantil, o fortalecimento do poder aristocrático e o declínio da Igreja e do pluralismo corporativista medieval”.⁷⁰ Wolkmer afirma que a doutrina do monismo jurídico estava nessa época “fortemente associada ao declínio do Feudalismo, aos interesses absolutistas da monarquia fortalecida e às novas necessidades de regulamentação centralizadora das práticas mercantis prevalecentes”.⁷¹

Já o segundo ciclo do monismo jurídico ocorreu com a Revolução Francesa, que foi o meio de unicidade política e criação do Estado de Direito⁷², e permaneceu nas principais codificações do século XIX, etapa “fundamental para a estruturação e solidificação da legalidade estatal burguês capitalista no Ocidente”.⁷³

Nessa fase surge “a influência no domínio político da teoria da separação dos poderes e do princípio da soberania nacional, que tende a privilegiar a lei escrita como fonte do direito”⁷⁴, não “como emanção do Estado incorporado pelo soberano absolutista, mas como expressão do Estado enquanto vontade da nação soberana”⁷⁵, fomentado pela Revolução Francesa, que materializou a ideia de Estado Nação na modernidade burguês capitalista.⁷⁶

Assim, o monismo jurídico permaneceu no final do século XIX, marcado por uma “dinâmica de unificação legal que se instaurou no período revolucionário, somada aos influxos de ordenação iluminista e de fundamentação racional do jusnaturalismo”⁷⁷. Influenciando o processo de avanço em direção as codificações,

⁶⁸ WOLKMER, op. cit., p. 49.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Ibidem, p. 51.

⁷² AMARAL, op. cit., p. 117.

⁷³ WOLKMER, op. cit., p. 51.

⁷⁴ Ibidem, p. 51-52.

⁷⁵ Ibidem, p. 52.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibidem, p. 53.

que vieram para responder “as necessidades posteriores de segurança e estabilidade da burguesia quando passam a vivenciar”⁷⁸ a etapa do Capitalismo concorrencial.⁷⁹

A burguesia mercantil, possui um importante papel nesse processo de evolução econômica baseada no Capitalismo, que teve como “traços marcantes a liberdade de iniciativa privada, a concorrência e a atividade negocial com fins lucrativos, assim como o desenvolvimento do sistema bancário, a expansão dos instrumentos de crédito, o declínio das corporações e o surgimento da indústria”.⁸⁰

De acordo com Wolkmer, a organização social burguesa passou a adotar uma ideologia jurídica do liberal contratualismo e o positivismo jurídico veio a prosperar com as grandes codificações.⁸¹ Assim, a dogmática positivista explica o direito pela sua própria materialidade coercitiva e punitiva, pois a sua validade fundamenta-se na “existência de uma administração política burocrática e hierarquizada”.⁸²

Nesse “segundo ciclo, correspondente a sistematização dogmática do monismo jurídico, é perceptível a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao direito positivo”⁸³, o que consagra “a exegese de que todo o direito não só é direito enquanto produção do Estado, mas sobretudo, de que somente o direito positivo é verdadeiramente direito”.⁸⁴

A doutrina do monismo jurídico no final do século XIX sustentava que “o direito é um sistema de normas imperativas caracterizadas pela ‘coação’ e garantida pela força coercitiva do Estado”.⁸⁵ Concomitantemente, ao Capitalismo concorrencial/industrial e ao liberalismo político burguês, surgiu uma nova fase monopolista da produção capitalista, que com o crescente intervencionismo sócio econômico do Poder público permitiu o surgimento de uma adequada estrutura normativa lógico formal.⁸⁶

Assim, esse projeto modelado no século XVIII e codificado no século XIX, encaminhou-se para um terceiro ciclo monístico, baseado em uma legalidade dogmática com rígidas pretensões de cientificidade, que alcançou seu apogeu entre

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ AMARAL, op. cit., p. 117-118.

⁸¹ WOLKMER, op. cit., p. 53.

⁸² Ibidem, p. 54.

⁸³ Ibidem, p. 55.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ibidem, p. 56.

os anos 20 e 60, do século XIX.⁸⁷ Wolkmer afirma que a partir dos anos 30, as políticas sociais públicas no contexto de práticas distributivas, favoreceram a construção técnico formal de uma ciência do direito, que tem como marco o formalismo dogmático advindo da ideologia de Hans Kelsen, que considera o Estado como uma ordem jurídica politicamente centralizada.⁸⁸

Desse modo, “a representação do centralismo jurídico, embasado no extremismo lógico formalista da dogmática normativista, tende a eliminar o dualismo jurídico estatal, na perspectiva de que o Estado é identificado com a ordem jurídica”⁸⁹, situação em que o “Estado encarna o próprio direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único”.⁹⁰ Sob esse prisma, é que “o Estado legitima seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo direito”.⁹¹

Após o advento das duas Guerras Mundiais surge na metade do século XX, o Estado de Bem Estar Social, com formas político intervencionistas atinentes à produção monopolística. O quarto grande ciclo do monismo ocorreu entre os anos 60 e 70, momento em que os princípios e objetivos que sedimentaram o estatuto epistemológico da legalidade ocidental, desde o século XVII, “começam a não responder mais eficazmente as novas demandas políticas econômicas, ao aumento dos conflitos entre grupos e classes sociais e, ao surgimento de complexas contradições culturais e materiais de vida inerentes a sociedade de massa”.⁹²

Nessa fase, há o “esgotamento do paradigma de legalidade, que sustentou por mais de três séculos, a modernidade burguês capitalista”⁹³, devido a perda da funcionalidade e eficácia da dogmática jurídica estatal, que ocasionou a crise do monismo jurídico estatal.⁹⁴

De acordo com Wolkmer, a moderna doutrina do monismo jurídico tinha como pressupostos de sua dogmática jurídica, “a estatalidade, a unicidade, a positivação e a racionalização”.⁹⁵ A estatalidade trata-se de um procedimento no qual “o Estado soberano detém o monopólio da produção das normas jurídicas”⁹⁶, numa função

⁸⁷ Ibidem, p. 57.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Ibidem, p. 58.

⁹² Ibidem, p. 58-59.

⁹³ Ibidem, p. 59.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Ibidem, p. 60.

⁹⁶ Idem.

instrumental centralizadora que unifica o direito, tornando viável a supremacia da lei do Estado sobre outras práticas normativas.⁹⁷

A característica da unicidade representa um sistema único de normas jurídicas integradas, onde mesmo havendo outras fontes jurídicas, a lei estatal é considerada a expressão máxima da vontade. De modo que a sociedade tem apenas um único direito, que é instrumentalizado por regras neutras positivamente postas e só pode ser produzido por órgãos e instituições oficiais do Estado.⁹⁸

A positividade jurídica encontra-se resguardada na existência de um ordenamento rigidamente fechado, na centralização do poder de forma organizada e na existência de órgãos aptos a assegurar o cumprimento das regras.⁹⁹ Wolkmer afirma que essa característica é importante pois, “a validade e a eficácia da ordem jurídica embasam-se prioritariamente na positividade sustentada e garantida pelo Estado”.¹⁰⁰ Segundo esse viés, Jacques afirma que “o direito positivo é, o conjunto das normas jurídicas, imperativas e obrigatórias, que estruturam o convívio dos homens e lhes estabelecem padrões de conduta”.¹⁰¹

Importante destacar ainda, o fenômeno da racionalização, que compreende os aspectos normativos e institucionais do Moderno Direito Ocidental, como o desenvolvimento da sociedade em relação a especialização científica e ao aprimoramento intelectual, visando o rendimento no Capitalismo burguês¹⁰², o que está “estritamente vinculado a estatalidade, a organização burocrática e ao formalismo legal”.¹⁰³

Todavia, esse paradigma de legalidade acaba entrando em colapso, pois deixa de “dar respostas às necessidades humanas fundamentais e aos conflitos sociais emergentes de sociedades específicas do século XX”¹⁰⁴, sobretudo, acerca “de determinadas estruturas políticas existentes no espaço social do Capitalismo de tipo periférico”¹⁰⁵, provenientes da continua evolução da sociedade.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Ibidem, p. 61.

⁹⁹ Ibidem, p. 62.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ JACQUES, Paulino. A positividade no Direito. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 19, n. 24, p. 75-82, jul./dez., 2003, p. 107. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1997;2000549348>> Acesso em: 08 dez. 2017

¹⁰² WOLKMER, op. cit., p. 63.

¹⁰³ Ibidem, p. 64.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 66.

¹⁰⁵ Idem.

Ressaltando que, a positividade está vinculada ao antagonismo existente entre o monismo e o pluralismo, pois o monismo jurídico consagra que o direito é proveniente do Estado, e todo Direito Estatal é positivo. Enquanto que o pluralismo desvincula essa ideia, afirmando a possibilidade de existência de um direito sem vínculos com o Estado.¹⁰⁶

Assim, a teoria monista acaba entrando em colapso e o ordenamento jurídico acaba encontrando as respostas para as demandas atuais da sociedade na aplicabilidade da teoria pluralista, considerando que a presente teoria defende a existência de diversos centros de posituação jurídica e de uma multiplicidade de fontes normativas independentes do Estado.

1.1.3 A crise do monismo jurídico e o advento do pluralismo

O monismo é um fenômeno jurídico que esteve presente na sociedade e gerou muitos reflexos no âmbito jurídico, todavia, em dado momento histórico foi constatada a necessidade de substituir esse mecanismo, considerando que ele já não apresentava respostas suficientes as demandas sociais, por conta disso, faz-se necessário rever alguns marcos históricos que influenciaram a grande transformação que se deu na ordem jurídica com a ruptura do monismo em decorrência do advento do pluralismo.

Como visto anteriormente, o fenômeno do monismo está diretamente relacionado a um modelo de Estado privado, de ética liberal e individualista, que surge entre o final do século XVI e o início do século XVII, como resultado da passagem do período feudal para a fase de produção capitalista, da ascendência da soberania da burguesia como classe possuidora dos meios de produção, do liberalismo e do surgimento de um Estado soberano e absolutista, onde se concentrava todo o poder.¹⁰⁷

A ideologia monista pregava que o Estado era o único meio sob o qual havia “a possibilidade de atingir um desenvolvimento baseado em uma ordem e paz

¹⁰⁶ Ibidem, p. 63.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Michelle Ulhoa. **Pluralismo jurídico.** Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2008/4.PDF>> Acesso em: 07 dez. 2017

social”¹⁰⁸, passando o direito “a ser a principal fonte mantenedora dessa harmonia social”.¹⁰⁹

Nesses moldes da teoria monista, o Estado Liberal clássico do século XVIII e XIX foi preponderantemente marcado pelas características industriais do capitalismo até as primeiras décadas do século XX, momento em que surge uma nova etapa de organização do Capitalismo monopolista/financeiro.¹¹⁰

Esse primeiro “momento monopolista do Capitalismo é marcado pela constituição, evolução e crise do Estado do bem estar”¹¹¹, considerando que nos anos 70 e 90, o Capitalismo monopolista avançou para uma fase de flexibilização global do capital internacional, de formação de blocos econômicos e de interação dos mercados, o que gerou a descentralização do poder e a retomada de práticas pluralistas.¹¹²

Demonstrando que o monismo jurídico presente na modernidade burguesa capitalista promoveu a hegemonia do projeto jurídico unitário do Estado Estatal, mas isso não foi suficientemente capaz de impedir o reconhecimento do pluralismo jurídico, visto que esse mecanismo jurídico é proveniente de uma tradição bem mais antiga de formulações jurídicas comunitárias.¹¹³

De fato a concepção monista se manteve por muito tempo como fundamento nuclear da ordem jurídica, sendo que consolidou a cultura positivista, permitindo que “o direito escrito e formalizado da moderna sociedade burguesa capitalista alcança-se o apogeu com sua sistematização científica, representada pela Dogmática Jurídica”¹¹⁴, mecanismo de estudo científico da normas, que sob a concepção monista apresentava “proposições legais abstratas, impessoais, coercitivas, formuladas pelo monopólio de um poder público centralizado (o Estado), interpretadas e aplicadas por órgãos (Judiciário) e por funcionários estatais (os juízes)”.¹¹⁵

Entretanto, esse Estatismo jurídico moderno, entra em colapso com a “crise do Capitalismo monopolista e a consequente globalização e concentração do

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ WOLKMER, op. cit., p. 43.

¹¹¹ Ibidem, p. 44.

¹¹² Idem.

¹¹³ Ibidem, p. 45.

¹¹⁴ Ibidem, p. 69.

¹¹⁵ Idem.

capital”¹¹⁶. Essas foram as principais causas que geraram o enfraquecimento da cultura liberal individualista, pois a doutrina do monismo jurídico passou a não conseguir mais atender as necessidades dos sistemas organizacionais e dos novos sujeitos sociais.¹¹⁷

O monismo pregava como referencial uma lei inflexível e abstrata, que se afastava da realidade do povo. Esse legalismo exacerbado não passava garantias de direitos aos cidadãos, pelo contrário, apenas indicava a manutenção de um sistema que referenciava a vontade do soberano e a perpetuação dos interesses da classe politicamente dominante. Que diante, do anseio por uma nova forma do direito que reincorporasse certos espaços normativos existentes nas comunidades locais antes excluídas¹¹⁸, traz à tona o fato de que o monismo é uma teoria que não mais se encaixa na atualidade, porque o monismo apresenta uma proposta formal codificada:

Incapaz de responder aos anseios sociais, dado que a complexidade da sociedade é crescente e percebe no Código um instrumento inadequado tendente à generalidade, ao imobilismo e à perpetuidade, criticável em um contexto em que a velocidade das mudanças econômicas e sociais é grande.¹¹⁹

Demonstrando que, “embora esse modelo possa ter respondido aos anseios da sociedade dos noventa, sozinho não parece ser mais capaz de acompanhar as demandas da sociedade hodierna”.¹²⁰ Desse modo, a dogmática jurídica vivenciou “uma profunda crise, por permanecer rigidamente presa a legalidade formal escrita, ao tecnicismo de um modelo abstrato e estático, e ao monopólio da produção normativa estatal”.¹²¹ O que a afastou da realidade social cotidiana, “desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas, desprezando as emergentes manifestações extra legislativas”¹²², demonstrando que esse modelo não se encaixa com “as novas e flexíveis formas do sistema produtivo representado pelo Capitalismo globalizado”.¹²³

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ CATUSSO, Joseane, op. cit.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ WOLKMER, op. cit., p. 75.

¹²² Idem.

¹²³ Idem.

Consequentemente a isso, a Dogmática Jurídica, não conseguia mais oferecer orientações normativas para solucionar os problemas da convivência social. Diante dessa crise do projeto jurídico estatal como paradigma hegemônico, é enaltecida a necessidade de se buscar um novo referencial para o direito, que observe o pluralismo, reconheça e legitime normatividades extra e infra estatais, para suprir as carências próprias dos sujeitos coletivos recentes, de acordo com as suas especificidades.¹²⁴

Pois, se o “direito não mais serve para solucionar os problemas da sua sociedade e não mais atende os interesses da mesma, é sinal de que há uma imensa necessidade de mudanças”.¹²⁵ É baseado nessa nova alternativa, que “se tornou essencial a presença de manifestações que não sejam de cunho estatal, que tenham como principal objetivo a resolução da saturação desse modelo jurídico. Essas manifestações trazem aquilo que conhecemos como pluralismo jurídico”.¹²⁶

Essa transformação ideológica traz consequências ao ordenamento jurídico brasileiro, no final do século XX, momento em que o monismo passou por uma instabilidade estrutural, pautada nas “profundas transformações econômicas e políticas geradas pela complexidade dos conflitos coletivos”¹²⁷, devido “as demandas sociais e as novas necessidades criadas pela globalização do Capitalismo e sua inserção determinante nas estruturas sócio políticas dependentes e periféricas”.¹²⁸

A crise da concepção monista em decorrência do Capitalismo fica evidente também nas relações familiares, Balbo divide a evolução da família em três fases. No período pré-industrial o grupo familiar produzia a maioria dos alimentos que consumia e o lar estabelecido era o local onde ocorria a produção doméstica, da qual participavam todos os membros. Diferentemente, da fase da revolução industrial, momento em que a produção doméstica foi substituída pela produção industrial. Por fim, no capitalismo avançado, a família amplia as tarefas de satisfação das necessidades dos seus membros, terceirizando as atividades que eram próprias família, como é caso das prestações alimentares e educativas.¹²⁹

¹²⁴ Ibidem, p. 77.

¹²⁵ ALMEIDA, Michelle Ulhoa. Op. cit.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ WOLKMER, op. cit., p. 27.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ BALBO, Laura, *Stato di famiglia. Bisogni privato collettivo*, Milão, 1976, p. 22, apud, GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 18.

Dentro desse “contexto, de compreensão do projeto moderno e das demais experiências jurídicas históricas com ele não coincidentes, analisando-se suas características e limitações, é que surgem elementos para o delineamento de novas soluções jurídicas consentâneas aos reclamos atuais”.¹³⁰

Assim, o pluralismo emerge como um novo referencial epistemológico que observa as novas características da sociedade.¹³¹ Demonstrando que o direito estatal deve observar as normas e situações independentes dele¹³², deixando nítido que o modelo monista é “incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos segurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais”.¹³³

Nesses termos, a proposta de um novo pluralismo jurídico se estabelece “através de um espaço público aberto e compartilhado democraticamente”¹³⁴, que reitera a visão do “direito como fenômeno resultante de relações sociais”¹³⁵, a fim de instaurar uma legalidade pautada na multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, que encara a sociedade como sendo uma “estrutura descentralizada, pluralista e participativa”.¹³⁶

Todavia, o pluralismo jurídico não nega o direito estatal, ou o direito oficial, mas o considera “como uma das diversas manifestações que o fenômeno jurídico pode assumir na sociedade”.¹³⁷ Considerando relevantes, “tanto as práticas oficiais quanto aquelas independentes ou semiautônomas em relação ao Estado”.¹³⁸

Aliás, “partindo desse reconhecimento para além do direito estatal, a perspectiva pluralista possui o mérito de oferecer autenticidade às múltiplas manifestações normativas não estatais originadas na sociedade”¹³⁹, pois emerge intrinsecamente “em um espaço de conflitos e de relações marcadas pela desigualdade e exclusão de certos setores sociais”¹⁴⁰, possibilitando à ampliação de direitos.

¹³⁰ CATUSSO, op. cit.

¹³¹ WOLKMER, op. cit., p. 170.

¹³² RAMOS, op. cit., p. 12.

¹³³ WOLKMER, op. cit, p. 97.

¹³⁴ Ibidem, p. 78.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ CATUSSO, op. cit.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

O conceito de pluralismo traz “a possibilidade de obterem-se decisões e soluções diferentes para um mesmo problema, ou seja, a interpretação diversificada de uma realidade”.¹⁴¹ Desse modo o pluralismo é visto como um direito à diferença, considerando que o referente princípio se coaduna ao direito fundamental intrínseco ao conceito de dignidade humana, trazendo à tona o direito ao respeito e a tolerância, direitos esses que em hipótese alguma podem ser discriminados pelo fato de um indivíduo ser diferente ou adotar uma filosofia de vida diversa.¹⁴²

Assim, o pluralismo jurídico, reconhece a existência de uma multiplicidade de formas de jurisdição heterogêneas que não se reduzem entre si, o que “implica a aceitação de um direito paralelo ao oficial, que surge das práticas comunitárias e que tem sua legitimidade assentada não no caráter estatal de sua fonte ou nos procedimentos formais pré estabelecidos para sua validade, mas no reconhecimento e eficácia social”.¹⁴³

Na realidade social brasileira, verifica-se a existência de um país de dimensões continentais, marcado por profunda desigualdade social, onde “o modelo de racionalidade moderna, marcado pelo monismo na produção do direito, tem sido insuficiente para atender às demandas da sociedade, em especial no que concerne às parcelas excluídas e marginalizadas”.¹⁴⁴

Além disso, “não parece mais viável a defesa de um formalismo exagerado e ultrapassado que reduz todas as fontes jurídicas à lei, sendo indispensável a constatação da pluralidade de fontes materiais do direito”.¹⁴⁵ O que não significa “que não deva existir um centro unificador dessa diversidade, identificado na figura do Estado, pois, embora exista a possibilidade de ordens plurais e descentralizadas, parece impossível uma regulação global, que abranja todo um país, sem ser marcada por processos de abstração e generalização nos moldes da produção estatal”.¹⁴⁶

Nesses moldes, a proposta pluralista, promove “o reconhecimento das práticas e necessidades de segmentos sociais múltiplos e distintos que convivem em um mesmo espaço geopolítico, não parecendo mais factível a não-aceitação, por

¹⁴¹ PINTO JUNIOR, Nilo Ferreira. **O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal**. Revista Eleitoral TER/RN, v. 25, 2011. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF> Acesso em 17 nov. 2017

¹⁴² Idem.

¹⁴³ CATUSSO, Joseane, op. cit.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

parte do Estado e seus instrumentos, da legitimidade das práticas sociais extraestatais surgidas”.¹⁴⁷ Pois, o pluralismo não tem por objetivo eliminar a legitimidade de um direito demandado do Estado, mas apenas favorecer a diversidade de consciências jurídicas e a emergência de fontes plurais do direito, de modo a não se reduzir o direito ao Estado ou às concepções da classe politicamente dominante.¹⁴⁸

A concepção ideal do pluralismo reside no reconhecimento “das conquistas já asseguradas no plano jurídico estatal e da contribuição que o operador jurídico atuante na estrutura jurisdicional existente pode oferecer”¹⁴⁹ ao aplicar as leis diante de um caso concreto reconhecendo a multiplicidade de fontes de jurisdição paralelas ao Estado, caracterizadoras do um pluralismo jurídico.¹⁵⁰

Essa ideologia pluralista se consolida no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que apresenta em seu texto constitucional um núcleo de direitos fundamentais explícitos e implícitos, que não estão elencados em um rol taxativo, posto que é possível a aplicação desses direitos a situações ainda não regulamentadas normativamente, com base interpretativa justificada no pluralismo jurídico e na abertura da ordem constitucional.

1.2. O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E A ABERTURA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

A atual Constituição Federal de 1988 adota uma cláusula de abertura, isto é, de não taxatividade dos direitos fundamentais, porque ela prevê que a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas que são resultantes dos princípios que consigna.

Assim, o tema abertura da ordem constitucional, logo nos remete a necessidade de compreensão dos direitos fundamentais não tipificados no catálogo constitucional, mas que estão inseridos no regime de direitos fundamentais de outra forma¹⁵¹, como é o caso dos princípios implícitos no texto constitucional. Pois, se

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alicia Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. **Abertura constitucional a novos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 8, junho de 2016. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>> Acesso em 04 de jul. 2017.

compreende que “apesar de haver um entendimento de que os direitos fundamentais são aqueles positivados em uma ordem constitucional, a Constituição não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.¹⁵²

Lembrando que o art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, para evitar que os mesmos se tornem letra morta por falta de regulamentação.¹⁵³ Considerando que, os direitos implícitos, isto é, “os direitos subtendidos nas regras e garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição de 1988”¹⁵⁴, são de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, pois estão diretamente relacionados às mudanças que ocorrem na sociedade com o decorrer do tempo.

A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais se faz necessária porque em regra geral as normas possuem um alto grau de rigidez e dependem de um rito extremamente moroso para virem a ser modificadas, enquanto que as situações de fato que ocorrem da sociedade evoluem diariamente, sendo portanto impossível que direito evolua no mesmo compasso.

1.2.1 Da abertura da ordem constitucional

A sociedade contemporânea vem passando por uma crise dos modelos teóricos, porque a realidade social está em constante evolução e na maioria das vezes o direito não consegue se atualizar na mesma proporção de tempo, o que enseja uma maior atuação do Poder Judiciário. A atuação integradora do Poder Judiciário ocorre devido à abertura da ordem constitucional brasileira, posto que a Constituição Federal de 1988, prevê a não exclusão de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Importante destacar que “para conferir aplicabilidade aos direitos fundamentais, a Constituição deve prever métodos de concretizá-los”.¹⁵⁵ Pois, além

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ AMARAL, Sérgio Tibiriça; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. **Da abertura constitucional.** Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2414/1938>> Acesso em 17 nov. 2017

de “prever direitos, a Constituição deve prever mecanismos de concretização dos mesmos (garantias), já que um direito desprovido de aplicabilidade real não é um direito em si mesmo, mas antes uma forma de opressão”.¹⁵⁶

Nesse sentido compreende-se “que a Constituição deve conservar uma estrutura suficientemente aberta, para que ela possa dialogar com a sociedade a qual está inserida, de modo a permitir o aprimoramento de seu conteúdo (transformação constitucional)”¹⁵⁷ e garantir que os direitos fundamentais sejam aplicados de forma justa.

A realidade da sociedade “deve ser levada em consideração no processo transformação da Constituição, de modo que esta se adeque à realidade e que também se faça valer nesta (transformando-a), impedindo-se, assim, que se torne letra morta e ultrapassada no tempo”.¹⁵⁸ Por isso, “a realidade social é pressuposto da vida constitucional, sendo fator de sua criação e agente condicionador de sua evolução e aplicação”.¹⁵⁹

Somente assim o processo de transformação constitucional acontece, trazendo a incorporação de novas normas, resultantes de experimentações vividas na realidade social, ou mesmo inovando a “interpretação dada aos preceitos constitucionais com base em uma experiência concreta até então não submetida a análise”¹⁶⁰, mas para que esse processo de inovação do texto constituinte ocorra, “a constituição deve estar aberta a recebê-lo”.¹⁶¹

Assim, para que as normas se conservem vivas no tempo, é estritamente necessária a abertura constitucional, pois isso é o que permite que “a Constituição consiga realizar um diálogo com a realidade social que a cerca, propiciando o processo de transformação constitucional”.¹⁶²

Esse tema da abertura da ordem constitucional é devidamente explorado por Haberle, um importante jurista alemão, especialista em direito constitucional. Sua tese é fundamentada no estudo do pluralismo, e tem a integração como “ponto de partida

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² Idem.

para a realização do novo Estado Constitucional do século XXI - o Estado Constitucional Cooperativo".¹⁶³

A teoria da integração defendida por Haberle, considera que a norma jurídica é uma ferramenta utilizada para proporcionar completude às regras estruturais do ordenamento jurídico. Em regra o Poder Judiciário deve pautar suas decisões apenas na lei, entretanto verifica-se em certos casos, a lacuna da lei. Nessas situações há a necessidade de se preencher essa lacuna, promovendo a determinada integração do direito, que se dá pela utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Entretanto, Haberle possui uma visão um pouco mais ampla acerca do referente tema, para ele a integração da norma precisa também da participação das partes e dos demais interessados.¹⁶⁴

Essa doutrina de Haberle "tem sido inestimável para o desenvolvimento do direito constitucional".¹⁶⁵ Tanto que atualmente muitos "doutrinadores brasileiros de renome defendem a necessidade de consolidação da ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição"¹⁶⁶, visto que de acordo com essa:

Concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.¹⁶⁷

Para Haberle, a responsabilidade da jurisdição constitucional seria necessária para dar a última palavra acerca da interpretação da norma constitucional, e a democratização do processo seria garantida mediante a participação de todos os citados autores no curso do referido processo. De acordo com o autor, a teoria da interpretação e a teoria democrática são indissociáveis, afinal seria impensável conceber o jogo interpretativo constitucional sem o cidadão ativo e sem todos os potenciais intérpretes.¹⁶⁸

¹⁶³ MENDES, Gilmar. **Homenagem à doutrina de Peter Haberle e sua influência no Brasil.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento__3_1.pdf> Acesso em 23 fev. 2017.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ GRANT, Carolina. **Da sociedade aberta e pluralista de interpretes da constituição de Peter Haberle à democracia deliberativa de Jurgen Habermas.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=548c579b82d70ac5>> Acesso em 23 fev. 2017

À vista disso, “o destinatário da norma, ao contrário do que se costumava imaginar, revela-se, nessa nova compreensão, como um participante ativo, e muito mais ativo, em certa medida, ao vivenciar a norma tanto quanto ou mais que o intérprete autorizado”.¹⁶⁹ Essa expansão do rol dos interpretes da Constituição corresponde “a uma necessidade premente, a de incorporação da realidade no processo interpretativo, realidade que, por sua vez, é inegavelmente plural”.¹⁷⁰

A influência de Haberle pode ser notada no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁷¹, como por exemplo, no “voto do eminente Ministro Celso de Mello em questão de ordem na ADIN nº 2.777, em novembro de 2003, que afirmou a possibilidade da sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*”.¹⁷²

Da mesma forma, semelhante influência ocorre no âmbito legislativo, visto que “a Lei n. 9.868/99 consagrou a figura do *amicus curiae*, conferindo uma abertura pluralista ao processo brasileiro de interpretação constitucional, no sentido referido por Peter Haberle”¹⁷³. Desse modo:

A legitimação pela vivência da práxis é uma legitimação possível do próprio intérprete autorizado, tal legitimação qualificaria um rol muito maior de potenciais intérpretes, inclusive capazes de trazer para o processo interpretativo da Constituição vivências muito mais profundas.¹⁷⁴

Isso é importante segundo Haberle, porque “a sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos interpretes da constituição em sentido *lato*”.¹⁷⁵ Ele destaca ainda, que todo aquele que vive a norma acaba por interpretá-la, tornando-se seu legítimo intérprete.¹⁷⁶ Além disso, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *numerus clausus* de interpretes da

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Idem.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar. **Homenagem a doutrina de Peter Haberle e sua influência no Brasil**. Op. cit.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ GRANT, op. cit.

¹⁷⁵ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para interpretação. Trad.: Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 40.

¹⁷⁶ GRANT, op. cit.

Constituição”.¹⁷⁷ E por mais que “a vivência da norma, isto é, a práxis orientadora da interpretação, torna-se elemento de realidade e publicidade imprescindíveis neste processo”¹⁷⁸, subsiste ainda “a responsabilidade da jurisdição constitucional em dar a palavra final”.¹⁷⁹

No entanto, é importante destacar que “o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional”¹⁸⁰, visto que, “a sociedade torna-se aberta e livre porque todos estão potencialmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”.¹⁸¹

Para Maliska, essa abertura é um elemento intrínseco ao novo constitucionalismo que surgiu na metade do século XX, e “portanto, não se está propriamente diante de uma nova ordem constitucional, mas apenas, desenvolvendo as possibilidades normativas desse modelo constitucional”.¹⁸²

A base de tudo isso está respaldada na segurança dos direitos básicos ao ampliar o âmbito de validade mediante uma dogmática de cunho aberto, posto que por mais que esse tipo de dogmática ostente uma rica gama de mudanças e transformações nos referidos direitos básicos, no que diz respeito ao sentido literal de seus textos de referência, o importante é que esses direitos quase sempre permanecem intactos.¹⁸³

Ademais, “tratando a questão sob o ponto de vista normativo, pode-se dizer que o sentido da abertura pressupõe a distinção entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais, de modo que, num primeiro momento, a abertura é da ordem infraconstitucional”.¹⁸⁴ Todavia, num segundo momento, a abertura pode compreender também o texto da Constituição, o que é possível porque os mecanismos de defesa da Constituição estão presentes nas chamadas cláusulas pétreas, o que assegura a imutabilidade de certos valores e preserva a identidade do projeto do constituinte originário.¹⁸⁵

¹⁷⁷ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Op. cit., p. 13.

¹⁷⁸ GRANT, op. cit.

¹⁷⁹ GRANT, op. cit.

¹⁸⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Op. cit., p. 42.

¹⁸¹ Ibidem, p. 43.

¹⁸² MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Abertura. Cooperação. Integração. Curitiba: Juruá, 2013, p. 20.

¹⁸³ HABERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. *Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Trad.: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002, p. 185.

¹⁸⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Op. cit., p. 21.

¹⁸⁵ Idem.

Assim, é plenamente possível que ocorram situações de interpretação do texto constitucional de modo a ampliá-lo de acordo com o princípio do pluralismo jurídico, pois quando o jurista realiza essa ação ao analisar uma demanda judicial que trata de questões sociais não previstas no texto normativo, ele pode ampliar o ordenamento jurídico e fornecer uma nova resposta ainda não existente na lei, desde que essa decisão observe e respeite as normas constitucionais, isto é, que não venha a ferir direitos fundamentais. Visto que o atual texto constitucional proíbe que o jurisdicionado reduza os direitos previstos em lei, mas não há impedimento normativo quanto à amplificação desses direitos.

1.2.2 A abertura da ordem constitucional e sua relação com o pluralismo

A atribuição de eficácia normativa aos princípios constitucionais está associada ao processo de abertura da ordem constitucional, que opera correlacionando o conteúdo axiológico e teleológico dos princípios com a realidade social.

Segundo Maliska, o conceito de abertura constitucional tem por fundamento a relação entre Constituição e pluralismo, e diz respeito a “chamada abertura da ordem constitucional para dentro, para a sua própria sociedade, no sentido de que além de garantir o pluralismo, a ordem constitucional se abre para ele”.¹⁸⁶ A abertura da ordem constitucional para dentro:

Aponta para a necessidade de elementos comuns que promovam à unidade dessa sociedade pluralista, o Pluralismo e Constituição estão em relação de dependência, de modo que tanto Pluralismo não existe sem Constituição, quanto a Constituição enquanto possibilidade de afirmação do Princípio da Isonomia não existe sem diversidade.¹⁸⁷

Entretanto, “a afirmação de que a Constituição garante o pluralismo implica uma relação complexa”¹⁸⁸, pois há uma grande dificuldade em delimitar a extensão desse pluralismo. Além disso, “o pluralismo é intrínseco a dinâmica das sociedades, ou seja, não há uma ordem plural pronta e acabada, mas sim uma ordem plural em constante mutação, em que novos direitos são continuamente afirmados”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Ibidem, p. 12.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 40.

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ Idem.

Segundo Wolkmer, o pluralismo reconhece que a sociedade é constituída por indivíduos com valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela diversidade, circunstancialidade, temporalidade e conflituosidade¹⁹⁰, respeitando o fato de que cada grupo de pessoas mantém um estilo próprio de vida, com conteúdos ideológicos, sociais e econômicos próprios.¹⁹¹

Contrariamente ao individualismo, a dimensão pluralista não foca apenas na realização estritamente particular de cada um, ela vai além, observando a particularidade de cada um com uma diferença.¹⁹² Além disso, o pluralismo ampara-se nas regras de convivência, pautadas na prática da moderação, tendo como filosofia a tolerância associada à ideia de liberdade humana e “ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e ser diferente funcionalmente dos outros”.¹⁹³ O que advém do pluralismo contra hegemônico, que estimula a prática de atitudes que procuram diminuir as desigualdades, para tentar buscar um novo horizonte normativo que aproxime o direito da sociedade e possibilite uma sociedade mais justa e igualitária.¹⁹⁴

Essa concepção ideológica é de suma importância para a proteção de direitos nas relações jurídicas que não ainda possuem previsão normativa. Pois a perspectiva pluralista possibilita que através da interpretação jurídica o operador do direito construa “uma nova sociedade, mais justa e com menos desigualdades”.¹⁹⁵ Aliás, segundo Maliska, “a importância da discussão do pluralismo jurídico está no fato de que as fontes materiais do direito são realmente plurais”¹⁹⁶, de modo que “não se pode, em nome de um formalismo excessivo e já ultrapassado, reduzir toda fonte jurídica à lei”.¹⁹⁷

O pluralismo jurídico é portanto uma espécie de direito paralelo que tenta preencher algumas lacunas não solucionadas pelas normas jurídicas do Estado, ele

¹⁹⁰ WOLKMER, op. cit., p. 172.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² Ibidem, p. 174.

¹⁹³ Ibidem, p. 177.

¹⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabril, 1988, p. 68.

¹⁹⁵ MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico**: notas para pensar o direito na atualidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 59.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Idem.

“busca suprir as carências que surgem no contexto de sua sociedade”¹⁹⁸ como “uma forma complementar de elaboração de normas do Estado”.¹⁹⁹

Assim, o interprete do direito utiliza o princípio do pluralismo junto à ideia de proteção do princípio da dignidade humana, visto que este princípio basilar da ordem constitucional traz consigo uma ideia de tolerância, que permite e sugere vários sentidos interpretativos possíveis. Essa interpretação constitucional segundo Haberle é, um processo de formação e transformação que existe conscientemente na sociedade aberta em que fazemos parte, e disso é que surge o conceito de sociedade aberta dos interpretes constitucionais.²⁰⁰

Maliska afirma que, essa mudança trazida pela ordem constitucional aberta, é necessária atualmente porque “a experiência moderna esteve assentada em maior ou menor medida no princípio da homogeneidade”²⁰¹, mas esse modelo foi sendo superado, pelo “abandono de valores absolutos construídos a partir de teorias que negavam as particularidades pessoais, culturais e de grupos”²⁰², pois a sociedade brasileira evoluiu muito nas últimas décadas.

Assim, surge o “Estado constitucional cooperativo que reconhece as diferenças e afirma o princípio da igualdade como objetivo de sua existência”²⁰³, visto que a Constituição Federal de 1988 rompeu com o princípio da homogeneidade ao reconhecer o pluralismo, o que conseqüentemente proporcionou a legitimação de “políticas públicas que buscam igualdade de oportunidades e respeito à diversidade”.²⁰⁴

Maliska aduz que existe uma relação de dependência entre pluralismo e Constituição²⁰⁵, pois a Constituição não apenas garante o pluralismo como também se abre para ele.²⁰⁶ Portanto, o pluralismo está presente normativamente na Constituição e no ordenamento jurídico, e isso é o que permite manter a grandeza do

¹⁹⁸ CORREIA, Camila Barros dos Santos. GUARANI, Vilmar Moura. ROZA, Rafaela Carlos da. **Pluralismo Jurídico**: uma maneira de dizer direito através das minorias. Disponível em: <<http://www.site.ajes.edu.br/congresso/arquivos/20141112230908.pdf>> Acesso em 13 mar. 2017

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ HABERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Op. cit., p. 89.

²⁰¹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Op. cit., p. 42.

²⁰² Ibidem, p. 45.

²⁰³ Ibidem, p. 46.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Ibidem, p. 52.

povo unido dentro dos parâmetros do pluralismo, e ao mesmo tempo estabelecer seus interesses múltiplos, liberando suas próprias ideias.²⁰⁷ De acordo com isso:

A relação entre Constituição e pluralismo talvez possa ser compreendida na relação entre igualdade e diversidade. Se a Constituição afirma a igualdade dos cidadãos, o pluralismo reconhece as particularidades e clama para que o princípio da igualdade seja interpretado no contexto da diversidade.²⁰⁸

Além disso, o pluralismo é garantido pela Constituição, e a partir disso não é possível haver o plural sem o singular²⁰⁹, mas é preciso deixar claro que a aplicação do pluralismo nas lides processuais depende de um elemento essencial do direito, a interpretação jurídica. Logo, “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta”²¹⁰, e “os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for à sociedade”²¹¹, outrossim:

A relação entre Constituição e pluralismo deve considerar que em uma ordem constitucional, o respeito à diferença implica a aceitação de que nenhuma das ordens legitimadas pela Constituição possui caráter absoluto, ou seja, o pluralismo deve ter como premissa básica o direito de um não negar o direito do outro.²¹²

Diante disso, é necessário aceitar que o direito sofre transições constitucionais. Entretanto, por mais que ocorra a mudança de sentido de algumas normas devido ao impacto da evolução da realidade constitucional, essas modificações no modo de interpretar e aplicar a norma não devem contrariar os princípios estruturais da Constituição.²¹³

A abertura do sistema ocorre nos casos em que existe paridade de uma situação de fato em relação a norma vigente, quando uma norma posta que trata de princípios pode enquadrar-se a outra relação onde encontram-se características

²⁰⁷ HABERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Op. cit., p. 107.

²⁰⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Op. cit., p. 42.

²⁰⁹ Ibidem, p. 57.

²¹⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Op. cit., p. 13.

²¹¹ Idem.

²¹² MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Op. cit., p. 57.

²¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 6 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1229.

semelhantes, ou quando a interpretação da normas demonstra que é possível remediar uma situação que está à margem do direito, aplicando um norma análoga.²¹⁴

Assim essa relação entre a abertura da ordem constitucional e o pluralismo jurídico, encontra-se presente nas situações socialmente consolidadas e de longa duração, que refletem situações de conflito social e cultural, particularmente complexas e evidentes, como é caso dos arranjos familiares não previstos no texto constitucional. A análise dessas situações revela a necessidade de aplicação do pluralismo jurídico, para quebrar os paradigmas existentes em relação a homogeneidade estabelecida nas sociedades capitalistas.²¹⁵ Além disso, a sociedade brasileira contemporânea é “uma sociedade plural, onde as visões do que seja boa vida variam conforme as perspectivas culturais e sociais nas quais o sujeito está inserido”.²¹⁶

Diante disso, o papel da abertura da ordem constitucional é ser um meio de transformação e evolução do direito, de modo a possibilitar o reconhecimento de direitos que ainda não possuem previsão legal, pois ainda existem situações concretas no dia a dia da sociedade brasileira que não estão previstas em lei, mas existem de fato e geram efeitos jurídicos, como é o caso das relações familiares denominadas de famílias simultâneas.

1.3. O PLURALISMO E SUA APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A atual Carta Magna passou a representar em seu texto a realidade de milhares de famílias brasileiras, pois reconheceu que a família é um fato social e, assim instituiu o artigo 226, que prevê proteção estatal não somente a família originada do casamento, mas também a outros arranjos familiares que manifestem vínculo de afetividade, como é o caso das uniões estáveis e da família monoparental.

Essa nova concepção acerca da família reconhece que o núcleo familiar é fundamental para o desenvolvimento da sociedade, pois o indivíduo busca a felicidade e a realização pessoal dentro do seio familiar. Assim, a proteção da família pelo Estado se justifica, para que ocorra a tutela da dignidade da pessoa humana, pois a

²¹⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

²¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Op. cit. p. 76.

²¹⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Op. cit., p. 52.

família serve de “instrumento para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana e para realização plena de seus membros”.²¹⁷

Desse modo, a família deixa de ser compreendida como um núcleo econômico e reprodutivo, que almejava apenas a proteção patrimonial e passa a ser vista sob uma perspectiva socioafetiva²¹⁸, considerando que na atualidade o afeto tornou-se o principal elemento das novas representações sociais e dos novos arranjos familiares.

Complementarmente ao princípio da afetividade o princípio do pluralismo demonstra a necessidade de se promover proteção as diversas formas de família existentes na sociedade brasileira, afim de, proteger a dignidade humana dos indivíduos pertencentes a esses arranjos familiares que existem na sociedade, mas não possuem previsão normativa.

1.3.1 O pluralismo familiar presente na Constituição Federal de 1988

O pluralismo é um elemento intrínseco ao Estado Democrático de Direito e ao conteúdo da Constituição Federal de 1988, esse princípio tem por finalidade apresentar novas respostas às atuais demandas da sociedade, considerando a multiplicidade e diversidade dos objetivos humanos acerca da formação de um núcleo familiar nos dias hoje, visto que atualmente existe uma pluralidade de entidades familiares.

Dessa forma, “fazendo concessão ao direito vivo, a Constituição Federal de 1988 consagrou o pluralismo em matéria de relações familiares, rendendo-se à realidade do quadro multifacetário característico da família brasileira”.²¹⁹ Essa “nova ordem constitucional consagra a proteção da família na pessoa de cada um de seus membros rompendo com a racionalidade dos modelos fechados, abraçando a concepção plural de família que sempre esteve presente na sociedade, ainda que sujeita a estigmatizações”.²²⁰

A atual Carta Magna prevê proteção à família plural e eudemonista, mas isso é resultado de uma luta por direitos construída ao longo de muitas décadas, e que

²¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito de Civil**. Famílias. 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas S. A., 2015, p. 62.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ RAMOS, op. cit., p. 108-109.

²²⁰ RUZYK, op. cit., p. 163.

vem à tona com o direito legislado.²²¹ Foi sob essa nova concepção, que a Constituição instituiu uma nova ordem constitucional que sustenta todo o direito de família contemporâneo, baseado em dois pilares, na mudança do papel instituído as entidades familiares e na ruptura do conceito de unidade familiar.²²²

A família passou a ter um papel funcional, ela passou a ser um instrumento de promoção da dignidade humana, que almeja “o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram”.²²³ Com isso, houve o abandono do “conceito formal para adotar o conceito flexível e instrumental que reconhece como família outras comunidades afetivas não constituídas pelo casamento (...) desde que mantenham como objetivo a função social a qual se destinam”.²²⁴ Deste modo, cada família dentro de suas características e de sua finalidade comum, desenvolve o seu próprio conceito de unidade familiar.²²⁵

Para atender essa necessidade de o direito se aproximar da realidade social, “a metodologia adotada, coerente com uma preocupação sistemática acerca do direito, deve centrar-se na ordem principiológica constitucional”.²²⁶ Visto que, “os princípios como elementos unificadores do sistema (...) servem de fundamento a elaboração de outros textos normativos e, sobretudo, são base relevante a determinar o sentido da construção normativa, que se realiza no plano concreto”.²²⁷

Essas mudanças valorativas do direito de família decorrem de um conjunto de princípios implícitos na Constituição, como o princípio do pluralismo e o princípio da afetividade e a interpretação desses princípios pelo poder judiciário, é o que permite o reconhecimento de outros arranjos familiares.

Do ponto de vista formal, a tutela das relações familiares não se prende mais exclusivamente à origem no matrimônio ou no vínculo de sangue, passou-se a valorizar os laços afetivos, pois atuam em favor da solidariedade e da dignidade humana. O afeto tornou-se, o elemento unificador da família nos seus variados perfis de comunhão de vida, o que justifica o reconhecimento da pluralidade de formas

²²¹ Idem.

²²² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Analisando as relações familiares em busca de uma maior eficácia dos direitos fundamentais. In: _____. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83-131, p. 87.

²²³ Ibidem, p. 88.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Idem.

²²⁶ RUZYK, op. cit., p. 19.

²²⁷ Idem.

familiares existentes no meio social. Pautando-se nessa concepção, é que a Constituição vigente passou a proteger a família, sem fazer distinção aos diferentes modelos de entidade familiar.²²⁸

Considerando que “a previsão constitucional acerca do reconhecimento jurídico das entidades familiares diversas do modelo matrimonializado implica (...) uma ruptura com a unicidade codificada, que vinculava a família a um único modelo centrado no matrimônio”²²⁹, o que leva a família a ser reputada como plural.²³⁰

O princípio da pluralidade familiar, é importante para as relações familiares, pois desloca o centro da tutela constitucional do casamento para as relações familiares em caráter geral, independentemente de serem ou não constituídas pelo matrimônio, como é o caso da família constituída pela união estável de um casal, prevista no artigo 226, § 3º da atual Carta Magna.

A previsão constitucional acerca da união estável gerou mudanças no Código Civil de 2002, entretanto é necessário destacar que essas mudanças realizadas são na verdade²³¹, “adaptações e evoluções dentro de um sistema em uma mesma estrutura”.²³² A transformação do texto civil foi algo, de suma relevância e necessidade, pois a Constituição de 1988 reconheceu em seu conteúdo a união estável como mais uma forma de família.²³³

Essa mudança no conceito de família está indiretamente relacionada aos princípios do pluralismo, da dignidade da pessoa humana, da democracia, da igualdade e da liberdade²³⁴, e a aplicação desses princípios no direito de família foi o que permitiu “a legitimação de famílias baseadas no afeto, centradas mais no interesse da pessoa humana do que nos formalismos da lei, dando-se origem à chamada família eudemonista”.²³⁵ Além disso, isso abriu espaço a uma nova orientação no direito de família contemporâneo, que estimula as pessoas a buscar a

²²⁸ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 88-89.

²²⁹ RUZYK, op. cit., p. 34.

²³⁰ Idem.

²³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 207.

²³² Ibidem, p. 208.

²³³ Idem.

²³⁴ KRAPF, Alessandra Heineck. **Famílias simultâneas: reflexos jurídicos a partir de uma perspectiva constitucional e jurisprudencial**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/alessandra_krapf.pdf> Acesso em 08 mar. 2017

²³⁵ Idem.

felicidade em meio ao núcleo familiar por eles formado, considerando a base plural de famílias presente no art. 226 da Constituição Federal²³⁶, que dispõe:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O referido artigo prevê proteção do Estado à família, e com isso prenuncia indiretamente a manutenção do grupo familiar, pois a família como base da sociedade se mostra, sobretudo como um instrumento fundamental para a própria sobrevivência do ser humano.²³⁷ Destacando, “a indiscutível relevância do conceito de família, pois, na medida em que os hábitos são alterados com a evolução dos tempos, isso necessariamente resulta em uma adaptação de conduta do ser humano”²³⁸ em relação às transformações nas formas de constituição de família.

A união estável é um instituto familiar que rompe com a barreira cultural que existia de que a família só poderia ser constituída através do casamento entre um homem e uma mulher. Esse modelo de entidade familiar não possui na lei um conceito específico, e então “para entender a união estável é fundamental compreender antes, o que é família”²³⁹, pois o “conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um ‘núcleo familiar’²⁴⁰, e os elementos que definem essa entidade familiar segundo parte da jurisprudência e doutrina são a “durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, e relação de dependência econômica”.²⁴¹

O artigo 1.723 do Código Civil também prevê algumas características da união estável, estabelecendo como elementos inerentes a essa entidade familiar, a

²³⁶ OLIVEIRA, André Soares; ROSSINI, Guilherme de Melo; SILVA, Pedro Francisco Mosimann da. Conjugalidades simultâneas na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina depois da Emenda Constitucional nº 66/2010. **Cadernos do Programa de Pós Graduação UFRGS**, vol. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/45458>> Acesso em 8 mar. 2017

²³⁷ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sobre o prisma da unidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 171.

²³⁸ Ibidem, p. 171-172.

²³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união estável**. Op. cit., p 209.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ Idem.

convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Entretanto, de acordo com Dias, o que a lei realmente exige não é publicidade, mas sim notoriedade, pois²⁴²:

A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de entidade familiar relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade condição de 'como se casados fossem'.²⁴³

Além disso, não é “exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável”²⁴⁴, mas a relação não deve ser circunstancial, ela deve se prolongar no tempo, devendo haver a durabilidade e continuidade do vínculo. Quanto ao objetivo de constituir família, esse é um pressuposto de caráter subjetivo no qual o interprete do direito deverá analisar cada caso apresentado individualmente, para então averiguar se naquela situação fática havia a vontade de as partes estarem juntos de modo semelhante ao que ocorre na família matrimonializada²⁴⁵, isto é, se havia “prova do enlaçamento de vida e do comprometimento recíproco”.²⁴⁶

Entretanto, a falta de “um desses elementos não significa que esteja descaracterizada a união estável”²⁴⁷, pois “é o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família”²⁴⁸, mas “o essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família”.²⁴⁹

No momento em que a Constituição passou a prever direitos à união estável, isto é, a uma entidade familiar não constituída pelo casamento, isso reforçou a ideia de que as estruturas familiares adquiriram novos contornos e atualmente não apenas as relações familiares constituídas por meio do casamento merecem reconhecimento e proteção, sendo dever do Estado reconhecer a existência de várias possibilidades de arranjos familiares.²⁵⁰ Nesse contexto, compreende-se que a família é um meio

²⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 244.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Ibidem, p. 245.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ Ibidem, p. 246.

²⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união estável**. Op. cit., p 209.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 46.

para a formação pessoal, enquanto que “o Estado e o direito são apenas instituições para a segurança e a promoção dos indivíduos”.²⁵¹

O reconhecimento de efeitos às situações familiares de fato demonstra que nem todo o direito se encontra na lei, pois o direito é invadido pelos fatos, o “que o obriga a reformular-se, reconhecendo a existência de espaços por ele não abrangidos”.²⁵² Desse modo, “uma análise acerca da dimensão e do alcance das normas e princípios contidos no art. 226 da Constituição, em face dos critérios de interpretação constitucional”²⁵³, deixa evidente a superação do *numerus clausus* das entidades familiares. Posto que, “cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude dos requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra”.²⁵⁴

No momento em que “a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, bem como pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis”²⁵⁵, que assim contemplam suas especificidades. Pois, não é possível admitir que nosso ordenamento seja regido por regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais, de modo a discriminar relações familiares, apenas por não haver previsão normativa acerca daquela situação de fato.²⁵⁶

Portanto, denota-se que o princípio do pluralismo surge para transformar a concepção monista que defende o reconhecimento de um núcleo familiar, apenas se esse possuir expressa previsão normativa. O pluralismo admite como legítima a simples existência do vínculo familiar decorrente da situação de fato, quando essas relações possuem características semelhantes as entidades familiares previstas na Constituição. Assim, esse princípio engrandece o direito, pois permite que o ordenamento jurídico se aproxime da realidade social.

1.3.2 O pluralismo conjugado com o princípio da igualdade

O conceito de família foi alterado para a nomenclatura de entidade familiar, considerando que sob a perspectiva pluralista o texto constitucional passou a

²⁵¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 42.

²⁵² RAMOS, op. cit., p. 30.

²⁵³ LOBO, Paulo. **Direito Civil**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 75.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Idem.

reconhecer a existência de diferentes modelos de entidade familiar, quebrando com isso o paradigma de que a família só poderia ser constituída pelo casamento.

Por isso, “a união estável consagrada na Constituição Federal, sob a égide do princípio da pluralidade das entidades familiares e na superação do monismo do matrimônio, não pode ter sua compreensão”²⁵⁷ baseada nos limites linguísticos presentes na prescrição normativa.²⁵⁸

Essa transformação é decorrente do pluralismo, princípio inerte a Constituição Federal de 1998, que traz em seu conteúdo um dever do Estado em promover a igualdade a todos os seus membros, independentemente da cultura, religião, gênero e demais características do indivíduo, de modo que seja conferida proteção estatal as maiorias e minorias. Dado que, “a lei considera todos igualmente, ressaltando as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer à igualdade material”²⁵⁹, pois algumas pessoas precisam de uma resposta diferente, devido as características próprias inerentes a pessoa ou ao grupo social em que ela está inserida.

A Constituição Federal afirma a igualdade dos indivíduos, e o pluralismo reconhece as particularidades das pessoas que clamam por igualdade em um contexto de diversidade.²⁶⁰ O pluralismo é, portanto um instrumento de igualdade que possibilita que situações fáticas marginalizadas pelo direito, possam vir a tomar voz em meio a sociedade e clamem por mudanças a fim de terem seus direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Essas minorias que clamam pelo reconhecimento legal de seus direitos fazem isso, fundamentadas no próprio texto constitucional que prevê igualdade a todos no seu preâmbulo, ao dispor que o Brasil é “(...) um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”²⁶¹, o que também se verifica no conteúdo do seguinte artigo:

²⁵⁷ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 233.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 46.

²⁶⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico: notas para pensar o direito na atualidade**. Op. cit., p. 58.

²⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Centro Gráfico, 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (...).²⁶²

Assim resta evidentemente demonstrado que atual Carta Magna colocou os direitos e garantias fundamentais como elementos centrais do Estado Democrático de Direito, trazendo em seu conteúdo a previsão de igualdade formal. Mas, atualmente a sociedade precisa da adoção de uma concepção substancial de igualdade, que leve em conta a sua operacionalização.

O princípio da igualdade material tem como fundamento a ideia de que todas as pessoas possuem o mesmo teor de dignidade, admitindo que sejam feitas diferenciações apenas em prol de um tratamento justo, pois o tratamento desigual deve ser realizado na medida das desigualdades, não se admitindo discriminações arbitrárias.²⁶³

Sob esse viés, a igualdade deve operar de modo negativo vedando que o legislador ao editar as leis crie privilégios entre pessoas que se encontram na mesma situação, e fazendo com que o operador do direito aplique a lei de forma igualitária, sem distinções, quando ele estiver diante de casos onde as pessoas estão em situação idêntica.²⁶⁴

O sentido positivo do princípio da igualdade aparece devido a necessidade de a sociedade equilibrar as situações de desvantagem pautadas em privilégios. Assim, as medidas de discriminação positiva surgem para tentar corrigir as desvantagens que alguns grupos vulneráveis sofrem, o que é geralmente realizado por meio “de políticas compensatórias que estimulam a igualdade de tratamento e de oportunidades”.²⁶⁵

Essa pluralidade provém de uma análise cultural da Constituição, que não traz em seu conteúdo normativo um rol fechado e exemplificado, justamente porque a dimensão e diversidade cultural do nosso país não permite limitar a sociedade brasileira. Porque a Constituição possui uma estrutura aberta de cooperação e integração, tanto no âmbito externo como no plano interno, o que faz com que a ordem

²⁶² Idem.

²⁶³ PAOLA, Beatriz Oliveira de. **Constituição e pluralismo**: a materialização do princípio da igualdade em um mundo de estigmas. 79 f. Projeto de Monografia do Programa de Graduação em Direito. Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba. 2013, p. 69.

²⁶⁴ Ibidem, p. 70.

²⁶⁵ Ibidem, p. 71.

plural existente no Brasil, não seja algo pronto e acabado, mas sim uma ordem dinâmica que está em constante mutação.²⁶⁶

Assim, parte da doutrina vem afirmando não ser mais correto se referir ao compêndio direito de Família, mas sim a identificação no plural, direito das famílias, pois o referente conceito deve abarcar as diversas formas de famílias. Essa inovação não surgiu repentinamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988²⁶⁷, “a chave para se entender a razão do estabelecimento de uma pluralidade de famílias em substituição ao modelo único encontra-se no conceito de função”²⁶⁸ da família.

O princípio da dignidade da pessoa humana é que ditará o conteúdo para a proteção da família, “a proteção especial endereçada à família opera-se em razão de seu papel na promoção da dignidade humana e está condicionada a realização dessa função”.²⁶⁹

Quanto à igualdade entre as diversas entidades familiares, cumpre sublinhar que igualdade não equivale a igualitarismo. Não há como equiparar a união estável ao casamento porque são entidades com características diferentes²⁷⁰, o mesmo ocorre com as outras entidades familiares. Além do mais, “a inexistência de hierarquia entre as diversas formas de entidade familiar, na perspectiva do direito civil constitucional, parece ser uma decorrência necessária da função que a família é atribuída”²⁷¹, pois “não parece razoável que uma determinada família, em razão da valoração de sua estrutura, receba maior apreço jurídico do que outra”.²⁷²

Assim, demonstra-se que “na ordem constitucional, a família é tutelada sobretudo em razão de sua função e do espaço privilegiado para o desenvolvimento das potencialidades de seus membros e não em razão de fatores de natureza patrimonial”.²⁷³ Pois, “a funcionalização das famílias a realização de um fim fez desaparecer a hierarquização entre as entidades familiares, tornando-as todas merecedoras de especial tutela do Estado”.²⁷⁴

²⁶⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico**: notas para pensar o direito na atualidade. Op. cit., p. 74.

²⁶⁷ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 289.

²⁶⁸ Ibidem, p. 290.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Ibidem, p. 291.

²⁷¹ Ibidem, p. 292.

²⁷² Idem.

²⁷³ Ibidem, p. 293.

²⁷⁴ Idem.

O pluralismo jurídico está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, reforçando o direito que cada pessoa tem de decidir como viver “a sua vida segundo os valores que melhor realizem a sua personalidade”.²⁷⁵ A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu conteúdo essa concepção pluralista permitindo “uma multiplicidade das visões de mundo, que acarretam a possibilidade de cada pessoa construir uma concepção própria do que seja bom pra si”.²⁷⁶

Visto que, no Brasil possuímos um policulturalismo evidente, o que torna necessário o respeito “as diferenças de concepções diversas de projetos de vida”.²⁷⁷ O que possibilita que o indivíduo construa dentro de sua cultura, crença e realidade de vida, o seu conceito de dignidade humana e vida boa.²⁷⁸ Pois, o direito a ser igual emerge quando o a diferença inferioriza, e o direito a ser diferente eclode quando a igualdade nos descaracteriza.²⁷⁹

Essa luta pela diferença cultural, identidade coletiva, autonomia e autodeterminação assumem “a forma de luta pela igualdade de acesso a direitos e recursos, pelo reconhecimento e exercício efetivo de direitos de cidadania ou pela exigência de justiça”.²⁸⁰ Destacando o dever do Estado em promover a cultura das minorias²⁸¹, pois a pessoa humana assume atualmente a centralidade do ordenamento jurídico de modo que o indivíduo tornou-se o fim do direito e não mais o meio.²⁸² Não sendo possível definir um conceito fechado de dignidade humana, pois a essência da Constituição é um processo indefinidamente em aberto que deve observar a construção da vida social.²⁸³

Nessa concepção pluralista fundamentada em uma sociedade aberta, a dignidade da pessoa humana demonstra a necessidade de reconhecimento da pessoa como sujeito. O que torna inadmissível o tratamento denegridor da pessoa, bem como a instrumentalização degradante e coisificação da pessoa pelo Estado.²⁸⁴

²⁷⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia privada no Estado Democrático de Direito. _____. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 87.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Idem.

²⁷⁸ Ibidem, p. 107.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Ibidem, p. 110.

²⁸¹ Ibidem, p. 111.

²⁸² Ibidem, p. 113.

²⁸³ Ibidem, p. 114.

²⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: 2012, p. 21.

Assim, os direitos fundamentais no contexto normativo, possibilitam considerar o ser humano concreto com todas as suas características e vulnerabilidades, de modo que cada um possa expressar a própria individualidade.²⁸⁵

Toda essa construção jurídica acerca do pluralismo familiar em relação ao direito de igualdade dentro das entidades familiares, tornou-se possível, através da interpretação dos princípios constitucionais de forma conjunta, com isso é que depreende-se a pluralidade de formas familiares admitida na Constituição Federal de 1988, importante transformação do ordenamento jurídico, que emergiu para atender a uma demanda da sociedade brasileira contemporânea, que já não se conformava mais com um modelo de família único.

1.3.3 Da pluralidade de formas de família

O pluralismo passa a ser adotado efetivamente pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu a abertura do texto constitucional permitindo a expansão dos direitos, através da interpretação. O pluralismo incentiva o reconhecimento de diferentes fontes normativas não advindas apenas do Estado, diferentemente da teoria monista que concebia o Estado como única fonte normativa. Assim o pluralismo contribui de modo efetivo para a expansão da produção jurídica, todavia, é importante destacar que o pluralismo está diretamente relacionado a Constituição, pois o texto constitucional é o critério de validade da norma, de modo que deve ser observado também no momento de interpretação da norma.

Assim, nota-se que “o *caput* do art. 226 é, consequente cláusula de inclusão, que não admite excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade, ostensibilidade e objetivo de constituição de família”²⁸⁶, requisitos inerentes à união estável. O texto constitucional prevê que a união estável, é a relação de convivência constituída por um homem e uma mulher, desimpedidos e, portanto livres, aptos a contraírem matrimônio.²⁸⁷

Assim, questão tormentosa surge quando um homem ou mulher com casamento vigente, isto é, não separado de fato de seu cônjuge, constitui outra relação de convivência paralela, com características semelhantes a união estável.

²⁸⁵ TEIXEIRA, op. cit., p. 116-117.

²⁸⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Op. cit., p. 76.

²⁸⁷ WOFF, op. cit., p. 177.

Esse modelo de relacionamento é denominado de família simultânea e não tem previsão legislativa. Todavia, no Brasil existem vários casos na jurisprudência, envolvendo homens que são casados ou já possuem uma companheira, mas partem em busca de novos relacionamentos sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem, dividindo-se entre duas casas, duas mulheres e tendo filhos com ambas.²⁸⁸

De acordo com Hironaka, por mais que esse tipo de relação familiar seja informal, ela gera efeitos jurídicos e deve ser amparada pelo direito, pois o conceito atual de família tem por base uma visão pluralista da família, que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade.

Esse pressuposto está correlacionado com a busca pelo eudemonismo, isto é, o objetivo de felicidade decorrente da “convivência interpessoal marcada pela afetividade e pela solidariedade mútua, e que se estabelece, normalmente, dentro de ambientes considerados familiares, pelas novas visões do que sejam entidades familiares”.²⁸⁹

No entanto o princípio do pluralismo não é aplicado de maneira isolada, ele está vinculado à existência de uma ordem constitucional aberta, que permite o reconhecimento de outras entidades familiares. O que está indiretamente relacionado ao direito de liberdade e autonomia que o cidadão possui, visto que toda pessoa tem o direito de delimitar objetivos, desenvolver um plano de vida individual e defendê-lo.²⁹⁰

Segundo Lobo, “além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de ser ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macrop princípio da dignidade da pessoa humana”²⁹¹, pois, “o indivíduo é uma pessoa, um ser humano por direito próprio que tem a liberdade de escolher seus papéis para desbloquear todas as suas potencialidades”.²⁹²

²⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 137-138.

²⁸⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias paralelas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67983/70840>> Acesso em 08 mar. 2017.

²⁹⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Op. cit., p. 25.

²⁹¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania**. O novo CCB e a Vacatio Legis. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 93.

²⁹² *L'individu est une personne un être humain à part entière qui a la liberté de choisir ses rôles afin de développer toutes ses potentialités*. MICHEL, Andrée. *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*. **Archives de Philosophie du Droit**, 131, 1975, p. 131.

Isso decorre da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana dentro do seio familiar, visto que a ordem constitucional aberta protege a família independentemente de sua origem. Ademais, as diferentes formas de entidade familiar, hoje existentes na sociedade brasileira possuem as mesmas qualidades que as famílias tradicionais, pois regem suas relações a partir da união, do afeto, da solidariedade, do respeito, da confiança, do amor e do projeto de vida em comum. O que permite a todos os indivíduos desses arranjos familiares pleno desenvolvimento pessoal e social, baseado em ideais pluralistas.

Essa preocupação com uma visão mais aberta de pluralismo advém “da contribuição que o operador do direito pode dar na construção de uma nova sociedade mais justa e com menos desigualdades”.²⁹³ A inovação jurídica realizada por meio da interpretação constitucional ganha espaço atualmente no direito brasileiro, pois “nem todo o problema concreto acha um desate direto e imediato num claro dispositivo da Constituição exigindo portanto que se descubra ou se crie uma solução segundo um método que norteie a tarefa”.²⁹⁴ De acordo com Mendes:

A tarefa hermenêutica se faz a partir de um problema e com vistas a equacioná-lo, estando, porém, o aplicador sempre vinculado ao texto constitucional. Para obter o sentido da norma, o interprete parte da sua pré compreensão do significado de enunciado, atuando sob a influência das suas circunstâncias históricas concretas, mas sem perder de vista o problema prático que demanda a sua atenção. O interprete estabelece uma mediação entre o texto e a situação em que ele se aplica.²⁹⁵

Hoje é demasiadamente necessária a utilização da interpretação dos dispositivos normativos para que o poder judiciário se aproxime mais da realidade das partes e obtenha uma sentença mais justa, pois existem ainda várias situações que não possuem regulamentação legal, mas apenas uma previsão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, como as lides processuais envolvendo famílias paralelas.

Nesses casos, a interpretação dos princípios constitucionais é fundamental, pois abre-se uma nova dimensão interpretativa acerca do próprio conceito de família.

²⁹³ MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico**: notas para pensar o direito na atualidade. Op. cit., p. 109.

²⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

²⁹⁵ Ibidem, p. 105.

O princípio do pluralismo traz uma amplitude argumentativa que proporciona proteção a situações ainda desprotegidas pela lei. Todavia, para que haja uma maior proximidade com os anseios da sociedade, compreende-se que o pluralismo deve ser aplicado conjuntamente ao princípio da afetividade e a característica eudemonista, pois a partir disso fica devidamente demonstrado que na:

Família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu amago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.²⁹⁶

As pessoas mudam com o passar do tempo, mudam também os seus anseios, suas necessidades e seus ideais, mas a vontade de manter o ninho familiar permanece, assim como também permanece a maneira de organizá-lo e de fazê-lo prosperar, mas sob vigor e rigidez de um direito codificado, esse fenômeno de transformação da sociedade pode se revelar engessado, por ser estreita demais a norma para tão expansível realidade.²⁹⁷

A vida é dinâmica e está em constante transformação, enquanto que as leis possuem um caráter estático.²⁹⁸ Além disso, o fenômeno jurídico não se esgota nas leis, ele é fruto das relações humanas, é produto espontâneo da própria sociedade. Um fato social não se prende a doutrinas, normas ou prescrições estatais, esse institutos não conseguem deter a ocorrência ou não de um fato social, pois ele provém das relações entre as pessoas, o que entrelaça o direito e a sociedade.²⁹⁹

Foi isso que acarretou nos últimos tempos o desprestígio das codificações, a norma que, dispõe acerca da família brasileira aprisiona e exclui relações que não suportam mais o encarceramento e o anonimato, pois são relações familiares diferentes, são fenômenos infinitamente humanos, provenientes do amor, do afeto e da solidariedade.³⁰⁰

²⁹⁶ OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 7.

²⁹⁷ Idem.

²⁹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 138.

²⁹⁹ PAOLA, op. cit., p. 13.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., p. 8.

Assim, “o reconhecimento desse direito insurgente é fundamental para a sociedade, principalmente para os grupos sociais que vivem à margem do sistema Estatal”³⁰¹, pois “hoje, se evidencia no mundo jurídico a diversidade de composições familiares, reconhecendo nessas uniões um modelo plural de família a ser protegido pelo direito”.³⁰² Aliás, as demais entidades familiares não previstas no texto constitucional, “são tipos implícitos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*”³⁰³ do artigo 226 da Constituição Federal. Considerando que, todo conceito jurídico “indeterminado, depende de concretização dos tipos na experiência da vida, conduzindo a tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade”.³⁰⁴

Denota-se que “sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram”³⁰⁵, e comprometeria a realização da dignidade da pessoa humana. Além disso, “a reivindicação e o reconhecimento de direitos de igualdade, respeito à liberdade e a intimidade de homens e mulheres, assegura a toda pessoa o direito de constituir vínculos familiares e de manter relações afetivas, sem qualquer discriminação”.³⁰⁶

O texto constitucional possui uma previsão legal do que é família, mas a intenção da legislação não é ter um caráter estático. A Constituição é composta por um núcleo duro de direitos imutáveis, as denominadas cláusulas pétreas, mas o restante de seu conteúdo pode e deve ter a sua interpretação atualizada de acordo com as mudanças que ocorrem na sociedade, isso ocorre por meio da mutação constitucional. Essa ferramenta constitucional é extremamente necessária e diz respeito à possibilidade de o poder judiciário realizar uma nova interpretação acerca de uma norma constitucional, sem alterar o texto da lei, pois o direito não consegue ser modificado na mesma velocidade que ocorrem as transformações sociais.

³⁰¹ PAOLA, op. cit., p. 14.

³⁰² FACHIN, Rosana. Em busca da família do novo milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania**. O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 59.

³⁰³ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Op. cit., p. 95.

³⁰⁴ Idem.

³⁰⁵ Ibidem, p. 96.

³⁰⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 259.

Assim, o texto da Carta Magna permanece imutável, mas o sentido da norma é ampliado para abarcar situações fáticas não previstas normativamente pelo ordenamento. Pois, hoje é plenamente possível que o jurisdicionado amplie o sentido literal da norma através da interpretação para dar respostas a situações fáticas que não possuem respaldo legal. Portanto, analisando individualmente a situação fática de cada lide processual, interpretando os princípios e os dispositivos constitucionais o jurisdicionado consegue verificar se naquele caso será possível ou não o reconhecimento daquela conjuntura de convivência, como uma entidade familiar.

O reconhecimento das famílias simultâneas no Poder Judiciário também depende desse processo, isto é, também depende da análise do caso concreto e da interpretação na norma constitucional. Todavia, verifica-se que esse modelo de interpretação ampliativa, ainda está em construção e tem apoio minoritário na jurisprudência, pois ainda há muita divergência quanto a possibilidade de ampliação das normas, pois muitos jurisdicionados ainda defendem a necessidade de interpretação literal da norma. O que ressalta a necessidade de haver uma previsão normativa acerca do tema para proporcionar maior segurança jurídica às famílias brasileiras.

2 – O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E A NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

2.1. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA: DA PERSPECTIVA MONISTA À CONCEPÇÃO PLURALISTA

É possível observar que com o passar dos anos a família brasileira passou por várias transformações. De fato, essas mudanças foram primordiais para que houvessem alterações legislativas voltadas a família, pois com isso surgiram novas concepções sobre o que é família, dando espaço para o afeto, importante elemento da família contemporânea que ressalta a busca pela felicidade e realização do indivíduo dentro do âmbito familiar.

Contudo, “as diversas concepções históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes”³⁰⁷, pois antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a subjetividade do indivíduo não era considerada como algo importante para o ordenamento jurídico.

No modelo de família antigo, “não fazia sentido sustentar a relevância da afetividade na formação do vínculo familiar”³⁰⁸, naquela época prevaleciam os elos biológicos e religiosos. Acreditava-se que o meio legítimo de formação de uma família ocorria apenas por meio do matrimônio entre um homem e uma mulher.

Entretanto, chega-se um momento em que esse sistema jurídico clássico entra em crise, pois as características da sociedade contemporânea no final do século XX passaram a demonstrar claramente “a necessidade de se tutelarem outras formas possíveis de convivência familiar, que não exclusivamente a constituída pelo casamento”.³⁰⁹

Com a “industrialização, ocorreu o processo de urbanização acelerada e o surgimento de movimentos de emancipação das mulheres”³¹⁰, desse momento em diante, “ocorreram profundas transformações econômicas e sociais, consequentemente comportamentais, que puseram fim à instituição familiar nos

³⁰⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contextos e efeitos**. 288 f. Dissertação do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 193.

³⁰⁸ Idem.

³⁰⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A família na Constituição Federal de 1988: união homoafetiva, adoção e famílias simultâneas. In: CLEVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 731.

³¹⁰ Idem.

moldes patriarcais”³¹¹, o que fez com que os arranjos familiares se desvinculassem do modelo de casamento formal, dando lugar as famílias instituídas por um núcleo familiar baseado no afeto.

Essa transformação ocorre basicamente com o advento da Constituição de 1988, que defende a possibilidade de reconhecimento de direitos a uma multiplicidade de outras entidades familiares não mais restritas ao casamento e, elege a afetividade, a liberdade e a igualdade para nortear os novos arranjos familiares.³¹² É nesse compasso, que a família passa então a ser instrumento para o bem estar e desenvolvimento dos seus membros, privilegiando os interesses existenciais de cada indivíduo pertencente ao núcleo familiar.³¹³

Destacando, a importância do processo de ruptura da concepção monista, e do advento do pluralismo em relação à possibilidade de reconhecimento de uma pluralidade de formas de família, em vista da atual concepção existente sobre o conceito de núcleo familiar. Pois, o atual texto constitucional rompeu com o paradigma monista, que defendia o reconhecimento apenas da família proveniente do casamento, adotando a concepção pluralista, que amplia o âmbito de proteção do direito, prevendo proteção a diferentes modelos de entidade familiar provenientes de um vínculo de amor, afeto e solidariedade entre seus membros.

2.1.1 O conceito de família do Código Civil de 1916: reflexos do modelo monista

A família é um elemento do ordenamento jurídico que está em constante evolução e dele demandam necessidades vitais a serem protegidas pelo direito. O modelo de entidade familiar contemporâneo tem como principais características o pluralismo familiar, pois atualmente aceita-se a existência de diversos modelos de família, considerando que hoje é de extrema importância o elo de afeto dentro da relação familiar, pois a família é o lugar onde o indivíduo encontra respaldo para crescer e se realizar.

Todavia, é necessário destacar que esse conceito de família contemporâneo se desenvolveu apenas a partir do final do século XX, antes disso prevalecia na ordem jurídica brasileira uma concepção completamente monista sobre a formação a família,

³¹¹ NASCIMENTO, Carmem Sofia C. do. Famílias plurais – Tipos de famílias. In: BAPTISTA, Sílvia Neves (Coord.). **Manual de Direito de Família**. 2ª ed. rev. e ampl. Recife: Bagaço, 2010, p. 25.

³¹² MATOS, op. cit., p. 731.

³¹³ Idem.

pois até o século XIX estava vigente um Estado liberal hegemônico, que “caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico”.³¹⁴ O ideal de liberdade nessa época era voltado para “a aquisição, domínio e transmissão da propriedade”³¹⁵, enquanto que a igualdade apresentava-se apenas no seu aspecto formal.

A família das grandes codificações liberais burguesas, não era pautada pelos princípios de liberdade e de igualdade, além disso, as relações familiares estavam à margem dos interesses patrimoniais, que era o que determinava as relações civis.³¹⁶ Essa concepção arcaica sobre a constituição da família, é decorrente de características da Idade Medieval, pois lá “o casamento era visto como uma instituição religiosa, regrado e tutelado pelas leis da Igreja”³¹⁷, e “preponderavam interesses econômicos, patrimoniais e sociais, os quais balizavam as decisões acerca das conveniências das uniões matrimoniais”.³¹⁸

Esse formato de família baseado exclusivamente no matrimônio e na exclusão de todas as demais formas de união, permaneceu vigente por muito tempo, pois, ainda no século XX, percebia-se que a legislação possuía uma forte preocupação econômica com regras sobre a destinação do patrimônio e sobre a segurança jurídica das situações que envolviam os bens patrimoniais da família.³¹⁹

O modelo tradicional da família não levava em consideração as aptidões intelectuais e as aspirações dos indivíduos³²⁰, não havia preocupação com o reconhecimento da subjetividade dos membros familiares. Por isso nem se falava no tema da afetividade, “até a metade do século passado, o aspecto subjetivo das relações pessoais restava subjulgado pelo direito e, de certo modo, pela própria sociedade”.³²¹

Nesses moldes, “o sistema jurídico clássico elegia apenas uma faceta da realidade para ser apreendida pela normatividade”³²², e era comum, “observar certo

³¹⁴ LOBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. Op. cit., p. 29.

³¹⁵ Idem.

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ CALDERÓN, op. cit., p. 194.

³¹⁸ Ibidem, p. 194-195.

³¹⁹ Ibidem, p. 231.

³²⁰ MICHEL, op. cit., p. 128.

³²¹ CALDERÓN, op. cit., p. 232.

³²² MATOS, op. cit., p. 730.

distanciamento entre o direito positivado e a realidade social, tendo em vista que o direito somente era o que estava posto”.³²³

Durante muitos séculos a família manteve a função de perpetuar o que se transmitia de geração a geração, considerando “à origem biológica, à consanguinidade e o casamento formal”.³²⁴ Esse modelo de família clássica “funcionava apenas como instrumento de interesses particulares, ora econômicos, pela necessidade de mão de obra, ora religiosos, dado a sua função procracional”.³²⁵ Assim, a família mantinha “uma rígida estrutura hierárquica, em que vigorava o princípio da autoridade soberana do pai, sem falar na preocupação com a preservação do instituto familiar, justificada por si só, em detrimento das pessoas que o compunham”.³²⁶

Dentro dessa compreensão de família, havia alguns “valores predominantes naquele momento histórico, a família era patriarcal, heterossexual, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal”.³²⁷ O reconhecimento da família nesse cenário legalista tinha que passar obrigatoriamente pelo casamento para ser considerado como legítimo³²⁸, pois “o direito não reconhecia outra relação familiar como jurídica”.³²⁹

Considerando essa perspectiva monista, as Constituições brasileiras “de 1824 e 1891 foram marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares”.³³⁰ Os primeiros indícios de uma transformação na concepção de família se deram com o advento da Constituição democrática de 1934, que foi a primeira Constituição brasileira a dedicar “todo um capítulo a família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa a proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes”.³³¹

Entretanto a estrutura da família nessa época ainda assentava-se em um sistema matrimonial, hierarquizado e patriarcal, no qual havia uma nítida marca de discriminação. A sociedade era essencialmente patrimonialista e continha uma estrutura predeterminada que dividia as pessoas e classes, por isso o casamento era

³²³ Idem.

³²⁴ NASCIMENTO, op. cit., p. 24.

³²⁵ Ibidem, p. 25.

³²⁶ Idem.

³²⁷ MATOS, op. cit., p. 730.

³²⁸ Ibidem, p. 730-731.

³²⁹ Ibidem, p. 731.

³³⁰ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., p. 29.

³³¹ Ibidem, p. 30.

tão importante para a família. Ele era naquela época um sinal de permanência, que garantia respeito, segurança e ascensão.³³²

Nessa perspectiva do Estado Liberal, havia interesse público do Estado em assegurar melhores condições para o exercício e desenvolvimento dos direitos privados no âmbito da família, porque conforme o perfil patriarcal, a família era centrada exclusivamente no matrimônio e nas relações patrimoniais que decorriam dele³³³.

Todas essas características estavam presentes no Código Civil de 1916, pois nessa época a família ainda objetivava a apropriação de bens com o instituto do casamento e “tinham um grande número de membros para que pudessem manter economicamente a propriedade”.³³⁴ Além disso, existia uma relação de obrigação dos filhos para com o patriarca da família³³⁵ pois, a estabilidade da instituição familiar era considerada pelo Código de 1916 como mais relevante que a realização pessoal do indivíduo dentro do seio familiar.³³⁶

A estrutura familiar imposta pela legislação representava a construção social e histórica da época para o que se entendia como família.³³⁷ Sob esse espectro a sociedade compreendia que “o casamento deveria ser não só formal, moral e religioso, mas também bem sucedido, pois para a classe idealizadora dessa moldura de família importava a transmissão do status social e de patrimônio”.³³⁸ O que revelava um extremo apego a abstração e a generalização, pois a compreensão de pessoa era abstratamente modelada pela ordem jurídica, “a personalidade – na esfera jurídica – não era caracterizada pelo fato ser humano, mas pelo fato de ter direitos e obrigações”.³³⁹ Portanto, o direito civil codificado do século XX priorizava o ter em detrimento do ser, não se importando com o indivíduo concreto e a sua participação nas relações jurídicas, mas sim com os efeitos patrimoniais dessa relação.³⁴⁰

³³² FACHIN, Rosana. Op. cit., p. 35-36.

³³³ RAMOS, op. cit, p. 103.

³³⁴ FACHIN, Rosana. Op. cit, p. 9.

³³⁵ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 14.

³³⁶ RUZYK, op. cit., p. 22.

³³⁷ Ibidem, p. 114-116.

³³⁸ HAMADA, Thatiane Miyuki Santos; ROSA, Viviane Lemes da. O tratamento jurídico das famílias simultâneas no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. FACHIN, Luiz Edson et. al. (Coord.). **Jurisprudência civil brasileira: métodos e problemas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 90.

³³⁹ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 85.

³⁴⁰ Ibidem, p. 86.

Havia um protótipo de família, que só admitia a união entre homem e mulher constituída pelo casamento. Esse modelo clássico de família adotado pelo Código Civil de 1916 era um modelo unitário, indissolúvel e transpessoal, no qual as relações familiares eram marcadas pelas características do matrimônio, do patriarca e da hierarquia.³⁴¹ Dentro desses parâmetros “não se encaixava nenhuma outra relação afetiva não constituída pelo casamento”³⁴², pois apesar de haver outros modelos de comunidade familiar, nessa época não importava a existência real, os efeitos pessoais e patrimoniais dessas relações familiares, pois elas eram consideradas situações de fato não reconhecidas nem amparadas juridicamente como família³⁴³, pelo ordenamento. O direito de família era:

Rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. A mulher casada era juridicamente dependente do marido e os filhos menores estavam submetidos ao poder paterno. Não havia liberdade para constituir entidade familiar, fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal.³⁴⁴

Tais características retratam nitidamente os fundamentos presentes no Código Civil de 1916, que reafirmava o conservadorismo e a fidelidade às tradições, em razão das peculiaridades da organização social da época, predominantemente colonial³⁴⁵. O referente Código representava apenas os interesses de uma parte da sociedade que era aristocrata, patriarcal e privatista, ignorando as desigualdades econômicas e sociais da época.

No entanto, paulatinamente a organização da família acabou passando por importantes transformações, visto que com o passar dos anos surgem princípios e regras que emprestam nova fisionomia ao direito de família, que ainda continuava nessa época fazendo parte do direito civil.³⁴⁶

O advento da promulgação do texto constitucional de 1988, foi algo inovador ao ordenamento jurídico, pois com a vigência do referente texto constitucional passou-se a fundamentar o núcleo das relações familiares no sentimento e na afeição mútua

³⁴¹ Idem.

³⁴² Idem.

³⁴³ Idem.

³⁴⁴ LOBO, Paulo. Op. cit., p. 64.

³⁴⁵ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.

³⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Op. cit., p. 25.

existente entre seus membros. A Carta Magna de 1988 retrata um novo modelo de família, totalmente diverso do que era tutelado pela codificação civil anterior, pois valoriza e protege as relações familiares em todos os seus aspectos.

Assim, a atual Constituição prevê uma visão muito mais ampla sobre o conceito de família, pois se quebrou aquele dogma de que a família poderia se formar apenas pelo matrimônio. Hoje, a família é concebida pela percepção pluralista, e pode se constituir de diferentes formas, pois sua base é o afeto existente entre os seus membros, respeitando o direito de igualdade e liberdade que o indivíduo possui de escolher como estabelecer seus vínculos afetivos.

2.1.2 O pluralismo nas relações familiares: crise da concepção monista

A concepção monista deixou de ser eficaz ao direito no momento em que a teoria monista não conseguiu mais proporcionar as respostas necessárias as demandas da sociedade, considerando que com o advento da globalização surgiram novas questões que até então nunca haviam sido observadas pela lei.

Isso ocorreu devido a vários fatores, mas podemos destacar o multiculturalismo como um importante fator dessa mudança, pois diz respeito ao “apreço pela diversidade étnica, religiosa e cultural”.³⁴⁷ Essa busca contemporânea por respeito as diferentes formas de família é decorrente de transformações culturais, pois a sociedade foi evoluindo com o passar dos anos e consequentemente a visão de núcleo familiar também foi sendo transformada. O multiculturalismo se fundamenta na proteção da dignidade da pessoa humana, e afirma que com base nesse princípio “as minorias têm direito às suas identidades e diferenças, bem como o direito de serem reconhecidas”.³⁴⁸

É sob essa perspectiva que o Estado reconhece que a sociedade contemporânea está em um processo dinâmico de transformação, e adota o pluralismo jurídico no lugar da teoria monista, visto que a teoria pluralista propicia à sociedade mecanismos eficazes e descentralizados de solução de conflitos. Assim, é importante analisar quais foram os principais marcos que ensejaram a adoção da

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.** A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad.: Humberto Laport de Mello. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 74.

³⁴⁸ Idem.

concepção pluralista no Brasil, dando enfoque às transformações ocorridas no âmbito das relações familiares.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi possível perceber várias alterações na família brasileira, pois houve um notável crescimento da família nuclear e a aproximação entre seus integrantes, o que permitiu abrir espaço para o aumento do aspecto subjetivo destas relações.³⁴⁹ Houve também um contínuo crescimento da valoração afetiva nos relacionamentos, o que acabou por distanciar o direito da realidade, posto que a legislação era até então essencialmente conservadora³⁵⁰.

Entretanto, percebe-se que as principais mudanças legislativas desse paradigma de família baseado no modelo monista, passaram a ocorrer a partir da metade do século XX. Pois, a partir desse momento passaram a ocorrer de fato mudanças legislativas, que demonstraram a necessidade de haver mudanças acerca da estrutura da família, como é o caso do Estatuto da Mulher Casada, que emancipou as mulheres quase que totalmente do poder marital (1962), e a Lei do Divórcio (1977) que emancipou os casais da indissolubilidade do casamento, permitindo-lhes constituir novas famílias.³⁵¹

O Estatuto da Mulher Casada acaba por afastar a relação de submissão que existia entre a mulher e seus filhos perante o marido³⁵², colocando a mulher em uma situação de igualdade diante do homem, assim segundo essa nova filosofia do matrimônio a esposa passa, a partir desse momento, a ser vista como uma companheira, e não como uma escrava. Visto que, não se confere mais uma posição hierarquicamente superior a nenhuma das partes³⁵³ e “suprimem-se todas as disposições legais que atribuíam ao marido à autoridade compreendida no chamado poder marital, quer na órbita das relações pessoais, quer na esfera das relações patrimoniais”.³⁵⁴

Assim, de acordo com o princípio igualitário, a mulher: passou a assumir pelo casamento a condição de colaboradora do marido; não precisando mais de sua outorga para realizar atos da vida civil; passando a exercer em conjunto com o marido, o pátrio poder; possuindo o direito de exercer a profissão de sua escolha e dispor

³⁴⁹ CALDERÓN, op. cit., p. 232.

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., p. 64.

³⁵² Ibidem, p. 26.

³⁵³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Op. cit., p. 27.

³⁵⁴ Idem.

livremente do fruto do seu trabalho; podendo colaborar na administração do patrimônio comum.

Com isso, passa-se a ter na sociedade conjugal uma situação que coloca a mulher no mesmo nível que o marido³⁵⁵. Nesse compasso, o direito de família moderno passa a se valer de novos princípios orientadores das relações familiares, como é o caso do princípio da paridade dos cônjuges e do princípio da igualdade de todos os filhos.³⁵⁶

O modelo de família antigo foi alterando suas características no decorrer da evolução da sociedade e, gerou reflexos também na função econômica da família, pois naquela época era necessário ter um grande número de filhos, quanto maior o número de membros na família, maior a estabilidade financeira dos pais quando ficassem mais velhos. Entretanto com as novas estruturas sociais, esse papel foi transferido para a previdência social.³⁵⁷

Outra característica que perdeu força ao longo dos anos, diz respeito à função procracional que a mulher possuía na sociedade. Essa mudança ocorreu devido a maior autonomia pessoal que a mulher conquistou e os movimentos sociais contemporâneos que passaram a defender o tratamento igualitário para homens e mulheres. Isso influenciou o âmbito familiar, fazendo com que os casais passassem a escolher conjuntamente ter um número reduzido de filhos, para dar mais atenção à vida profissional, além disso, passou-se a incentivar o instituto da adoção, fortalecendo a natureza socioafetiva da família.³⁵⁸

Desse modo, percebe-se que “o Direito Civil contemporâneo é marcado ainda, por uma ‘despatrimonialização’ e ‘repersonalização’”³⁵⁹ das relações familiares, o novo texto constitucional tenta construir um modelo de sujeito concreto, “abrindo espaço para o ingresso de outros sujeitos e outras relações que estavam na periferia da moldura jurídica”.³⁶⁰ O que é resultado em grande parte da construção jurisprudencial, posto “que diversas decisões passaram a reconhecer direitos a sujeitos de outras formas de relações familiares não matrimonializadas”³⁶¹, por meio

³⁵⁵ Ibidem, p. 28.

³⁵⁶ Ibidem, p. 32.

³⁵⁷ LOBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. Op. cit., p. 17.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 87.

³⁶⁰ Idem.

³⁶¹ Idem.

de previsões legais como a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e a Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio).

Esses textos normativos introduziram profundas alterações no modelo tradicional de família, pois permitiram a tutela de outras relações e de outros sujeitos antes excluídos pelo próprio modelo familiar, que era matrimonializado, patriarcal e hierarquizado.³⁶² Fazendo com que “a estrutura fortemente hierárquica do passado centrada na autoridade do marido, recuasse a passos largos em favor de uma organização igualitária e dialógica”.³⁶³

É importante destacar ainda o papel que a Lei do Divórcio teve na transformação da concepção conjugal, pois a referente lei gerou na época uma evolução significativa para as relações familiares ao prever a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial, que era até então indissolúvel, segundo o Código.³⁶⁴ Essa lei veio para atender aos anseios da sociedade, que se encontrava atrelada a um mecanismo totalmente ineficaz, visto que a separação judicial previa a dissolução da sociedade conjugal, mas mantinha as pessoas vinculadas legalmente o que as impedia de constituírem novos vínculos conjugais.³⁶⁵

O divórcio vem, então, para pôr fim ao vínculo matrimonial e proporcionar a liberdade de escolha, permitindo que as pessoas decidam se vão ou não constituir novas famílias.³⁶⁶ Assim, a quebra desse modelo codificado privatista foi lentamente assumindo novos contornos mediante a edição de diversas leis extravagantes que adequavam o direito à evolução social, o que ocorreu até o advento da Constituição Federal de 1988.³⁶⁷ Momento em que a família passou a ter previsão na Constituição, e todas as demais leis esparsas existentes passaram também a encontrar sua base axiológica no texto constitucional.

A atual Carta Magna tornou-se o centro do sistema jurídico privado, devido a sua posição hierárquica superior, “pelo fato que as normas constitucionais dirigem-se também as relações privadas”³⁶⁸, e pela rigidez de seu conteúdo. “Esta expressiva

³⁶² VILLELA, op. cit., p. 26.

³⁶³ Idem.

³⁶⁴ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

³⁶⁵ Ibidem, p. 79.

³⁶⁶ Idem.

³⁶⁷ Ibidem, p. 55.

³⁶⁸ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 105.

mudança revela-se marcante na migração do Código à Constituição, isto é, dos direitos civis aos direitos fundamentais”.³⁶⁹ Visto que, proporcionou ao direito uma nova dimensão pautada na compatibilização da realidade com a efetividade dos direitos³⁷⁰, o que fez surgir um debate acerca da evolução da família brasileira, que foi tomando novos contornos, fora do modelo de família matrimonial, deixando nítido o fato de que a lei não consegue prever todas as respostas para os questionamentos que surgem em decorrência das relações intersubjetivas.³⁷¹

Sob essa perspectiva, o texto constitucional prevê um modelo de família plural, abandonando o modelo patriarcal e hierarquizado em decorrência do princípio da igualdade entre os membros da relação familiar, pois com o advento da Constituição Federal de 1988, “marido e mulher, em condições de igualdade, assumem conjuntamente a direção familiar (art. 226, § 5º), e os filhos, independentemente da formação de constituição do vínculo de filiação, passam a possuir indistintamente os mesmos direitos (art. 226, § 6º)”.³⁷²

Assim no lugar daquela antiga visão surge a família democratizada, que não se importa com a igualdade formal, mas sim com a concretização dessa igualdade no âmbito familiar.³⁷³ Esta é a principal inovação do Código Civil de 2002, “a instituição material da completa paridade dos cônjuges ou conviventes, tanto nas relações pessoais como nas matrimoniais”.³⁷⁴

Atualmente as relações familiares e seu respectivo direito enaltecem a vida afetiva na comunidade familiar, independentemente do modelo de família adotado, reservando para a família o *locus* de comunhão de vida. Essa visão é compatível com um modelo de família plural, pautado na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, advento da repersonalização e despatrimonialização da família, conforme proposto na Constituição Federal de 1988, que inseriu uma ordem jurídica fundada em diversos princípios fundamentais que emanam valores a todo o sistema normativo brasileiro.³⁷⁵

³⁶⁹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Op. cit., p. 57.

³⁷⁰ Ibidem, p. 65.

³⁷¹ Ibidem, p. 99.

³⁷² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 90.

³⁷³ Idem.

³⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18ª ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

³⁷⁵ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Op. cit., p. 10.

A lei deixou de tutelar “a família como instituição, dando lugar a proteção dos membros dessa instituição”³⁷⁶, pois a família não está mais pautada nos interesses patrimoniais, mas sim na configuração dos valores existenciais, que privilegiam o indivíduo em sua essência e dão suporte ao livre desenvolvimento da pessoa humana.³⁷⁷ Agora a família “é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros”³⁷⁸, o núcleo familiar tornou-se um espaço de realização pessoal afetiva e passou a “valorizar o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais”.³⁷⁹

Quanto a isso Villela afirma que, não há como definir atualmente um modelo fechado e ideal de família, pois no Brasil, nós convivemos com inúmeras “variáveis culturais, éticas, políticas, econômicas e religiosas”³⁸⁰ que modelam os contornos de cada família, o que impossibilita que as famílias existentes na sociedade brasileira se identifiquem em um único modelo. A família deve estar fundada na afetividade e, portanto, seu modelo deve ser aberto, inspirado na liberdade dos indivíduos em determinarem que modelo de família lhes fornece felicidade, sob a lógica eudemonista.³⁸¹

As relações familiares passam a se concretizar não mais apenas através do matrimônio, mas sim em decorrência do afeto. Pois, é o vínculo afetivo existente em um arranjo familiar que impulsiona as pessoas a se manterem juntas em torno de um projeto de vida em comum.³⁸² A partir desse momento, o indivíduo não é pressuposto da família, ocorre o contrário, a família existe em função do indivíduo, que busca dentro do seio familiar o seu desenvolvimento pessoal e sua felicidade.³⁸³

Portanto, essa transformação do conceito de família, se deve a adoção do pluralismo familiar, isto é, do reconhecimento de que no Brasil existem vários modelos diferentes de entidade familiar. Sobre essa nova concepção de família, é que a doutrina vem defendendo que todas as entidades familiares merecem a tutela e proteção do Estado.

³⁷⁶ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 91.

³⁷⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Op. cit., p. 11.

³⁷⁸ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., p. 23.

³⁷⁹ Ibidem, p. 19.

³⁸⁰ VILLELA, João Baptista. Op. cit., p. 40.

³⁸¹ Idem.

³⁸² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 92.

³⁸³ Idem.

2.2 REFLEXOS DO PLURALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Historicamente a teoria monista foi aplicada por muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro. Sob a perspectiva monista a família era um elemento relevante ao direito apenas porque gerava consequências patrimoniais, todavia, essa concepção foi superada, e hoje a família é vista como o instrumento para a felicidade, pois a Constituição protege os direitos subjetivos do indivíduo, o que permite que o cidadão possa se realizar subjetivamente na formação do âmbito familiar.

Todavia, verifica-se que mesmo diante de uma nova perspectiva constitucional, o monismo ainda reflete efeitos na ordem jurídica. Pois, ainda há o entendimento majoritário de que todo o comportamento legal dos indivíduos, deve estar previsto nas normas de direito. Isso ocorre devido ao princípio da legalidade, advindo do pressuposto de que o direito estatal deve regular toda e qualquer situação, sem deixar lacunas, ou seja, deve prever qual comportamento é permitido ou proibido no mundo social.³⁸⁴

Entretanto, com o passar dos anos, situações de fato que foram ocorrendo, foram gerando causas processuais que solicitavam o reconhecimento de situações não previstas na lei, trazendo à tona o fato de que a realidade está muitas vezes além do que o direito pode prever, pois a lei não consegue ser completa em todos os aspectos.

Muitas vezes determinados fatos são considerados como irrelevantes para o direito ou em outras situações, determinados fatos não eram nem imagináveis pelo operador do direito quando do ato de formulação da lei.³⁸⁵ Desse modo, essas situações não estão previstas pelo ordenamento jurídico, mas devido à transformações da própria sociedade esses fatos podem incidir em causas processuais cada vez mais recorrentes que fazem com que o judiciário venha a dar o devido respaldo jurídico necessário na ausência de lei acerca do tema, o que pressiona de certo modo o legislativo a se manifestar sobre aquele determinado fato.

Ocorreram muitas mudanças nas estruturas da sociedade ao longo do tempo, e essas mudanças se refletiram na estrutura das relações familiares, pois os ideais de democracia, de igualdade, de liberdade e do pluralismo passaram a ser direcionados à proteção da dignidade da pessoa humana. De modo que a família passou a exercer

³⁸⁴ RAMOS, op. cit., p. 11.

³⁸⁵ Ibidem, p. 12.

um papel instrumental dentro da sociedade, destacando a necessidade de realização dos interesses afetivos e existenciais dos membros da sociedade familiar. Além disso, ficou evidente a existência de variadas formas de convívio dentro dos grupos familiares, o que gerou a necessidade de uma reformulação e ampliação do conceito jurídico de família.³⁸⁶

O que se deu com o advento da Carta Magna de 1988, que trouxe significativas mudanças ao ordenamento jurídico. Pois a partir dela o casamento deixou de ser uma instituição central e o texto constitucional passou a prever proteção e valorização da família em outros formatos, como é o caso das uniões estáveis e das famílias monoparentais, que passaram a ser constitucionalmente reconhecidas.

O conceito de família contemporâneo passou a ser calcado nos princípios constitucionais, não mais prevendo um modelo específico de família, pois a Constituição passou a proteger a família centrada no afeto, independentemente de sua forma, observando apenas o papel funcional da família, que deve estar a serviço da realização da personalidade de seus membros.³⁸⁷

Assim, o principal elemento do núcleo familiar passou a ser o afeto, um princípio implícito presente no texto constitucional que engendrou o afastamento dos modelos anteriores de família, e tornou possível tanto a formação de novas entidades familiares, como permitiu a dissolução da sociedade conjugal e formação de uma nova família quando o afeto deixar de existir entre os cônjuges.³⁸⁸

Nesse moldes, a concepção de família no Brasil foi e vem sendo paulatinamente alterada. Posto que, a realidade passou a prevalecer sobre o formalismo das regras, considerando que a teoria monista torna o direito obsoleto, enquanto que a concepção pluralista se adequa as mudanças, de modo que a norma se aproxima da realidade fática.

2.2.1 Uma ordem constitucional aberta pautada no princípio da afetividade

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ordem jurídica brasileira passou a ter uma nova previsão normativa sobre o que é família. Essa

³⁸⁶ GARIGHAN, Natasha Nunes. **Princípio da dignidade da pessoa humana e possibilidade jurídica da adoção por famílias homoafetivas.** Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/natasha_garigha n.pdf> Acesso em 21 maio 2017

³⁸⁷ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit., p. 105.

³⁸⁸ GARIGHAN, op. cit.

mudança gerou uma significativa ampliação do conceito de família, e o princípio do afeto passou a ser reconhecido como elemento estrutural da família, tornando possível o reconhecimento dos efeitos jurídicos inerentes a família, para todas as relações familiares que compartilhem esse valor afetivo.

Essa transformação ocorreu porque as relações entre os indivíduos começaram paulatinamente a sofrer alterações no âmbito familiar, o que evidenciou a presença de uma pluralidade de formações familiares, posto que o ordenamento reconheceu constitucionalmente que “as relações familiares podem se configurar com diversos liames e não apenas com base em um ou outro modelo”.³⁸⁹

É nesse contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado como direito fundamental, bem com os princípios da igualdade e da liberdade.³⁹⁰ E foi com base nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal que o legislativo regulou uma nova dimensão para a família na ordem jurídica, utilizando:

O termo entidade familiar, que é muito mais amplo e abrangente. No entanto, o legislador explicitou apenas algumas formas de entidades familiares, sem excluir do conceito de família outras estruturas, gerando grande discussão na doutrina, pois há quem diga que são apenas hipóteses exemplificativas, e há a posição que defende a ideia de que são hipóteses taxativas.³⁹¹

Todavia, grande parte da doutrina afirma que o termo entidade tornou-se sinônimo de família, sendo a entidade familiar “um núcleo de coexistenciabilidade estável, público e fundado no afeto”³⁹², cuja identificação não deve se pautar apenas no texto normativo, pois é necessário observar a realidade social, a qual o direito se destina³⁹³, posto que as famílias apresentam novas características com a evolução da sociedade.

O reconhecimento de um direito fundamental não necessita de posituação expressa no texto constitucional, podendo decorrer do próprio sistema jurídico, observando o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988 que diz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

³⁸⁹ CALDERÓN, op. cit., p. 11.

³⁹⁰ GARIGHAN, op. cit.

³⁹¹ Idem.

³⁹² RUZYK, op. cit., p. 33.

³⁹³ Idem.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.³⁹⁴

Sob essa lógica contemporânea, surge o princípio da afetividade que compreende a evolução do direito, e tem “como premissa uma nova cultura jurídica que possa permitir a proteção e o reconhecimento estatal de todas as entidades familiares centradas no afeto”.³⁹⁵

Assim, o princípio da afetividade é responsável pela compreensão da própria pessoa humana, sendo fundamental para compreensão individual que cada pessoa tem de si e para a realização do indivíduo dentro do âmbito familiar, posto que, o instituto da família não é composto apenas por solenidades, na verdade a família é um fato social e por isso possui múltiplos formatos.

A “entidade familiar deve ser compreendida como uma unidade envolvida por laços de afetividade”³⁹⁶, onde a família é o local onde o indivíduo “busca concretizações pessoais e afetivas, (...) cabendo ao Estado e também ao direito ajustar-se a essa nova tendência”.³⁹⁷ Desse modo, “a família é muito mais que uma união derivada do casamento entre um homem e uma mulher. Família é uma junção de afetos, uma comunhão de trocas de amparo”³⁹⁸, um compromisso único e exclusivo de amor e mútua assistência. Além disso, a família se transforma com “o decorrer do tempo, com a evolução do pensamento humano, com a quebra de vários paradigmas”³⁹⁹, de modo que não cabe “aos legisladores impor a sociedade que estabeleçam em seu seio familiar uma forma de vida que”⁴⁰⁰ remeta ao passado.

Ruzyk ressalta essa importância do afeto nas relações familiares, mas alega que existem algumas características basilares ao conceito de família. Segundo ele, além da relação de afeto entre os membros, é necessário observar a estabilidade do vínculo afetivo, visto que nas relações casuais, descomprometidas, sem comunhão

³⁹⁴ CRISAFULLI, Pedro Henrique de Assis. **O direito de família e a filosofia eudemonista**. 2011. 62 f. Projeto de Monografia do Programa de Graduação em Direito. Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena. 2011.

³⁹⁵ VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 24, 2011. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/41/45>> Acesso em 01 maio 2017.

³⁹⁶ ARAÚJO, Ana Paula de, et. al. O pluralismo familiar e a liberdade de constituição de uma comunhão da vida familiar. **JUDICARE- Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta – MT**, v. 9, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://judicare.com.br/index.php/judicare>> Acesso em 21 nov. 2017

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ Idem.

³⁹⁹ Idem.

⁴⁰⁰ ARAÚJO, op. cit.

de vida, não há incidência de relação familiar.⁴⁰¹ Assim, “ao lado da estabilidade, apresenta-se a ostensibilidade ou publicidade da relação afetiva estável”⁴⁰², pois a família é uma realidade social e, portanto deve se apresentar publicamente como família.⁴⁰³

O preenchimento de todos os requisitos inerentes a estrutura das entidades familiares, permite que o Poder Judiciário reconheça direitos a arranjos familiares não previstos na lei. Como pode ser observado na fundamentação utilizada no julgamento do Recurso Especial nº 1026981 de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que destaca que “o direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório”.⁴⁰⁴

Assim, enquanto o poder legislativo permanece “inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes”.⁴⁰⁵ De modo que deve ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo que preencha os requisitos da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O princípio da afetividade é, portanto, a presença de um vínculo afetivo que une as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos em comum, gerando um comprometimento mútuo⁴⁰⁶, assim “a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida”.⁴⁰⁷

O atual conceito de família tem por base uma visão pluralista da família, que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tenham origem em um elo de afetividade. O que está diretamente correlacionado ao eudemonismo, isto é, a busca pela felicidade decorrente da “convivência interpessoal

⁴⁰¹ RUZYK, op. cit., p. 8-9.

⁴⁰² Ibidem, p. 9.

⁴⁰³ Idem.

⁴⁰⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1026981 RJ 2008/0025171-7. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 04/02/2010. Publicado em: 23/02/2010. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7/inteiro-teor-19165774>> Acesso em 20 jul. 2017.

⁴⁰⁵ Idem.

⁴⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 143.

⁴⁰⁷ Idem.

marcada pela afetividade e pela solidariedade mútua, e que se estabelece, normalmente, dentro de ambientes considerados familiares”.⁴⁰⁸

O princípio da afetividade “é mais do que um elemento nas relações familiares hodiernas, ele é o valor primordial inerente a estas relações e deve ser encarado como um princípio que regula todo o direito de família”.⁴⁰⁹ Destacando a necessidade de “reconhecer o direito de família a todos aqueles que dispuserem de vontade de formar uma família”⁴¹⁰, visto que o elemento central justificador do *status familiare* da família brasileira contemporânea, é o afeto.⁴¹¹ Seguindo essa concepção Dias, afirma que:

Não mais se identifica como família exclusivamente o relacionamento selado pelo matrimônio. O conceito de família alargou-se passando a albergar os vínculos gerados pela presença de um envolvimento afetivo. O amor tornou-se um fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar. Com o desaparecimento da família patriarcal e matrimonializada, passou a família a ser identificada pelo laço de afetividade que une pessoas.⁴¹²

Nesse contexto, “o princípio da afetividade, associado aos outros princípios, fez surgir uma outra compreensão para o direito de Família, instalando novos paradigmas em nosso ordenamento jurídico”.⁴¹³ Não se admitindo portanto, que o Poder Judiciário se abstenha de aplicar o referente princípio às demandas processuais de direito de família, apenas pelo simples argumento de inexistência de previsão legal direta⁴¹⁴ de denominado arranjo familiar.

A afetividade pressupõe que todas as entidades familiares que forem dotadas de afeto devem ser reconhecidas, todavia isso apenas é possível devido a outro princípio implícito na ordem constitucional, o princípio do pluralismo, que permite o reconhecimento de diversas formas de família. É essa conjunção de princípios que

⁴⁰⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias paralelas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67983/70840>> Acesso em 08 mar. 2017

⁴⁰⁹ VIANNA, op. cit.

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ Idem.

⁴¹² DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9522-9521-1-PB.pdf>> Acesso em 09 de jan. de 2017.

⁴¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Família e Dignidade humana**. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2000, p. 850-851.

⁴¹⁴ SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **O pluralismo familiar: a valorização do direito de família – Antigos e novos paradigmas**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2442/1789>> Acesso em 17 jul. 2017

permite estender proteção para as relações jurídicas que ainda não possuem previsão normativa, como é o caso das demandas processuais envolvendo as famílias simultâneas e as famílias homoafetivas. Sob esse viés pluralista das entidades familiares, o princípio da afetividade ganha proporções:

Nunca antes imaginadas, realçando-se como princípio jurídico que se justifica em sede familiar a partir da promoção da dignidade da pessoa humana como objetivo do sistema jurídico, abandonando-se uma concepção institucionalizada da família para assumi-la como instrumento de desenvolvimento humano, com papel funcionalizado, cuja finalidade é a busca pela felicidade de seus membros, algo inteiramente possível em um ambiente de amor, solidariedade e respeito, tendo na afeição sua essência.⁴¹⁵

Nessa busca do pleno desenvolvimento, o indivíduo acaba encontrando no meio familiar um ambiente seguro, no qual ele pode se desenvolver e procurar para atingir seus objetivos, pois essa convivência familiar entre diferentes pessoas permite que elas convivam juntas em prol de único fim, a felicidade.⁴¹⁶

É sob essa concepção ideológica que se fundamenta o afeto, um princípio implícito no texto constitucional que em regra geral é conjugado com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e do pluralismo. Constituindo-se um eixo axiológico acerca da hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais inerentes à família.

2.2.2 O princípio da dignidade humana: instrumento para o eudemonismo

Diante da complexidade das relações contemporâneas, a família tem sofrido profundas transformações, considerando que atualmente existem novos valores acerca da estrutura familiar e diversos modelos de entidade familiar. Dentre essas novas características, ressalta-se a importância do princípio da afetividade, “principal elo de união entre os membros do grupo familiar”⁴¹⁷ na contemporaneidade.

Complementarmente ao afeto encontra-se a característica eudemonista atribuída a família, que enfatiza a busca do indivíduo pela felicidade. O eudemonismo baseia-se no fato que o ser humano possui uma necessidade natural de conviver com

⁴¹⁵ CRISAFULLI, op. cit., p. 48.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 35.

⁴¹⁷ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; VIZEU, Breezy. O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias recompostas no Brasil. In: FACHIN, Luiz Edson, et. al. (Coord.) **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

outras pessoas para ter pleno desenvolvimento de suas aptidões e o ambiente familiar é o lugar necessário para que o ser humano venha a se realizar individualmente. Visto que, é a partir dessa convivência em família, que “o indivíduo vai se desenvolvendo e formando sua personalidade, criando seus anseios e desejos, buscando sempre uma forma de atingir seus objetivos e realizar-se totalmente”.⁴¹⁸

A participação no núcleo familiar, faz com que o indivíduo se desenvolva, passe a ter suas próprias ideias e aspirações, torne-se um ser único, diferente de qualquer outro. Aliás, a diferença entre as pessoas faz com que elas venham a buscar em outras o complemento necessário para satisfazer suas pretensões, realizando-se individualmente e no meio social. Esse fim que se pretende atingir se traduz como felicidade.⁴¹⁹

A integração do homem no meio social, preparado pelo ambiente familiar em que foi criado, permite “que ele se una a outras pessoas, traçando um objetivo de vida em comum, constituindo novos vínculos afetivos, caracterizados pela ajuda mútua e pela solidariedade recíproca”.⁴²⁰ Nesse meio de afetividade instituído pela família, as pessoas passam a almejar construir sua própria felicidade e a de quem o acompanha, bem como compartilhar tal realização, estabelecendo uma comunhão plena de vida, e formando então, uma nova família.⁴²¹

Assim é que a afetividade ganha contornos nunca antes imaginados, realçando-se como princípio jurídico que se justifica em sede familiar a partir da promoção da dignidade da pessoa humana como objetivo do sistema jurídico, abandonando-se uma concepção institucionalizada da família para assumi-la como instrumento de desenvolvimento humano, com papel funcionalizado, cuja finalidade é a busca pela felicidade de seus membros, algo inteiramente possível em um ambiente de amor, solidariedade e respeito, tendo na afeição sua essência.⁴²²

Essa nova configuração “do direito de família, em que o afeto é sua mola propulsora, encontra-se umbilicalmente ligada à filosofia eudemonológica”⁴²³, pois atualmente as relações afetivas são “o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais”.⁴²⁴ Aliás, segundo esse viés ideológico, tudo aquilo que o homem

⁴¹⁸ CRISAFULLI, op. cit., p. 35.

⁴¹⁹ Idem.

⁴²⁰ Idem.

⁴²¹ Idem.

⁴²² Ibidem, p. 48.

⁴²³ Idem.

⁴²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 143.

conquista, descobre e cria está subordinado a sua constante busca pela felicidade, pois faz parte da essência do homem dirigir todas as suas ações em busca de um fim, e a intenção do homem é sempre alcançar a felicidade, o bem supremo que todos desejam.

Entretanto o conceito de felicidade não é algo que pode ser previamente definido, pelo contrário, a felicidade tem seu conceito modificado diariamente pelo passar do tempo, pelos avanços tecnológicos e culturais que constantemente influenciam o homem e caracterizam a relatividade desse termo.⁴²⁵

A Constituição Federal de 1988 prevê proteção ao eudemonismo dentro do âmbito familiar por meio do princípio da dignidade humana, que ao ser analisado sob um espectro de abertura constitucional permite a aplicação de princípios implícitos pautados na proteção da dignidade humana.⁴²⁶ A absorção do eudemonismo pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando a proteção da instituição para o sujeito, como pode ser observado na primeira parte do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, o qual dispõe que, o Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um de seus integrantes.⁴²⁷

Assim, “mesmo que não positivada expressamente no texto constitucional, impõe-se reconhecer a busca pela felicidade como um direito fundamental do homem a ser observado pelo Estado brasileiro como verdadeiro programa das atividades políticas”⁴²⁸. A absorção da característica eudemonista pelo texto constitucional, encontra fundamento ainda “no art. 3º da Constituição da República de 1988, pois afirma ser objetivo do Estado a realização do bem de todos, o que pressupõe o direito de ser feliz”.⁴²⁹

A interpretação jurídica permite que o direito, principalmente no campo da família não se torne algo estático, e acompanhe a dinâmica social, para que as normas não se tornem obsoletas e sem eficácia.⁴³⁰ Por isso, o jurisdicionado ao julgar uma demanda envolvendo questões familiares deve estar atento às necessidades “da sociedade, mesmo dos grupos minoritários, porque somente desta forma será

⁴²⁵ CRISAFULLI, op. cit., p. 38.

⁴²⁶ VIANNA, op. cit.

⁴²⁷ RUZYK, op. cit., p. 25.

⁴²⁸ CRISAFULLI, op. cit., p. 43.

⁴²⁹ Idem.

⁴³⁰ CRISAFULLI, op. cit., p. 39.

possível se construir uma sociedade justa, livre e solidária, livre de qualquer discriminação”.⁴³¹

Nas relações jurídicas familiares “é a busca pela felicidade que deve pautar toda a atividade do operador do direito, desde a gênese das normas gerais e abstratas até a aplicação no caso concreto”.⁴³² Sob esse viés, outro não pode ser o sentido dado ao art. 226 da atual Carta Magna, “quando afirma que a família é a base da sociedade e merece proteção especial do Estado, senão o de que essa proteção tem por fim resguardar o indivíduo que compõe o núcleo familiar, possibilitando que este possa se realizar plenamente em meio a uma atmosfera marcada pelo afeto, para, finalmente, ser feliz”.⁴³³ Esse posicionamento pode ser observado na jurisprudência brasileira, como no julgado a seguir:

(...) A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais (...).⁴³⁴

A respectiva decisão demonstra nitidamente a importância do elo existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, no que diz respeito a busca pela felicidade no seio familiar e a possibilidade de reconhecimento de diversos tipos de entidades familiares fundamentadas no afeto, considerando que o respectivo princípio ampliou a capacidade interpretativa do direito

⁴³¹ Idem.

⁴³² Idem.

⁴³³ Ibidem, p. 39-40.

⁴³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 16/08/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=477554&base=baseAcordaos>> Acesso em 20 jul. 2017

em relação as normas postas, de tal modo que não é possível a tipificação de um único modelo de família.

O Poder Judiciário brasileiro vem tentando aproximar as decisões judiciais da realidade da família brasileira, observando que muitas mudanças ocorreram na estrutura familiar desde a promulgação da atual Carta Magna. Além disso, esse perfil de decisão denota “exatamente a possibilidade de conjugação de sentimentos e valores com o foco na realização de um projeto de felicidade”.⁴³⁵ Dado que, “a felicidade dos indivíduos somente poderá ser garantida por meio do direito de família se for atribuído valor jurídico ao afeto, reconhecendo-o como princípio norteador das normas que versem sobre as relações familiares”.⁴³⁶

Diante disso, é necessário observar a dignidade humana, pois este princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro é o que permite a aplicação do princípio da afetividade como fundamento “da tutela jurídica das relações interpessoais, de modo que toda atividade estatal nesse particular deve ser dirigida a concretização das potencialidades do indivíduo”.⁴³⁷

Seguindo esse posicionamento, Ruzyk afirma que o direito não pode “mais se dirigir a um ente abstrato, mas à pessoa concreta, que na relação com seus familiares busca, mutuamente, à satisfação de uma felicidade coexistencial”⁴³⁸, o que abre portas para que outros arranjos familiares não reconhecidos pelo direito possam “se apresentar como realidade com alguma relevância jurídica, não mais na seara do desvalor, da sanção, mas sim da proteção das pessoas que se inserem no âmbito dessa pluralidade de relações familiares em núcleos distintos”⁴³⁹, assim:

A identificação de uma família seria pertinente, nesse passo, não mais para definir o destinatário abstrato da proteção jurídica, mas, sim, para delimitar a natureza das relações que estão sendo travadas em concreto, bem como para aferir a viabilidade de seu ingresso, pela porosidade seletiva do sistema jurídico, como passíveis de produção dos efeitos jurídicos destinados às relações familiares.⁴⁴⁰

Esse fenômeno de transformação da entidade familiar brasileira é uma “mudança ocorrida no âmbito das funções e da estrutura da família ao longo do século

⁴³⁵ SOARES, op. cit.

⁴³⁶ CRISAFULLI, op. cit., p. 40.

⁴³⁷ Idem.

⁴³⁸ RUZYK, op. cit., p. 23.

⁴³⁹ Ibidem, p. 24.

⁴⁴⁰ Idem.

XX”.⁴⁴¹ A família se transformou no sentido de que se acentuam as relações sentimentais, de modo a valorizar as funções afetivas da família, que se tornou o lugar de refúgio das pessoas em meio a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. Assim, a família tornou-se o fenômeno social onde o que mais conta é a intensidade das relações pessoais de seus membros.⁴⁴² O que consagrou uma nova característica inovadora no ordenamento jurídico, o denominado eudemonismo, “que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, de sua felicidade”.⁴⁴³

Assim, “a tutela jurídica da busca da felicidade por meio da família diz respeito a uma felicidade coexistencial, e não puramente individual”⁴⁴⁴, isto é, “o dever ser da família constitucionalizada impõe respeito e proteção mútua da dignidade coexistencial de seus componentes”⁴⁴⁵, enfatizando que a característica eudemonista presente na Constituição de 1988, deve ser interpretada em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz em si um sentido ético de respeito ao outro⁴⁴⁶, pois a Constituição institui a família como fato básico da sociedade e a garante.⁴⁴⁷

Portanto, “é nesse sentido que se permite ver o afeto como um direito fundamental, traduzindo uma faculdade individual, podendo ser conceituado como a liberdade que as pessoas têm de autodeterminarem-se emocionalmente, na busca de sua felicidade”.⁴⁴⁸ Tal acepção encontra-se relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto exprime “a necessidade de se respeitar o próximo, assegurando as pessoas um mínimo existencial”⁴⁴⁹, longe de interferências.

Salientando o direito de liberdade e de autonomia familiar que o indivíduo possui, posto que cabe apenas aos partícipes estabelecer como será o convívio entre eles e qual será a forma de constituição do vínculo familiar. Pois, não pertence ao Estado o poder de decidir sobre a conjuntura de afetividade formada, o poder estatal deve apenas tutelar e garantir a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, obedecendo aos princípios basilares da Constituição.

⁴⁴¹ Idem.

⁴⁴² OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 13.

⁴⁴³ RUZYK, op. cit., p. 24.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 28.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ Idem.

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. Op. cit., p. 14.

⁴⁴⁸ CRISAFULLI, op. cit., p. 50.

⁴⁴⁹ Idem.

2.3. PLURALISMO FAMILIAR: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NOS DIFERENTES MODELOS DE FAMÍLIA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreram algumas mudanças essenciais para a evolução do direito de família. O texto constitucional passou a prever expressamente a proteção de direitos fundamentais inerentes ao cidadão, o que fez com que as pessoas passassem a buscar cada vez mais a preservação desses direitos, como é o caso do direito a igualdade.

O Brasil é um país marcado pela diversidade cultural e essa característica gera muitas consequências na sociedade contemporânea, pois a população brasileira tem variadas concepções e costumes sobre o que é família. Por isso, o princípio da igualdade é de extrema relevância para a ordem da sociedade, pois ele aplica “a proibição de qualquer discriminação em razão de peculiaridades intrínsecas de cada pessoa”⁴⁵⁰ e também, ressalta a obrigação do “Estado em remover os obstáculos determinantes de efetivas desigualdades entre as pessoas”.⁴⁵¹

De acordo com Perlingieri, é necessário tomar cuidado com a aplicação do igualitarismo, para que o princípio da igualdade não se torne um “legitimador de uma indiscriminada intervenção judicial na organização da sociedade, sem considerar a pluralidade social, com suas tradições e antagonismos, como elemento igualmente consagrado pela Constituição”.⁴⁵² Posto que, “nas situações subjetivas existenciais, a singularidade e, portanto, a diferença de cada ser humano deve ser compatibilizada com a igualdade”.⁴⁵³ Essa igualdade inerente ao indivíduo está presente também nas relações familiares, pois o Estado tem o dever de proteger as entidades familiares reconhecidas normativamente oriundas do casamento, da união estável ou das relações monoparentais.

Todavia, parte da doutrina entende que o Estado deve conferir também, proteção igualitária aos demais arranjos familiares que não possuem previsão normativa, pois essas relações também geram efeitos na vida civil. O que enaltece a possibilidade de reconhecimento de diversos tipos de entidades familiares, em decorrência do pluralismo reconhecido pela Constituição, destacando “o princípio da

⁴⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 489.

⁴⁵¹ Idem.

⁴⁵² Idem.

⁴⁵³ SILVA, Marcos Alves. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família**. Op. cit., p. 280.

liberdade de escolha, como concretização do princípio fundamental da dignidade humana”⁴⁵⁴, pois o referente princípio possibilita que o indivíduo possa “escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda a sua realização existencial”⁴⁵⁵, podendo “estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a modificação e a extinção de suas relações jurídicas”.⁴⁵⁶

Abordar a igualdade, “implica o enfrentamento do paradoxo da igualdade na diversidade – o direito de ser diferente e ao mesmo tempo o de ser igual”⁴⁵⁷, ressaltando o fato de que a igualdade entre os diversos tipos de conjugalidade aflora o direito a pluralidade das formações sociais.⁴⁵⁸

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988, ao tratar da proteção da família trouxe em seu conteúdo uma “tutela que se dirige indistintamente a diversas modalidades de entidades familiares em igualdade de situação”.⁴⁵⁹ Deixando claro que o direito de igualdade e liberdade justifica o reconhecimento de direito a toda e qualquer pessoa que tenha “uma família e nela buscar, conjuntamente com seus integrantes, um ambiente propício para o desenvolvimento de sua personalidade”.⁴⁶⁰

Assim, é sob essa perspectiva de igualdade das diversas formas de família que a jurisprudência e a doutrina vem afirmando a possibilidade de reconhecimento de outros arranjos familiares além dos já previstos no texto constitucional, e tem defendido a inexistência de hierarquia entre as entidades familiares.

2.3.1 As entidades familiares previstas no rol constitucional: família monoparental e união estável

Com o passar dos anos, o direito de família acabou passando por uma série de alterações, fruto das profundas mudanças ocorridas no seio da sociedade, o que ressaltou o desaparecimento de certos dogmas e princípios outrora considerados inabaláveis. Um desses dogmas diz respeito à antiga concepção da sociedade de que uma família poderia se formar apenas pelo casamento. Essa ideologia permaneceu inerente à sociedade brasileira por muito tempo, mas no final do século XX, o advento

⁴⁵⁴ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., p. 75.

⁴⁵⁵ Idem.

⁴⁵⁶ AMARAL, op. cit., p. 22.

⁴⁵⁷ SILVA, Marcos Alves. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família**. Op. cit., p. 281.

⁴⁵⁸ Idem.

⁴⁵⁹ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Op. cit. p. 90.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 107.

da Constituição Federal, trouxe um novo olhar sobre a família, pois albergou proteção a outras entidades familiares, além do casamento.

No centro das inovações introduzidas pelo texto constitucional, encontra-se indubitavelmente uma relação que gerou muita discussão na jurisprudência e na doutrina quanto a possibilidade de seu reconhecimento, a denominada união estável. Isso ocorreu diante da realidade social, pois houve um aumento em proporções geométricas do número de uniões informais e do número de divórcios.

Diante dessa situação, o legislador observou que dada a natureza das relações familiares ter se alterado, as uniões formais ou não, se fundamentam nos valores sentimentais mútuos de cada um em relação ao outro, destacando a existência do amor, do respeito, do afeto, da solidariedade, da confiança, do auxílio material e moral, enfim dos sentimentos que vinculam duas pessoas para a vida em comum.⁴⁶¹

Assim, é necessário abordar as transformações pelas quais a família passou nos últimos tempos, considerando que as relações familiares não se baseiam mais unicamente no casamento ou no parentesco, como vinham sendo consideradas até então.⁴⁶² A estrutura familiar foi reformulada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a reconhecer legalmente a família formada pelo casamento, pela união estável e pela monoparentalidade.

A relação de monoparentalidade é definida como sendo “a entidade familiar integrada por um dos pais e seus filhos menores”⁴⁶³ e advém de um ato de vontade ou de um desejo pessoal, podendo decorrer de viuvez, de separação de fato, de divórcio, de adoção de filho por uma pessoa apenas, de uma mãe solteira ou de um pai solteiro.⁴⁶⁴

Os desafios enfrentados geralmente nesses relacionamentos dizem respeito à titularidade da guarda dos filhos, a regulamentação de visitas e ao pagamento de pensão alimentícia para a criança e para a mãe, que geralmente é quem fica com a guarda dos filhos. Não obstante, mecanismos judiciais foram criados e são aplicados, objetivando, manter uma relação igualitária para ambas as partes, e o não empobrecimento da parte mais vulnerável.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ GAMA, op. cit., p. 15.

⁴⁶² Ibidem, 21.

⁴⁶³ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., p. 78.

⁴⁶⁴ Idem.

⁴⁶⁵ FACHIN, Rosana Amara Girardi, p. 132.

Todavia, durante muitos anos a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso do projeto de uma vida a dois, e as pessoas que resolviam optar por essa forma de constituição familiar eram consideradas em situação a marginal, pois não havia proteção normativa acerca dessas entidades familiares. Entretanto, essa situação de exclusão social, foi atualmente substituída por um direito de liberdade de escolha do indivíduo, pois cada vez mais esse modelo de entidade familiar vem se tornando uma opção que advém da ruptura da vida matrimonial, da escolha por uma união livre ou da decisão de ter um filho sozinho.

O tratamento de família monoparental destina-se apenas a descendência em primeiro grau, “assim não se constitui família monoparental a que se constitui entre avô e neto, mas é entidade familiar de natureza parental”⁴⁶⁶. Enquanto que quando inexistente diferença de grau de parentesco entre os membros, como é o caso da família formada somente por irmãos, essa forma de família é denominada anaparental.⁴⁶⁷

No entanto, diferentemente do que ocorre com as relações familiares formadas pelo casamento ou pela união estável, “a família monoparental não é dotada de estatuto jurídico próprio, com direitos e deveres específicos”⁴⁶⁸, por isso são aplicadas a esse instituto as regras de direito de família de um modo geral.⁴⁶⁹ Além disso, a família monoparental apenas deixa de existir quando o genitor da família falece ou quando os filhos constituem novas famílias, deixando o genitor sozinho.⁴⁷⁰

Assim, observando as principais transformações ocorridas no seio familiar, no decurso do tempo, observa-se que houve uma completa reformulação do conceito de família, pois a família “continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas agora se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçados da família tradicional”.⁴⁷¹

Não obstante, o Código Civil de 1916 regulasse apenas as relações familiares provenientes do matrimônio, sempre existiram vínculos afetivos fora do casamento, e essas relações eram identificadas com o nome de concubinato. Aliás, quando a mulher possuía uma relação nesses moldes e procurava seus direitos perante o Poder

⁴⁶⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., 78.

⁴⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 295.

⁴⁶⁸ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., 79.

⁴⁶⁹ Idem.

⁴⁷⁰ Idem.

⁴⁷¹ GAMA, op. cit., p. 68.

Judiciário, lhe eram negados os efeitos inerentes a família, pois considerava-se que essas relações geravam apenas uma sociedade de fato, sob a qual incidiam direitos obrigacionais.⁴⁷² Mas, as famílias de fato sempre existiram, elas apenas não possuíam o amparo e a proteção do Estado, porque de certo modo estavam à margem da sociedade e da própria lei. Entretanto, o reconhecimento constitucional desses arranjos familiares como uniões estáveis, provou a superação da concepção formal de família.⁴⁷³

Esse modelo de entidade familiar era antes denominado concubinato e refletia efeitos apenas no direito das obrigações. Todavia, com a atual Carta Magna, essas relações passaram a ser previstas expressamente no direito de família, tanto no Código Civil de 2002 como na Constituição Federal de 1988, esse instituto passou então a ser denominado expressamente como união estável.⁴⁷⁴

Lobo, afirma que “a união estável é a entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento”⁴⁷⁵, trata-se de “um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria”.⁴⁷⁶

As relações provenientes de união estável conseguiram ser reconhecidas normativamente após uma longa e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, visto que antes essas entidades familiares eram consideradas “situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas”⁴⁷⁷, que desafiavam o instituto do casamento.

Todavia, a grande mudança acerca desse modelo de entidade familiar surgiu apenas com o advento do Código Civil de 2002, que posteriormente a promulgação da Carta Constituinte “sistematizou toda a matéria relativa à união estável, revogando-se, em consequência, a legislação anterior, com ele incompatível”.⁴⁷⁸ Assim, ficou determinado na legislação que os “companheiros da união estável são o homem e a mulher sem impedimentos para casar, salvo se casados, mas separados de fato ou

⁴⁷² FACHIN, Rosana Amara Girardi. Op. cit., p. 132.

⁴⁷³ Idem.

⁴⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável de acordo com o Novo Código Civil**. 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 19-20.

⁴⁷⁵ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., p. 150.

⁴⁷⁶ Idem.

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 151.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 152.

judicialmente”.⁴⁷⁹ Além disso, “o código civil unificou a denominação companheiro para o parceiro da união estável, dado a variedade de termos antes existente”.⁴⁸⁰ De modo que esse instituto familiar criou um estado civil autônomo, o do companheiro, que ao ingressar em uma “união estável deixa de ser solteiro, separado, divorciado, ou viúvo”.⁴⁸¹

De acordo com Lobo, “por força do §3º do art. 226 da Constituição, do art. 1.723 do Código Civil e da decisão do STF na ADI 4.277/2011”⁴⁸², são requisitos legais da união estável, a relação de afeto entre os companheiros; a convivência pública, contínua e duradoura; o objetivo de constituir família; e a possibilidade de conversão em casamento.⁴⁸³ Ressaltando que “a inexistência de impedimento para o casamento não pode ser considerado requisito, porque a pessoa casada separada de fato pode constituir união estável”.⁴⁸⁴ Visto que, “a lei não exige que, para o início da união estável, o companheiro casado tenha antes obtido o divórcio (...) mas é necessário ao menos que esteja separado de fato de seu cônjuge”.⁴⁸⁵ Desse modo, se o relacionamento com outro companheiro houver “começado quando ainda havia convivência com o cônjuge, somente após a separação de fato se dá o início da união estável”.⁴⁸⁶

Além disso, os indivíduos que estão em uma relação de união estável, “assumem os direitos e respectivos deveres de lealdade, respeito e assistência”⁴⁸⁷, mas não é necessário que os companheiros residam no mesmo domicílio, em virtude das peculiaridades da união estável, que tem por fundamento a liberdade de constituição e dissolução.⁴⁸⁸

No entanto, existe ainda muita controvérsia acerca da aplicação do princípio monogâmico à união estável, pois o conceito de lealdade inerente às relações de união estável, não se confunde com o dever de fidelidade, restrito aos cônjuges.⁴⁸⁹ Nesse sentido, Lobo entende que não é possível “submeter à união estável às

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 153.

⁴⁸⁰ Idem.

⁴⁸¹ Idem.

⁴⁸² Idem.

⁴⁸³ Idem.

⁴⁸⁴ Idem.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 158.

⁴⁸⁶ Idem.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 159.

⁴⁸⁸ Idem.

⁴⁸⁹ Idem.

características próprias do casamento”⁴⁹⁰, pois havendo na “vida cotidiana, duas ou mais uniões estáveis paralelas, devem os direitos patrimoniais decorrentes ser objeto de partilha entre os companheiros, notadamente nas obrigações alimentares e na sucessão”⁴⁹¹, o que confirma a possibilidade de reconhecimento das denominadas famílias paralelas.

Contudo, devido à falta de regulamentação apropriada acerca das diversas espécies de uniões informais, as respostas para essas situações somente estão sendo encontradas devido à sensibilidade de alguns julgadores, que estão prontos a reconhecerem a realidade fática existente na sociedade, baseados nos princípios jurídicos voltados a realização da justiça, não se apegando a valores passados, pois buscam observar os fatores que levam a uma compreensão atual e moderna das relações familiares.⁴⁹²

Dessa forma, parte da jurisprudência vem transformando paulatinamente os contornos da conceituação de família, utilizando a interpretação dos princípios constitucionais para abrir espaço para o reconhecimento de novas entidades familiares não previstas no rol constitucional.

2.3.2 Famílias homoafetivas: um novo modelo de entidade familiar

O reconhecimento constitucional de direitos as pessoas que convivem em regime de união estável foi um marco para o direito, a partir desse momento a conjuntura familiar tomou novas formas e isso trouxe consequências que perduram até os dias de hoje. A estrutura da família foi ampliada de modo a reconhecer outras formas de família que possuem características diversas das entidades constituídas pelo matrimônio.

A união estável abrandou os requisitos necessários para a constituição de uma unidade familiar, o que permitiu um maior diálogo em relação as normas impostas a sociedade. Com isso, arranjos familiares não previstos no texto constitucional foram buscar o reconhecimento de seus vínculos familiares e cobrar direitos perante o Poder Judiciário, como é o caso das famílias homoafetivas.

⁴⁹⁰ Idem.

⁴⁹¹ Idem.

⁴⁹² GAMA, op. cit., p. 78.

A Constituinte de 1988 reconhece como família as relações formadas pelo matrimônio, pela família monoparental e pela união estável, mas “apesar da aparente limitação constitucional, ao elencar as entidades familiares não dá pra deixar de reconhecer como merecedora da especial atenção do Estado toda e qualquer estrutura de convívio que forme uma unidade afetiva”.⁴⁹³ Com a inovação trazida pelo conteúdo do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, o conceito de família foi redimensionado, o que permite por analogia estender os direitos previstos nesse artigo para outros arranjos familiares não elencados na lei.⁴⁹⁴

Acerca desse ponto, “a doutrina é unânime em afirmar que a previsão constitucional não se trata de *numerus clausus*, e, sim, *numerus abertus*”.⁴⁹⁵ A Constituição prevê alguns tipos de entidades familiares, mas não cria obstáculos que impeçam o reconhecimento de outras espécies de família. Compreende-se que “a expressão o homem e a mulher, constante no §3º do art. 226 da CF, não configura proibição implícita ao reconhecimento da união estável homoafetiva”.⁴⁹⁶ Pois, “a omissão da Constituição não inibiu o reconhecimento legal das uniões homoafetivas”.⁴⁹⁷ Todavia, no âmbito do Poder Judiciário, é onde ocorrem as mais significativas mudanças. O que denota-se com o posicionamento da justiça gaúcha, a primeira a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, como destacado no seguinte julgado:

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.⁴⁹⁸

⁴⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 290.

⁴⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. 2ª tir. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

⁴⁹⁵ Idem.

⁴⁹⁶ Idem.

⁴⁹⁷ Ibidem, p. 112.

⁴⁹⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70001388982. Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Data do julgamento: 14/03/2001. Disponível em <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/350.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2017

O presente julgado reconhece direitos às famílias homoafetivas, baseado na repersonalização da sociedade, na valorização da pessoa humana e na proteção da entidade familiar, pois a família é um instrumento de desenvolvimento da personalidade humana e de realização plena dos indivíduos.⁴⁹⁹ Essa concepção fica ainda mais evidente com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, da ADI 4.277 e da ADPF 132⁵⁰⁰, que proporcionaram a esses arranjos familiares, o tratamento constitucional de família, considerando que não importa se o vínculo familiar foi constituído formalmente ou não, deve haver isonomia no tratamento entre casais heteroafetivos e homoafetivos, observando o igual direito subjetivo à formação de uma família.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem seu ordenamento jurídico pautado na existência de determinados princípios fundamentais. Nesse caso, a aplicação prática dos princípios direcionou o Judiciário a apenas uma nítida opção, a promoção positiva das liberdades dos cidadãos brasileiros, assegurando com isso o respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e a liberdade.⁵⁰¹

Antes do pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, havia grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência, uma parte entendia que a união afetiva não era entidade familiar, e portanto, não era possível lhe aplicar qualquer norma de direito de família, enquanto outra parte alegava que essas relações familiares constituíam apenas sociedades de fato, aplicando as regras do direito das obrigações e a Súmula 380 do STF, que reconhece direitos a outras entidades familiares, com aplicação analógica do modelo legal da união estável.⁵⁰²

Todavia, ocorreu uma grande mudança desse cenário quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4.277 e consolidou o entendimento de que as famílias homoafetivas devem ser reconhecidas “segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heterossexual”⁵⁰³, pois a interpretação do texto constitucional permite que o conceito de família não se limite, pelo contrário, possa se estender a outras formas de entidades formadas por outras vias que não o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim, esse julgamento permitiu que sob um viés

⁴⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. Op. cit., p. 104.

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 112.

⁵⁰¹ Ibidem, p. 122.

⁵⁰² LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Op. cit., p. 80.

⁵⁰³ Idem.

interpretativo o artigo 1.723 negasse qualquer impedimento em relação ao “reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”.⁵⁰⁴

Essa amplitude interpretativa da atual Carta Magna está relacionada ao princípio do pluralismo, que é o que permite essa pluralidade de formas de entidades familiares, realçando a inexistência de hierarquia ou diferença jurídica entre as entidades formadas por um homem e uma mulher, ou duas pessoas do mesmo sexo. Pois, a análise interpretativa da lei dispõe que observando o princípio da igualdade, não há nada que impeça o reconhecimento de uma união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Por mais que a lei que regulamenta a união estável (Lei 9.278/96) e o Código Civil façam referência expressa a diversidade de sexos para a formação de uma entidade familiar, através do uso da analogia a jurisprudência passou a reconhecer as uniões homoafetivas como união estável, desde que preenchidos os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil.⁵⁰⁵

Desse modo, os dispositivos normativos que preveem direitos às entidades familiares provenientes de união estável entre casais heteroafetivos, passaram a ser aplicados de igual forma as relações homoafetivas. Pois, é papel do Estado assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, recusando a existência de preconceito e discriminação entre os cidadãos. Esse “impedimento discriminatório não tem assento exclusivamente constitucional, ele está presente também na Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de San José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário”.⁵⁰⁶

Além disso, a Resolução do Conselho da ONU de 2011 dispõe que todos os seres humanos são livres e iguais, podendo se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades sem distinções.⁵⁰⁷ Diante disso, é com propriedade que se determina a dignidade humana como o princípio que abriu caminho para a proteção dos relacionamentos homoafetivos, pautado no pressuposto de que a pessoa humana não deve sofrer nenhuma distinção de gênero ou orientação sexual.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. Op. cit. p. 167.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 188.

⁵⁰⁶ Ibidem, p. 125.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 126.

⁵⁰⁸ MATOS, op. cit., p. 734.

Os vínculos homoafetivos configuram uma categoria de família que não pode mais ser discriminada, pois isso envolve o respeito à dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de “que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade”.⁵⁰⁹ O que enfatiza o “respeito à diversidade e a superação do preconceito, propagando-se a paridade de direitos para as parcerias homossexuais”.⁵¹⁰ Pois, nota-se nas relações homoafetivas os princípios da dignidade humana, da igualdade, da liberdade, da afetividade e da pluralidade familiar, como os fundamentos que permitem a concessão de efeitos jurídicos, às parcerias entre pessoas do mesmo sexo, diante da falta de legislação específica.⁵¹¹

Antes as famílias homoafetivas se formavam apenas através da união estável, visto que o conteúdo do artigo 226, § 3º da Constituição ainda adota o casamento civil como forma ideal de institucionalização de família, tanto que pressupõe que o legislador esteja empenhado em converter a união estável aos contornos do matrimônio.⁵¹² Entretanto, essa situação tomou novos contornos com a publicação da Resolução 175 emitida pelo Conselho Nacional de Justiça em 2013, que reconheceu aos casais homossexuais o direito de se casarem e de converter a união estável homoafetiva em casamento, o que anteriormente não era possível, visto que segundo a legislação apenas os casais formados por um homem e uma mulher possuem o direito de se casarem no civil.

Atualmente as famílias homoafetivas encontram-se relativamente protegidas perante o ordenamento jurídico, pois mesmo não possuindo previsão expressa no texto constitucional, o direito vem proporcionando proteção a essas relações por meio de resoluções e através da atuação do Poder Judiciário. Entretanto, as relações homoafetivas não são o único modelo de entidade familiar sem legislação própria, existem outros arranjos familiares que também vem buscando o reconhecimento de direitos perante o Poder Judiciário, ensejando grande divergência jurisprudencial e doutrinária.

⁵⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Unões homoafetivas**: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_uni%F5es_homoafetivas_-_uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_n%E3o_ver.pdf Acesso em 20 jun. 2017

⁵¹⁰ MATOS, op. cit., p. 734.

⁵¹¹ Idem.

⁵¹² NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, NELSON (Coord.). **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., p. 52.

3 – O PRINCÍPIO DO PLURALISMO E O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.1 FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Parte da sociedade opta há muito tempo por uma forma de constituição de família diferente do casamento. Foi diante dessa busca por liberdade de escolha e pela possibilidade de contornar os formalismos estabelecidos pelo matrimônio, que a figura do companheirismo também denominado de união estável, tomou lugar dentro da sociedade brasileira. Esse modelo de família possui características próprias e menos formalistas que o casamento, de modo que nesse instituto prevalece a liberdade dos indivíduos em desejar constituir um vínculo familiar baseado no afeto.

A entidade familiar denominada união estável possui algumas características próprias que a diferenciam do casamento. Parte da doutrina afirma que para verificar a existência de uma união estável entre duas pessoas é necessário observar o contexto de estabilidade, notoriedade e continuidade do relacionamento, bem como o intuito de constituir família.

Além disso, com o reconhecimento expresso da união estável no texto constitucional, parte da doutrina passou a defender a possibilidade de reconhecimento de outras entidades familiares não elencadas na Constituição Federal de 1988, baseado na premissa de que o artigo 226 não teria por objetivo trazer um rol taxativo de entidades familiares, mas apenas demonstrar que existem outros modelos de entidades familiares, que também merecem a tutela do Estado.

Todavia, algumas dúvidas surgem a respeito dessa afirmação quando se discute a possibilidade de existência de uma relação estável concomitante a um casamento e, quanto a existência de duas uniões estáveis simultâneas, discutindo-se portanto, a possibilidade de reconhecimento de efeitos as denominadas famílias paralelas.

Assim, o presente trabalho tem por intuito abordar a possibilidade de reconhecimento das famílias simultâneas, considerando que hoje em dia, parte da jurisprudência já tem defendido esse posicionamento, fundamentando-se na perspectiva de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos enquanto seres

humanos, na necessidade de igualdade entre as entidades familiares e na ausência de hierarquia entre as diferentes formas de família.

3.1.1 O que são famílias simultâneas?

A necessidade de analisar a possibilidade de reconhecimento das famílias simultâneas surge pelo fato de que existem na sociedade brasileira relações familiares não eventuais entre homem e mulher, onde se verifica o objetivo de constituir família, bem como a notoriedade e durabilidade do relacionamento, e uma característica específica desses relacionamentos, a quebra do dever de lealdade por uma das partes, que adota outro relacionamento familiar paralelo ao já existente. O que propicia um enquadramento jurídico diverso a esses arranjos familiares, considerando: a evolução do tratamento histórico fornecido as relações familiares, o crescimento mundial das famílias de fato, a insuficiência do sistema jurídico fechado para o desenvolvimento do direito e possibilidade de uma nova perspectiva de interpretação das normas, observado o pensamento sistemático adotado pela Constituição Federal de 1988, que adota uma ordem jurídica aberta.

Assim, se verifica que por mais que a Carta Magna tenha ampliado o seu âmbito de proteção normativo ao reconhecer direitos a outras entidades familiares não provenientes do casamento, “a atual legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleos familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares”⁵¹³, mas não possuem previsão normativa expressa.

Ruzyk, afirma que os núcleos familiares denominados de famílias simultâneas ocorrem quando um indivíduo passa a ser integrante de duas ou mais entidades familiares diversas entre si, ao mesmo tempo. Trata-se de uma pluralidade concomitante de núcleos diversos que possuem, no entanto, um componente em comum.⁵¹⁴ Além disso, “as possibilidades de configuração de arranjos familiares concomitantes são inúmeras, e não dizem respeito unicamente a conjugalidade”⁵¹⁵, pois de acordo com os ensinamentos de Ruzyk:

⁵¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 281.

⁵¹⁴ RUZYK, op. cit., p. 193.

⁵¹⁵ CAMARGO, Kátia Aparecida de. **O rateio da pensão por morte nos casos de configuração de famílias simultâneas**: uma análise a partir dos precedentes da Justiça Federal. 118 f. Projeto de Monografia do Programa de Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014, p. 29.

(...) Desde a bigamia típica até a pluralidade pública e estável de conjugalidades; desde a situação que envolva filhos de pais separados, que mantêm os vínculos de afeto e convivência com ambos os pais, até a situação de pessoas divorciadas ou separadas que constituem novas famílias nucleares por um novo casamento ou união estável, mantendo o vínculo com a prole resultante da primeira união; ou, ainda, netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência contínua com seus avós, para citar apenas algumas configurações possíveis.⁵¹⁶

A concomitância de entidades familiares, no que diz respeito “a conjugalidade, é uma questão bastante polêmica, mas que não deve ser negligenciada e muito menos, negado os seus efeitos jurídicos, levando-se em consideração que muitas vezes há convivência por”⁵¹⁷ um longo período temporal com ambas as famílias, geração de prole e construção de patrimônio comum.⁵¹⁸

Dentre as possibilidades de configuração de simultaneidade familiar, é alvo de maiores controvérsias aquela que se institui mediante duas ou mais relações simultâneas de conjugalidade.⁵¹⁹ Assim, dentro dessa pluralidade de entidades familiares que podem encontrar abrigo no texto constitucional de forma implícita através da interpretação normativa, surge um questionamento especial acerca da monogamia, em relação as famílias paralelas, questionando se haveria ou não possibilidade de uma pessoa desenvolver, ao mesmo tempo, mais de um relacionamento familiar.⁵²⁰

Parte da doutrina defende que “a determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável, não consegue sobrepor-se a realidade”.⁵²¹ Atualmente, muitos homens casados ou que já possuem uma companheira, “partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem”.⁵²² Assim, “verificam-se em nossa sociedade casos concretos em que uma pessoa possui duas ou mais famílias paralelas ou relacionamentos concomitantes”⁵²³.

Nesse sentido, Tepedino afirma que a evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa do tratamento jurídico das entidades familiares extrapatrimoniais no Brasil,

⁵¹⁶ RUZYK, op. cit., p. 193.

⁵¹⁷ CAMARGO, op. cit., p. 30.

⁵¹⁸ Idem.

⁵¹⁹ Idem.

⁵²⁰ MATOS, op. cit., p. 743.

⁵²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 137.

⁵²² Idem.

⁵²³ MATOS, op. cit., p. 743.

pode ser melhor compreendida se for dividida em três fases. Segundo ele, a primeira fase é marcada pela rejeição do concubinato, que na época era estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação adulterina, que a jurisprudência reconhecia efeitos no âmbito obrigacional, para impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro.⁵²⁴

Já em um segundo momento o legislador atribuiu efeitos ao concubinato desde que não adulterino, não reconhecendo mais como uma relação de direito obrigacional, mas como vida lícita em comum, atribuindo efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia, o que pode ser considerado como o ingresso do concubinato no direito de família.⁵²⁵ Finalmente, a terceira fase “compreende a tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio”⁵²⁶, posto que a atual Constituição prevê proteção à família monoparental e aos relacionamentos familiares decorrentes da união estável.

Assim, um dos questionamentos que se impõe é se as famílias simultâneas poderiam ser reconhecidas juridicamente, posto que geralmente decorrem de um relacionamento familiar constituído por um homem que coabita com a esposa ou companheira, mas que mantém simultaneamente um relacionamento familiar paralelo que imita as características da família constituída pela união estável.

Essas famílias possuem características muito semelhantes a união estável, pois nesses relacionamentos se verifica notável publicidade e convivência, de modo que todos que conhecem o casal percebem que a circunstância em que vivem é semelhante a de um casamento e se destina ao fim de constituir família, descartando as relações ocasionais ou transitórias.⁵²⁷

Além disso, nos relacionamentos familiares simultâneos, há a prestação de “mútua assistência, moral e material, um do outro e aos cuidados com a prole”.⁵²⁸ Ressaltando, o respeito à “dignidade pessoal um do outro, dos filhos e daqueles que estão sob a dependência do par, à constituição e a preservação do patrimônio comum e de cada qual, para favorecimento do bem viver da comunidade familiar”.⁵²⁹

⁵²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Direito, Estado e sociedade**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, n. 5, agosto/dezembro, 1994, p. 26.

⁵²⁵ Idem.

⁵²⁶ Ibidem, p. 27.

⁵²⁷ NERY, op. cit., p. 242.

⁵²⁸ Ibidem, p. 243.

⁵²⁹ Idem.

Enaltecendo o fato de que a convivência que se destina à formação de um lar, inclui o desfrute dos bons momentos e a repartição das dificuldades, pois um relacionamento em que não são compartilhadas as dificuldades do dia a dia não configura união estável.⁵³⁰

Todavia, dividir os encargos provenientes da vida em família não significa necessariamente viver sob o mesmo teto, pois o instituto da união estável possui características próprias e “não exige a coabitação como elemento indispensável a sua caracterização”⁵³¹, como resta evidenciado na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que a vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato.⁵³² O que de certa forma proporciona um fundamento legal para a existência de características próprias a cada modelo familiar, como é o caso das famílias simultâneas, nas quais se observa em regra, a coabitação de um mesmo homem em dois lares distintos.

Além disso, em relação as características inerentes a união estável, nota-se que esse modelo de entidade familiar possui três elementos basilares. O primeiro requisito para a configuração da união estável, é a publicidade da convivência, o que “pressupõe que os companheiros permitam que se torne conhecida de toda a gente a circunstância de que vivem como pares, e que essa convivência se destina ao fim de constituir família”.⁵³³ De modo que, a fama do casal de que são companheiros deve ser notória, de conhecimento de todos.⁵³⁴ Podendo:

Haver ostensibilidade de uma dada conjugalidade em certa localidade e perante certo número de pessoas componentes do ambiente social em que está inserida e, paralelamente, um dos cônjuges/companheiros integrar outro núcleo familiar conjugal, igualmente reconhecido como tal, em localidade distinta e perante grupo relacional diverso.⁵³⁵

Enquanto que o segundo elemento diz respeito a continuidade da relação familiar, devendo ser de fácil identificação a atualidade da união e a sua estabilidade. E por fim, o último requisito diz respeito à finalidade dessa convivência, pois para

⁵³⁰ NERY, op. cit., p. 243.

⁵³¹ Ibidem, p. 244.

⁵³² Idem.

⁵³³ Ibidem, p. 66.

⁵³⁴ Idem.

⁵³⁵ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 194.

configurar união estável deve haver entre as partes o ânimo de constituir família de maneira duradoura⁵³⁶.

Todavia, há um outro elemento inerente as relações formadas pela união estável que enaltece a discussão quanto a possibilidade de reconhecimento das relações familiares paralelas. A lealdade, uma característica que é empregada pelo legislador de forma diferenciada da fidelidade, mas que segundo alguns doutrinadores também sinaliza “o propósito monogâmico das relações afetivas”.⁵³⁷

Normativamente a família paralela é um modelo de entidade familiar que contraria o pressuposto da família monogâmica, pois um homem que mantém simultaneamente à um relacionamento conjugal ou à uma união estável, uma outra união extramatrimonial com coabitação regular, contraria o modelo de família nuclear previsto na lei.⁵³⁸ Entretanto, por mais que as famílias simultâneas não possuam previsão normativa, o direito deve reconhecer os efeitos jurídicos decorrentes desse modelo de arranjo familiar, pois segundo Perlingieri, a família é uma unidade autônoma pautada pelo princípio da liberdade de seus membros e pelo dever de solidariedade.⁵³⁹

Além disso, o momento constitutivo da família não ocorre exclusivamente pelas relações de sangue, mas sobretudo pelas relações de afeto que se traduz em uma comunhão espiritual e de vida⁵⁴⁰. De modo que “cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa, não podendo o legislador nem o jurisdicionado, afirmar uma abstrata superioridade do modelo de família nuclear em relação às outras⁵⁴¹”.

Assim, é totalmente incoerente constatar que ainda hoje, mesmo diante de toda a transformação do conceito de família trazido pela interpretação jurídica em vista do texto constitucional vigente, ainda há um imenso obstáculo para que outras formas de entidades familiares se tornem visíveis para o direito e tenham consequentemente uma proteção estatal.

⁵³⁶ NERY, op. cit., p. 66.

⁵³⁷ MOURA, Rafael Alves de; OLIVEIRA, Igor Batista de. **O conteúdo jurídico do dever de lealdade e suas repercussões no direito de família.** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1432/1118>> Acesso em: 02 dez. 2017

⁵³⁸ RAMOS, op. cit., p. 39.

⁵³⁹ PERLINGIERI, op. cit., p. 244.

⁵⁴⁰ Idem.

⁵⁴¹ Idem.

3.1.2 Famílias simultâneas: um fato jurídico relevante para o direito

Atualmente a Carta Magna de 1988, prevê proteção a outras formas de entidade familiar, que não se constituem pelo casamento. Porém, essa ainda é uma mudança no direito de família, que está muito recente e ainda gera muita discussão pela doutrina e na jurisprudência. Essa divergência quanto as novas formas de família, ocorre principalmente porque parte da doutrina defende que realizando uma análise interpretativa da Constituição se compreende que o conteúdo do artigo 226, não é taxativo, mas meramente exemplificativo, o que conseqüentemente abre portas para a possibilidade de reconhecimento de uma pluralidade de formas de entidade familiar.

Assim, verifica-se que mesmo não havendo alteração no texto normativo, é possível haver uma nova interpretação da lei, pois o exercício de hermenêutica realizado pelo interprete de direito possibilita a aproximação do direito à realidade social, e suas respectivas transformações.

Essa interpretação realizada pelo jurisdicionado na análise do caso concreto, é de suma relevância, pois existem vários fatos sociais que em um primeiro momento, “surgem irrelevantes para o direito, correspondendo a situações não previstas pelo ordenamento jurídico posto”⁵⁴², todavia a falta de previsão normativa não impede que esses fatos gerem efeitos jurídicos.⁵⁴³

Como a lei não é capaz de prever todos os fatos jurídicos, o direito acaba tendo que posteriormente fornecer uma resposta as demandas que tem como objeto situações de fato que não são regulamentadas pela lei, mas que geram efeitos na sociedade. Nesse caso, o objeto de estudo do presente trabalho são as relações de fato denominadas de famílias simultâneas e os efeitos jurídicos gerados pela existência desses relacionamentos, porque “num dado momento, esta hipótese não contemplada pelo sistema jurídico pode vir a ser incorporada através da edição de uma norma, que a erige à condição de situação de direito”⁵⁴⁴.

Deste modo, “pode ocorrer que, jurisdicizada uma determinada situação, continue a subsistir, paralelamente a ela, uma outra situação de fato, que cumpre função em algum nível análoga à relação jurídica agora reconhecida pelo sistema”.⁵⁴⁵ Nesses termos é possível afirmar que por mais que a Constituição Federal de 1988,

⁵⁴² RAMOS, op. cit., p. 22-23.

⁵⁴³ Ibidem, p. 23.

⁵⁴⁴ Idem.

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 25.

tenha reconhecido a união estável como entidade familiar digna de reconhecimento de seus efeitos jurídicos, não há ainda nenhuma previsão normativa sobre as famílias simultâneas, mesmo considerando que essas famílias possuem características muito semelhantes à união estável.

Essas situações fáticas denominadas de famílias simultâneas, vem ganhando respaldo protetivo apenas por uma minoria da jurisprudência que defende ser necessário o reconhecimento dessas entidades familiares e de seus efeitos, sempre quando preenchidos os requisitos de publicidade, continuidade, durabilidade, afeto e o ânimo de constituir uma família. Posto que, o direito tem o pressuposto de apresentar uma solução a essas situações de fato que se apresentam ao mundo do direito “através de conflitos de interesses surgidos durante sua manifestação no meio social, originando um litígio”.⁵⁴⁶

Essa manifestação do direito ocorre por meio de uma construção jurídica, isto é, pelo mecanismo da interpretação, que é realizado pelo jurisdicionado e representa “um mecanismo de complementação dos espaços jurídicos, projetando o direito para o futuro”.⁵⁴⁷ O que indubitavelmente tem direcionado os tribunais à construção do atual direito de família brasileiro, destacando que:

A circunstância de se atribuir efeitos jurídicos a uma situação de fato não recepcionada pelo direito decorre da constatação de ser tal fato suficiente para provocar consequências de alguma natureza, ainda que no sentido da contrariedade às normas vigentes naquele momento histórico, no plano da ordem social em que se manifesta.⁵⁴⁸

Permitindo a quebra do paradigma monista, em vista da admissão do pluralismo, que defende que nem todo o direito se encontra na lei, pois “o direito é invadido pelos fatos, pela realidade das ruas, que o obriga a reformular-se, reconhecendo a existência de espaços por ele não abrangidos”.⁵⁴⁹ As relações de fato correspondem ao direito vivo, assim, “segundo os moldes de organização dos sistemas jurídicos da atualidade, é o direito que unilateralmente as recepciona e atribui juridicidade ao fato”.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 27.

⁵⁴⁷ Idem.

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 29.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 30.

⁵⁵⁰ Idem.

Vista sob o ângulo do discurso jurídico, a família denominada com arranjo paralelo “é uma situação de fato, envolvendo uma realidade sócio afetiva, que aflora espontaneamente no mundo real, engendrando um relacionamento de tipo familiar”⁵⁵¹, diferente dos modelos de família “caracteristicamente típicos, formais, nominados, legítimos.”⁵⁵²

A família informal, é um dado de fato que envolve “um espaço de solidariedade e colaboração mútuas, tanto no plano afetivo, quanto no plano material”⁵⁵³. Quanto a sua tipicidade social, esta situação da vida surge fora do direito, na acepção de sistema jurídico vigente, considerando o fato de seu início e continuidade independerem da observância de qualquer formalidade estabelecida em lei.⁵⁵⁴ Pois, assim como a família formada pela união estável, a família simultânea é uma realidade fática, baseada na comunidade de vida constituída pela convivência do casal, pelo afeto recíproco, pela solidariedade e colaboração existente entre eles.⁵⁵⁵ Além disso, essas famílias possuem uma relativa estabilidade, o que demonstra a continuidade do relacionamento entre o casal no tempo e identifica a qualidade e a intenção das relações interpessoais nelas envolvidas.⁵⁵⁶

Os modelo de entidade familiar contemporâneos não são fruto de um fato isolado, pelo contrário, são resultado de uma “progressiva alteração da fisionomia estrutural e das funções da família, que, embora num movimento lento, foi se afastando a de tipo patriarcal, caracterizada pela rigidez de papeis desempenhados”⁵⁵⁷, e com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a se basear cada vez mais na comunhão de afeição e vida.

Essa nova visão acerca do conteúdo da Carta Magna, possibilita que o direito recepcione a realidade, confirmando o posicionamento de uma parte da doutrina que afirma que a situação de fato é protegida juridicamente por possuir similitude com outra situação jurídica.⁵⁵⁸ Considerando que as famílias simultâneas, são uniões que

⁵⁵¹ Ibidem, p. 40.

⁵⁵² Idem.

⁵⁵³ Idem.

⁵⁵⁴ Idem.

⁵⁵⁵ Ibidem, p. 41.

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 43.

⁵⁵⁷ Idem.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 30.

se manifestam no ambiente social, como situação de fato que é, mas essas relações geram vários efeitos no plano jurídico, com o decorrer do tempo.⁵⁵⁹

Nesse sentido, a doutrina tem admitido a figura da união estável putativa, quando um dos envolvidos possuir boa fé e desconhecer as circunstâncias que impedem a caracterização da união estável⁵⁶⁰, pois aplicando por analogia o artigo 1.561 do Código Civil, “seriam reconhecidos em favor do envolvido de boa-fé, todos os efeitos da união estável”.⁵⁶¹

Sob essa perspectiva a referente matéria tornou-se objeto de “responsabilidade civil, no que toca aos efeitos dessa ‘união estável putativa’, impondo ao companheiro, causador”⁵⁶² da situação de fato, a obrigação de reparar danos e dividir patrimônio, dependendo do caso concreto.⁵⁶³ Todavia, para que isso ocorra é necessário haver a prova da união estável, pois apesar de o texto constitucional equiparar a união estável ao casamento, para a comprovação do matrimônio basta a apresentação da certidão de casamento, enquanto que a união estável pode ser provada por todos os meios admitidos no direito e depende da cognição do julgador⁵⁶⁴.

Além disso, importante ressaltar que tornar “a boa-fé objetiva como critério para o reconhecimento de conjugalidades pode converte-se em um mecanismo de reforço de uma concepção matrimonializada de família”⁵⁶⁵, considerando que, “neste caso, ainda que se admita a união estável como relação de fato, esta viria carregada de estigmas, dos pressupostos e da forma típica do casamento”.⁵⁶⁶

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 113.

⁵⁶⁰ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS UNICAMENTE PREVIDENCIÁRIOS— PROVA DA EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. RECONHECIMENTO. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. Se o relacionamento paralelo ao casamento perdurou até o falecimento do varão e se assemelhou, em tudo, a um casamento de fato, com coabitação, comunhão de vida e de interesses, e resta indubitosa a *affectio maritalis*, é possível reconhecer a união estável putativa, pois ficou demonstrado que a autora não sabia do relacionamento do varão com a esposa, de quem supunha que ele estivesse separado há muitos anos. BRASIL, Tribunal de Justiça da Bahia. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 0124633- 95.2005.8.05.0001. Relator: Lisbete M. Teixeira Almeida César Santos. Data do julgamento em 04/12/2012. Disponível em: < <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115815195/apelacao-apl-1246339520058050001-ba-0124633-9520058050001/inteiro-teor-115815204> > Acesso em 27 jan. 2018

⁵⁶¹ NERY, op. cit., p. 243.

⁵⁶² Idem.

⁵⁶³ Idem.

⁵⁶⁴ Idem.

⁵⁶⁵ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família, p. 198.

⁵⁶⁶ Idem.

Nesse sentido Silva afirma, que a boa-fé objetiva não parece ser o melhor instrumento para o enfrentamento da questão das famílias simultâneas, pois “a cláusula da boa-fé objetiva é indiscutivelmente limitada para tornar-se pedra de arrimo a dar solução para essas complexas relações”.⁵⁶⁷ De modo que “as situações subjetivas existenciais no âmbito familiar receberão melhor tratamento, fazendo-se incidir diretamente sobre elas os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da democracia”.⁵⁶⁸

O casamento é um instituto familiar que possui características muito próprias e preconiza o preenchimento de vários requisitos formais para a sua constituição, enquanto que a união estável já traz características muito mais flexíveis e variáveis, assim a união estável demonstra que é um modelo de entidade familiar totalmente diferente do matrimônio. Verifica-se que por mais que as famílias simultâneas possuam características muito semelhantes à união estável, o fato é que esse modelo arranjo familiar ganha contraste e necessita de individualização, devido as características inerentes à esse modelo de arranjo familiar.

Sob esse aspecto, nota-se que cada modelo de entidade familiar possui características próprias e se desenvolve de uma maneira diferente na realidade fática, o que impossibilita que as características inerentes as entidades familiares estejam todas previstas na lei, pois a família é um instituto do direito que pode tomar diferentes formas com o passar do tempo.

Além disso, a Constituição traz uma perspectiva pluralista de família, ao prever diferentes modelos de família, o que ressalta o fato de que os núcleos familiares são constituídos pelo afeto existente entre seus membros e tem por objetivo a felicidade. Assim, de acordo com os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional, o direito deve considerar as peculiaridades de cada situação fática que resulta em um diferente modelo de arranjo familiar, de modo a garantir os direitos basilares inerentes a cada indivíduo. Pois, o Estado não pode estigmatizar as diferentes formas de relações familiares, pelo contrário, o poder estatal, deve viabilizar proteção à família e aos seus membros.

⁵⁶⁷ Ibidem, p. 200.

⁵⁶⁸ Ibidem, p. 199-200.

3.2. A DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

O reconhecimento jurídico de outras formas de entidade familiar diferentes do casamento sempre foi um tema que gerou grande divergência na ordem jurídica brasileira, pois é um assunto que consequentemente ressalta a necessidade de atualização e reformulação do texto normativo.

Nas primeiras décadas do século XX, a jurisprudência e a doutrina não acolhiam o reconhecimento de direitos pessoais ou patrimoniais para as famílias simultâneas, que na época eram denominadas de concubinato. Nas raras hipóteses em que a situação de fato era admitida, não era atribuído qualquer efeito a esses relacionamentos⁵⁶⁹. Assim, “independentemente da ótica a partir da qual fossem encaradas essas relações, todas as vertentes conduziam à exclusão de direitos”⁵⁷⁰ à essas famílias formadas fora nos moldes matrimoniais.

Todavia, esse modelo jurídico se mostrou obsoleto ao longo do tempo, considerando que a sociedade brasileira é nitidamente marcada pelo princípio do pluralismo. Assim, foi imposta “à ciência do direito a construção de novas e adequadas ‘estruturas jurídicas de resposta’, capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança em uma sociedade em rápido processo de mudança”.⁵⁷¹

Essa visão passou a se transformar paulatinamente apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a reconhecer direitos a família monoparental, a família formada pelo casamento e pela união estável. Todavia, considerando as mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas, esse rol tornou-se ultrapassado, pois não engloba todos os modelos de entidades familiares existentes de fato na sociedade brasileira.

Os outros modelos de relacionamentos que são gerados e cultivados no meio social na maioria das vezes geram efeitos jurídicos, pois acabam incidindo na existência de filhos e de patrimônio em comum entre as partes. Nesse momento então surge um desafio para o direito, pois essas relações não se encaixam na legislação vigente e não ocupam lugares predeterminados na ordem jurídica, o que faz com que os operadores do direito sejam convocados a decidir o lugar de direito dessas famílias.

⁵⁶⁹ RAMOS, op. cit., p. 75.

⁵⁷⁰ Idem.

⁵⁷¹ AMARAL, op. cit., p. 46.

Sob essa circunstância é que a jurisprudência brasileira passou a manifestar um posicionamento acerca das famílias simultâneas, considerando que “admitiram-se diversas entidades familiares com dignidade constitucional”.⁵⁷² Quanto a esse modelo de família específico, é necessário destacar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.762-8 – BA⁵⁷³, realizado em 12 de setembro de 2008 pelo Superior Tribunal de Justiça, pois esse foi um caso emblemático de grande repercussão na mídia.⁵⁷⁴

O referente julgado tornou-se um paradigma para o direito de família brasileiro porque “pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal adentrou o mérito do problema do rateio da pensão previdenciária entre famílias paralelas”⁵⁷⁵ analisando “o conceito de família, união estável, concubinato e suas respectivas consequências jurídicas”.⁵⁷⁶ O que permitiu uma amplitude interpretativa, posto que a partir desse momento os julgadores passaram a realizar uma reanálise acerca do paralelismo das relações afetivas.

Todavia, há ainda no ordenamento jurídico brasileiro uma grande divergência de posicionamento acerca das famílias paralelas, pois via de regra, os tribunais de segunda instância tem se manifestado favoravelmente ao reconhecimento desses arranjos familiares, enquanto que no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, ainda prevalece o posicionamento baseado na teoria monista.

3.2.1 Análise do posicionamento jurisprudencial contrário ao reconhecimento das famílias paralelas

O posicionamento jurisprudencial brasileiro se divide quando o tema diz respeito ao reconhecimento de direitos as famílias simultâneas. Isso ocorre porque conforme tem-se observado os tribunais estaduais tem defendido a possibilidade de

⁵⁷² CALDERÓN, op. cit., p. 238.

⁵⁷³ COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União Estável - Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão - Servidor Público - Mulher - Concubina - Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397.762-8/BA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 12/09/2008. Acesso em <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2009/03/supremo-tribunal-federal-acordao.html>> 04 out. 2017

⁵⁷⁴ HAMADA, op. cit., p. 79.

⁵⁷⁵ Idem.

⁵⁷⁶ Idem.

rateio da pensão por morte nos casos em que verifica-se a existência de famílias paralelas. Todavia, a grande divergência encontra-se calcada no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que tem defendido a impossibilidade de rateio da pensão, alegando que nos casos de simultaneidade familiar, prestigiam-se os direitos da esposa, com casamento válido, quando do óbito do marido⁵⁷⁷.

Em regra o Superior Tribunal de Justiça fundamenta suas decisões pelo não acolhimento das famílias paralelas alegando que não há possibilidade de existência de união estável concomitante ao casamento ou à união estável, sem que haja a separação de fato entre os cônjuges.⁵⁷⁸ Para o presente Tribunal, esse tipo de relacionamento é denominado concubinato impuro, pois essa relação paralela não pode ser convertida em casamento.⁵⁷⁹

Desse modo, “se os cônjuges estiverem separados de fato, a união paralela formada pode constituir união estável, desde que presentes os demais requisitos para tanto: convivência duradoura, pública e contínua, com o ânimo de constituir família”.⁵⁸⁰ Enquanto que “toda relação que não acompanhada pela separação de fato entre os cônjuges pode consistir unicamente em concubinato, mas nunca em união estável, ainda que presentes os demais requisitos”.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO E CONCUBINATO SIMULTÂNEOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. - Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. - Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 931.155/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 07/08/2007. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/27927062/pg-4262-superior-tribunal-de-justica-stj-de-27-06-2011>> Acesso em 24 jan. 2018

⁵⁷⁸ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. EQUIPARAÇÃO A CASAMENTO. PRIMAZIA DA MONOGAMIA. RELAÇÕES AFETIVAS DIVERSAS. QUALIFICAÇÃO MÁXIMA DE CONCUBINATO. RECURSO DESPROVIDO. (...) Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato). (...) Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Agravo 1.130.816/MG. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Data do julgamento: 19/08/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15931874/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1130816-mg-2008-0260514-0>> Acesso em 24 jan. 2018

⁵⁷⁹ HAMADA, op. cit., p. 84.

⁵⁸⁰ Idem.

⁵⁸¹ Ibidem, p. 84-85.

Assim verifica-se que, “dos 38 (trinta e oito) julgados do STJ, 30 (trinta) trataram de relação simultânea a casamento e 8 (oito) de relacionamento concomitante à união estável”.⁵⁸² Entretanto, nos presentes julgados é possível notar ainda, outros entendimentos consolidados pelo Superior Tribunal de Justiça, como o fato de que perante esse Tribunal o concubinato não gera direitos previdenciários, partilha de bens, pensão alimentícia, e indenização por serviços prestados, mas pode apenas configurar sociedade de fato e ensejar partilha de bens, se a concubina comprovar o esforço comum para a aquisição do patrimônio.⁵⁸³

Nesse sentido, o conteúdo da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, nega o reconhecimento de efeitos jurídicos a relações provenientes de uma família paralela, posto que denomina o esforço comum entre duas pessoas no seio familiar paralelo, como sendo apenas uma sociedade de fato⁵⁸⁴. O que é totalmente incabível em termos lógicos pois, nas relações familiares verifica-se em regra a inexistência de “qualquer intuito de lucro, logo, não se poderia falar de sociedade de fato entre eles, nos moldes de direito obrigacional”.⁵⁸⁵ Todavia, a jurisprudência reconhece em muitos casos a colaboração da concubina na formação do patrimônio e alega a existência de uma sociedade de fato, em razão do esforço dos companheiros para a formação da patrimônio comum⁵⁸⁶. O que ressalta o desejo de parte da jurisprudência em não

⁵⁸² Ibidem, p. 85.

⁵⁸³ CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. Segundo entendimento pretoriano, “a sociedade de fato entre concubinos é, para as consequências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica.” Recurso não conhecido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 229.069/SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 26/04/2005. Disponível em: < <https://camilalaragnoit.jusbrasil.com.br/artigos/189643518/familias-paralelas-e-concubinato> > Acesso em 24 jan. 2018

⁵⁸⁴ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 109.

⁵⁸⁵ Idem.

⁵⁸⁶ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE DE FATO. CONCUBINATO IMPURO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A revisão do acórdão recorrido que, ao dirimir a controvérsia, reconhece a caracterização de longa união estável e o consequente direito à partilha dos bens angariados com o esforço comum, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede especial, súmula 07/STJ. 2. Não destoa o v. acórdão recorrido da orientação emanada desta Corte acerca da possibilidade de dissolução de sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado, visto que o denominado concubinato impuro não constitui circunstância impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental desprovido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Regimental no Agravo nº 746.042/SP 2006/0031416-5. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 04/09/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8881015/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-746042-sp-2006-0031416-5>> Acesso em 25 jan. 2018

conceder as famílias simultâneas, qualquer deferência ou tutela jurídica como família.⁵⁸⁷

Os jurisdicionados que são contra o reconhecimento de direitos as relações simultâneas geralmente pautam suas decisões do princípio da monogamia, alegando que esse elemento é obrigatoriamente inerente tanto as relações familiares formadas pelo casamento, quanto pela união estável. Fundamentando que o referente princípio é um ícone basilar do ordenamento jurídico, pois assegura o patrimônio, expressando a ordem pública e os bons costumes na interação social.

De acordo com Silva, a monogamia revela-se como instrumento legitimador “da marginalização da outra família, que se constitui como resíduo do sistema da família matrimonializada, fundada no casamento”.⁵⁸⁸ Além disso, o referente princípio cumpre um papel neutralizador do concubinato, de modo a não permitir que este se converta “em fator disfuncional do sistema centrado na propriedade, que tem na família matrimonializada um dos pilares de sua sustentabilidade e segurança”.⁵⁸⁹ Como percebe-se no trecho da ementa do Recurso Especial nº 1.348.458/MG julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

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.⁵⁹⁰

No presente julgado, confere-se uma visão totalmente distorcida em relação a concepção eudemonista de família, pois a família de fato não se prende a um modelo fechado e formalista, pelo contrário ela se molda de acordo com a liberdade e a vontade do indivíduo.

Quanto a isso Dias afirma que a lealdade não compreende a fidelidade, de acordo com ela é incompreensível “o motivo de ter o legislador substituído fidelidade

⁵⁸⁷ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 109.

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 101.

⁵⁸⁹ Idem.

⁵⁹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.348.458/MG. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 08/05/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178200/recurso-especial-resp-1348458-mg-20120070910-1-stj/inteiro-teor-25178201>> Acesso em 24 jan. 2018

por lealdade”⁵⁹¹, pois isso distorce o dever de lealdade da união estável, de modo que conclui-se então inexistência da obrigação de ser fiel. Considerando que essa característica inerente ao casamento, não poderia ter sido empregada a outro instituto com características totalmente diversas ao matrimônio, pois a união estável possui em regra geral características próprias de natureza informal.⁵⁹²

Dias defende a possibilidade de não cumprimento de outras características inerentes ao casamento, como o dever de vida em comum sob o mesmo teto⁵⁹³, pois isso proporciona à lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, e portanto nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Assim, “se os companheiros não têm o dever de serem fiéis nem de viverem juntos⁵⁹⁴, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas”.⁵⁹⁵

Todavia, na maioria dos processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça a monogamia é empregada como um dever inerente tanto as relações familiares formada pelo casamento quanto pelas constituídas pela união estável, o que remete a uma tentativa de proximidade desses diferentes modelos de entidade familiar. Porém, é importante ressaltar que a informalidade é uma característica inerente à união estável, e esse elemento em questão é o que difere a união estável do casamento, isto é, a ausência de atos formais para sua formação e reconhecimento.

⁵⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 251.

⁵⁹² Idem.

⁵⁹³ Idem.

⁵⁹⁴ DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONFIGURAÇÃO. COABITAÇÃO. ELEMENTO NÃO ESSENCIAL. SOCIEDADE DE FATO. AUSÊNCIA DE PROVA DE COLABORAÇÃO PARA A AQUISIÇÃO DOS BENS EM NOME DO DE CUJUS. NÃO CONFIGURAÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL. PRESUNÇÃO DE MÚTUA COLABORAÇÃO PARA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO. DIREITO À PARTILHA. - O art. 1º da Lei nº 9.278/96 não enumera a coabitação como elemento indispensável à caracterização da união estável. Ainda que seja dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, não se trata de requisito essencial, devendo a análise centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum. - A ausência de prova da efetiva colaboração da convivente para a aquisição dos bens em nome do falecido é suficiente apenas para afastar eventual sociedade de fato, permanecendo a necessidade de se definir a existência ou não da união estável, pois, sendo esta confirmada, haverá presunção de mútua colaboração na formação do patrimônio do de cujus e conseqüente direito à partilha, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.278/96. Recurso especial conhecido e provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 275839/SP 2000/0089476-1. Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Data do julgamento: 23/10/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941541/recurso-especial-resp-275839-sp-2000-0089476-1>> Acesso em 24 jan. 2018

⁵⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 251.

A união estável é um fato sociológico, que dispensa pactuação formal e registro, pois “sua natureza constitui-se independentemente de qualquer impedimento matrimonial”⁵⁹⁶, assim se verifica que a regra da monogamia não é aplicável a união estável.⁵⁹⁷ Mesmo com o artigo 1724, prevendo o dever de lealdade as relações formadas pela união estável, o fato é que “o legislador reconheceu que a fidelidade não constitui dever entre os companheiros”.⁵⁹⁸ “O dever dos companheiros não seria de fidelidade propriamente, mas, de algo similar, que ainda está para ganhar densidade conceitual”.⁵⁹⁹

Além disso, “a norma não pode ser compreendida ou reduzida ao enunciado de um artigo de lei. Impossível conceber uma norma isolada. Somente é cabível pensar a norma”⁶⁰⁰, se o ordenamento for capaz de dar um significado dinâmico e vivo ao texto normativo. Por essa razão, a interpretação jurídica é tão relevante, “a cognição de qualquer texto legal deve se dar a partir dos princípios explícitos e implícitos hauridos do ordenamento”.⁶⁰¹ O que inevitavelmente destaca que:

A posição do Superior Tribunal de Justiça merece ser revista e analisada com cautela, razoabilidade e ponderação, caso a caso, em suas particularidades, para não correr o risco de se prevalecer postura rígida, ignorando os fatos sociais reais, bem como para se evitar o perigo de desprezar normas constitucionais, em julgamentos preconceituosos ou retrógrados, deixando ao desamparo a concubina, com fundamento de que não há previsão legal que ampare seus direitos, por ser relacionamento diverso da união estável.⁶⁰²

Nesse sentido, Silva afirma que mesmo uma norma sendo clara, o interprete não pode eximir-se de analisar o texto normativo observando os princípios constitucionais⁶⁰³, pois o direito contemporâneo adota o modelo jurídico baseado em

⁵⁹⁶ SILVA, Marcos Alves. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 138.

⁵⁹⁷ Ibidem, p. 138-139.

⁵⁹⁸ Ibidem, p. 139.

⁵⁹⁹ Ibidem, p. 140.

⁶⁰⁰ Ibidem, p. 214.

⁶⁰¹ Idem.

⁶⁰² MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Pensão por morte do cônjuge: união simultânea de casamento e de concubinato adulterino. **Revista UNOPAR, Cient. Ciênc. Jur. Empres.**, Londrina, v. 11, n. 2, p. 77-86, set. 2010. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/958/920>> Acesso em: 30 nov. 2017

⁶⁰³ SILVA, Marcos Alves. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 214.

um sistema aberto, permeável às mudanças históricas e “estruturado sobre o primado dos valores da pessoa humana e seus direitos fundamentais”.⁶⁰⁴

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça ainda adota uma concepção monista, baseada em resquícios da família codificada do Código de 1916. Essa perspectiva se contrapõe a jurisprudência minoritária, que se fundamenta na concepção pluralista, a qual busca “a construção do direito num contexto social amplo, direcionado por valores interdisciplinares”⁶⁰⁵, visando “acima de tudo, a promoção da dignidade humana, no ambiente de igualdade, de liberdade e de solidariedade”.⁶⁰⁶

Nesse sentido a jurisprudência minoritária compreende que ao favorecer somente a esposa, com o pagamento da pensão por morte, o Judiciário está punindo a concubina e premiando a esposa, com o falecimento de seu marido, por sua conduta adúltera.⁶⁰⁷ O fato de uma ser esposa e a outra não, não torna uma menos digna que a outra, “pois ambas estão inseridas no mesmo gênero humano, não podendo a simples certidão de casamento outorgar mais direitos à esposa”⁶⁰⁸, nos casos em que verifica-se o preenchimento de todos os requisitos inerentes a união estável na denominada família paralela. Dessa forma, “se durante a vida do segurado, o mesmo mantinha o sustento de ambas, em harmonia, o que se subentende, por ausência de rompimento de um ou de outro relacionamento”⁶⁰⁹, é que não seria razoável, nem equitativo, o Judiciário deliberar pelo não rateio da pensão, sob pena de se oficializar e produzir injustiça.⁶¹⁰

O conjunto de princípios constantes na Constituição Federal de 1988, permite que “aquelas situações não especificadamente contempladas, previstas ou regulamentadas no ordenamento jurídico”⁶¹¹, passem a ser apreciadas pelo direito, considerando que essas situações de fato “manifestam-se no mundo social e, em razão dos eventuais conflitos de interesses daí decorrentes, demandam um pronunciamento por parte do direito vigente”⁶¹². Considerando que o silêncio do Estado diante dessas situações gera uma crise no sistema jurídico, uma vez que a

⁶⁰⁴ Ibidem, p. 215.

⁶⁰⁵ RAMOS, op. cit., p. 157.

⁶⁰⁶ MOLOGNI, op. cit.

⁶⁰⁷ Idem.

⁶⁰⁸ Idem.

⁶⁰⁹ Idem.

⁶¹⁰ Idem.

⁶¹¹ RAMOS, op. cit., p. 155.

⁶¹² Idem.

inércia evidencia a incapacidade do Estado para apontar soluções satisfatórias para as emergências sociais.⁶¹³

Assim, por mais que atualmente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ainda possuam o entendimento majoritário de não reconhecer como legítimos os efeitos gerados pelas relações paralelas, os Tribunais de segunda instância vem reconhecendo direitos às famílias simultâneas, aduzindo que embora não tenham sido expressamente previstas tais situações, como fundamentos jurídicos, essas relações familiares existem de fato e geram conflitos de interesses, o que exige uma manifestação do sistema jurídico.

Não cabendo a posição de única orientação, no sentido de excluir os direitos da concubina, discriminando e estigmatizando os relacionamentos extraconjugais, como um método para não incentivar as relações dessa natureza.⁶¹⁴ “Os fatos sociais ao longo do tempo tem demonstrado que normas jurídicas ou decisões judiciais não tem eficácia, nem controle sobre a liberdade dos sentimentos humanos”⁶¹⁵, pois a preservação da moral, da estabilidade familiar e social, não consegue se sobrepor a busca das realizações pessoais com objetivo eudemonista.⁶¹⁶

Desse modo, compreende-se que as famílias simultâneas devem ser admitidas pela jurisprudência e pela doutrina, pois o ordenamento positivado atualmente possui artigos implícitos e explícitos na Constituição que autorizam o recuo do formalismo em consideração da realidade familiar.

3.2.2 Fundamentos jurisprudenciais favoráveis ao reconhecimento das famílias paralelas

A estrutura da família passou por importantes transformações no decorrer dos últimos anos. Os princípios e regras previstos na Constituição Federal de 1988, emprestaram uma fisionomia nova ao direito de família. Todavia, por mais que o atual texto constitucional apresente uma conceituação inovadora de família, esse conceito já demonstrou estar ultrapassado pois não abarca todas as relações familiares existentes de fato.

⁶¹³ Idem.

⁶¹⁴ MOLOGNI, op. cit.

⁶¹⁵ Idem.

⁶¹⁶ Idem.

Essa ausência de previsão normativa sobre determinados arranjos familiares implica na existência de uma lacuna do direito, nessas situações “o intérprete não encontra no sistema jurídico a norma aplicável à questão de fato”⁶¹⁷, assim, “a lacuna é a ausência de norma jurídica adequada ao caso concreto”.⁶¹⁸ Estando diante dessa situação, “o juiz não pode eximir-se de proferir decisão (...), constatado esse vazio ele deve recorrer à integração, processo de técnica jurídica com a qual se preenchem as lacunas mediante a aplicação de outras normas ou dos princípios do sistema jurídico”.⁶¹⁹

Nos casos em que o juiz decidir por aplicar o recurso da analogia, para dar uma resposta a alguma lacuna do direito, a integração “consiste em aplicar ao caso não previsto a norma legal concernente a uma hipótese prevista”.⁶²⁰ Assim, é sob esses moldes de integração do direito, que a jurisprudência e a doutrina tem procurado estudar soluções para os temas que existem faticamente, mas não possuem previsão normativa.

Sob essa concepção de construção do direito, a jurisprudência e a doutrina tem desenvolvido estudos e hipóteses acerca do afeto, um princípio inerente à Constituição Federal de 1988, mas sem nenhuma positivação expressa⁶²¹. Devido a essa ausência de legislação específica é que a “doutrina e jurisprudência passaram a construir respostas para as novas perguntas que eram apresentadas e simplesmente não podiam aguardar uma alteração legislativa”.⁶²² A força construtiva dos fatos sociais torna possível o reconhecimento jurídico da afetividade⁶²³, “na ambivalência entre uma legislação insuficiente e demandas complexas típicas dessa realidade do novo milênio que passou a se delinear a construção da categoria jurídica da afetividade”.⁶²⁴

Existem algumas demandas processuais a que as ferramentas jurídicas vigentes simplesmente não conseguem trazer respostas suficientes, pois “o ordenamento não trata de modo expreso de diversos dos litígios da

⁶¹⁷ AMARAL, op. cit., p. 90.

⁶¹⁸ Idem.

⁶¹⁹ Idem.

⁶²⁰ Idem.

⁶²¹ CALDERÓN, op. cit., p. 14-15.

⁶²² Ibidem, p. 15.

⁶²³ Idem.

⁶²⁴ Idem.

contemporaneidade”.⁶²⁵ Os novos conflitos que se apresentam demonstram nitidamente que a lei está em descompasso com a realidade social, visto que a hermenêutica encontra-se limitada à uma estrutura codificada estanque⁶²⁶, enquanto a família é uma inegável “manifestação sociológica, cultural e social”⁶²⁷ que está em constante movimento e amolda-se de acordo com o contínuo caminhar social.⁶²⁸

Cabe ao direito elaborar propostas jurídicas que possam conferir respostas adequadas a essas situações fáticas não legisladas pelo ordenamento, que são fruto de mutações constantes nas relações pessoais.⁶²⁹ “O quadro atual é peculiar na rapidez com que se alteram tais dados da realidade”⁶³⁰, essa mobilidade intensa não se apresentava nos “períodos anteriores, nos quais a aparente estabilidade transmitia a sensação de segurança e tranquilidade”.⁶³¹

Assim, o direito construído no decorrer do século XX procurou minimizar tal distanciamento do discurso jurídico buscando sempre que possível uma saudável aproximação com a⁶³² realidade. O direito vivo passou a ser utilizado pelos tribunais, que passaram a trabalhar paulatinamente “a clausura contida na norma que considerava o casamento como fonte única da família”⁶³³, de modo que lentamente a jurisprudência passou a decidir acerca das “situações familiares de fato que se caracterizavam na realidade social, cedendo às pressões e tentando diminuir as tensões decorrentes dos conflitos de interesses”⁶³⁴ reconhecendo efeitos as relações advindas dos relacionamentos paralelos.

À vista disso, “a discrepância entre o direito e o fato conduziu a um direito pretoriano paralelo à norma escrita”⁶³⁵, pois na busca de uma solução para as situações de fato que geravam conflitos no meio social e em nome da autopreservação do sistema jurídico posto⁶³⁶, a jurisprudência acabou por engendrar o reconhecimento de novos modelos de família.

⁶²⁵ Idem.

⁶²⁶ Idem.

⁶²⁷ Ibidem, p. 19.

⁶²⁸ Ibidem, p. 20.

⁶²⁹ Ibidem, p. 21-22.

⁶³⁰ Ibidem, p. 25.

⁶³¹ Ibidem, p. 26.

⁶³² Ibidem, p. 81.

⁶³³ RAMOS, op. cit., p. 69.

⁶³⁴ Idem.

⁶³⁵ Ibidem, p. 81.

⁶³⁶ RAMOS, p. 81.

Atualmente a Constituição Federal de 1988 reconhece como família as relações constituídas pelo casamento, pela união estável e pelas famílias monoparentais. Todavia, a doutrina alega que a interpretação do artigo 226 da Carta Constituinte permite uma ampliação desse rol de entidades familiares, possibilitando o reconhecimento de outros arranjos familiares que existam de fato e tenham características semelhantes aos modelos previstos normativamente.

É nesse sentido que a doutrina favorável ao reconhecimento das famílias paralelas, alega ser plenamente possível o reconhecimento jurídico dessas entidades familiares quando preenchidos os requisitos inerentes a união estável. O requisito da continuidade da relação, “refere-se ao lapso temporal para que um relacionamento efêmero e circunstancial não seja caracterizado como união estável”.⁶³⁷ O requisito da “durabilidade diz respeito à permanência ou constância da união”.⁶³⁸ Enquanto que a notoriedade ou ostensibilidade indica que “os companheiros devem ser reconhecidos como um núcleo familiar no meio social por eles frequentado”.⁶³⁹

O último requisito da união estável trata da intenção dos companheiros em constituir família, um elemento de natureza subjetiva, que “independe de uma declaração e de sua formalização”⁶⁴⁰, esse requisito é captado objetivamente pela análise do conjunto de fatos que formam a relação familiar. Nesses termos, a doutrina estabelece que esses quatro elementos são suficientes para a caracterização da união estável.⁶⁴¹

A divergência doutrinária e jurisprudencial ocorre basicamente porque os elementos inerentes a união estável, são também encontrados nas famílias simultâneas, relações familiares onde se verifica a existência de duas uniões estáveis simultâneas ou de um casamento e uma união estável paralela.

No Recurso Extraordinário nº 397.762-8 – BA⁶⁴², houve uma nítida relação de paralelismo familiar. No caso julgado o homem era casado e vivia com a esposa com a qual teve onze filhos e permaneceu junto com ela até o seu falecimento, entretanto, ele possuía uma segunda família paralela, um relacionamento amoroso que durou trinta e sete anos e que resultou em nove filhos.

⁶³⁷ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 136.

⁶³⁸ Idem.

⁶³⁹ Idem.

⁶⁴⁰ Idem.

⁶⁴¹ Idem.

⁶⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397.762-8/BA. Op. cit.

Joana Paixão Luz que era a companheira paralela do falecido foi quem entrou com a demanda perante o Poder Judiciário. “O juiz de primeira instância julgou improcedente o pedido da companheira do segurado”.⁶⁴³ No entanto, “o Tribunal de Justiça da Bahia reformou a sentença, acolhendo o pedido da companheira do segurado falecido, determinando a divisão da pensão por morte entre a companheira viúva e a esposa viúva do segurado morto”.⁶⁴⁴

Dessa decisão o Estado da Bahia interpôs Recurso Extraordinário, com o argumento de que o acórdão estadual estaria ofendendo o conteúdo do artigo 226, § 3º da Constituição Federal. Assim, foi dado provimento ao Recurso Extraordinário, para reformar o acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia e, conseqüentemente negar à autora, o direito de pensão por morte⁶⁴⁵. O Supremo Tribunal Federal entendeu que esse relacionamento paralelo que foi constituído se tratava de uma relação de concubinato, de modo que essa mulher não teria direito ao rateio da pensão por morte com a viúva.

O Ministro Marco Aurélio foi o relator do Recurso e afirmou no referente processo que o artigo 226 da Constituição Federal tem como objetivo maior a proteção do casamento. Entretanto essa afirmativa não se sustenta pois conforme Silva, “a Constituição de 1988 – diferentemente das anteriores, que sempre fizeram referência exclusiva ao casamento como fonte da família legítima, merecedora da proteção do Estado – estabeleceu que as famílias, em suas múltiplas conformações, são merecedoras daquela proteção”.⁶⁴⁶

De acordo com Silva, o Ministro Marco Aurélio interpreta a Constituição à luz do Código Civil, pois em seu voto ele afirma que a Constituição deve ser interpretada de forma harmônica com a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, ele fundamenta seu posicionamento alegando que a figura do concubinato infringe o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, contudo, no texto constitucional não há

⁶⁴³ SILVA, Marcos Alves da. **O caso da mulher invisível**. Uma análise de acórdão do STF – RE 397.762-8. Palestra proferida na Semana Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, promovida pelo Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS), em setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.marcosalves.adv.br/o-caso-da-mulher-inv%C3%ADsivel.php>> Acesso em 11 out. 2017

⁶⁴⁴ Idem.

⁶⁴⁵ Idem.

⁶⁴⁶ Idem.

menção nenhuma quanto ao concubinato, há previsão apenas no Código Civil de 2002⁶⁴⁷.

O relator ainda fundamentou a sua decisão alegando que “o reconhecimento da união estável pressupõe a possibilidade de conversão em casamento e a união estável não pode conflitar com o direito posto”⁶⁴⁸, sendo que o relacionamento paralelo exposto no julgado, “era ilegítimo e ocorreu à margem e discrepância do casamento e da ordem jurídica, tipificando até mesmo o crime de adultério”⁶⁴⁹, pois configura uma espécie de concubinato. Assim de acordo com o artigo 1.727 do Código Civil, o relacionamento em questão não configuraria união estável, mas apenas uma sociedade de fato.⁶⁵⁰

Entretanto o Ministro Carlos Ayres Britto não acompanhou o voto dos colegas, segundo ele a relação paralela exposta no presente julgado configuraria uma união estável, o que geraria o direito ao rateio da pensão por morte.⁶⁵¹ Assim, por mais que o voto do Ministro tenha sido vencido é importante ressaltar os fundamentos empregados em defesa do acolhimento da relação paralela, pois o modo como as pessoas são felizes, a orientação sexual, a forma de constituir família, para o Ministro Ayres Brito, são questões que escapam à regulação do Estado e situam-se no âmbito da autonomia e da liberdade.⁶⁵²

Segundo o Ministro, a Constituição Federal tutela a família e o Estado tem o dever de conferir especial proteção as entidades familiares. Assim como a união estável é um modelo de entidade familiar previsto constitucionalmente, que se define pela exclusão do casamento e da família monoparental, a união estável compreende o concubinato, pois trata-se de uma relação familiar com requisitos muito próximos a esse instituto jurídico. Sob essa perspectiva o Ministro Carlos Ayres Britto, propõe a exclusão do termo concubina do sistema jurídico, afirmando que:

A realidade é que o amor fala mais alto, e famílias são constituídas à margem do casamento, sem necessidade de papel passado. Para a Constituição, que, ao meu sentir, é contemporânea do futuro, não há concubinato. O que existe é uma comunidade doméstica, um núcleo doméstico a ser protegido. Daí, porque ela mesma, Constituição, quando trata da previdência social, não

⁶⁴⁷ Idem.

⁶⁴⁸ HAMADA, op. cit., p. 82.

⁶⁴⁹ Idem.

⁶⁵⁰ Idem.

⁶⁵¹ Ibidem, p. 82-83.

⁶⁵² SILVA, Marcos Alves da. **O caso da mulher invisível**. Op. cit.

deixa de dizer “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro”. (...) Para a Constituição não existe concubina.⁶⁵³

O Ministro “sustenta que o direito não poderia ser indiferente a uma união que durou mais de trinta anos. A companheira certamente experimentou todas as vicissitudes da viuvez e o direito não poderia voltar as costas à realidade”.⁶⁵⁴ Enfatizando, que “o que interessa é a família. O modo pelo qual a família se constitui é, para a Constituição, absolutamente secundário”.⁶⁵⁵ Aliás, o importante é “a formação de um duradouro núcleo doméstico e o ânimo de permanência, confirmado pelo período de convivência”⁶⁵⁶, pois o direito tem um dever de assistência para com o cidadão, o que não cessa pelo impedimento do casamento.⁶⁵⁷

Entretanto, atualmente ainda prevalece o entendimento “de que a relação paralela ao casamento, sem que tenha havido separação de fato dos cônjuges, configura concubinato e, diferentemente da união estável, não gera direito ao rateio da pensão previdenciária entre convivente e viúva”.⁶⁵⁸ Pois, conforme verifica-se, “das 38 (trinta e oito) decisões do STJ analisadas, apenas uma (REsp nº 1.185.337/RS) reconheceu a existência de famílias simultâneas e determinou o rateio da pensão previdenciária entre viúva e companheira”.⁶⁵⁹

A fundamentação do Recurso Especial nº 1.185.337/RS⁶⁶⁰ é um caso peculiar. No presente julgado o jurisdicionado alega ser fundamental a observação do direito de solidariedade e da dignidade humana, pois se está diante de uma situação de fato preexistente. Segundo ele, a concubina recebeu auxílio financeiro por mais de quatro

⁶⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 397.762-8/BA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. Data do julgamento: 12/09/2008. Acesso em <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2009/03/supremo-tribunal-federal-acordao.html>> 04 out. 2017

⁶⁵⁴ SILVA, Marcos Alves da. **O caso da mulher invisível.**

⁶⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397.762-8/BA. Op. cit.

⁶⁵⁶ HAMADA, op. cit., p. 83.

⁶⁵⁷ Idem.

⁶⁵⁸ Idem.

⁶⁵⁹ Ibidem, p. 84.

⁶⁶⁰ RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DÉCURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO JURÍDICA. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.185.337/RS. Relator: Ministro João Otávio. Data do julgamento: 17/03/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/177940889/andamento-do-processo-n-1185337-rs-do-dia-31-03-2015-do-stj?ref=topic_feed> Acesso em 06 out. 2017

décadas, pois quando jovem a parte passou a ter um relacionamento amoroso com o falecido e ele assumiu o pagamento de todos os seus gastos financeiros, visto que na época a alimentanda abriu mão de seu trabalho para se dedicar exclusivamente ao cuidado com a casa e com o alimentante. Assim, considerando que atualmente essa senhora encontra-se com mais de setenta anos e recebeu auxílio financeiro por mais de quarenta anos, a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa deveria ser mantida, devido a comprovação de total dependência financeira da alimentanda. Todavia:

Em nenhum momento o Superior Tribunal de Justiça afirmou a existência de famílias paralelas ou a possibilidade de constituição de união estável concomitante ao casamento, mas apenas reconheceu o direito à pensão alimentícia de pessoa que manteve relação amorosa simultânea ao casamento, a qual denominou de concubina.⁶⁶¹

Relação essa que segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ocorre quando há “relação paralela ao casamento e a ausência de separação de fato do cônjuge comprometido⁶⁶²”. Todavia nos tribunais de segunda instância, vem ocorrendo a flexibilização do modelo de família, de modo a concretizar a necessidade de reconhecimento das famílias simultâneas devido aos efeitos jurídicos que essas relações geram no ordenamento jurídico. Demonstrando que a família é formada por “uma situação subjetiva existencial, e ao Estado não é dado impor como esta situação deve ser constituída, nem tampouco, imiscuir-se na dimensão da vida pessoal para premiar e privilegiar ou sancionar opções que são construídas no recôndito da intimidade”.⁶⁶³

Assim, compreende-se que o Poder Judiciário tem o dever de apreciar as demandas que incidem sobre essa matéria, para decidir os conflitos de interesses decorrentes de relações familiares simultâneas, e paulatinamente desenvolver uma melhor fundamentação a respeito do tema, observado a importância de se preservar a dignidade humana dos membros do núcleo familiar, proteger a liberdade dos indivíduos na constituição da família e gerar um tratamento igualitário às diferentes formas de família.

⁶⁶¹ HAMADA, op. cit., p. 88.

⁶⁶² Idem.

⁶⁶³ SILVA, Marcos Alves da. **O caso da mulher invisível**. Op. cit.

3.3. DA RELAÇÃO SOCIAL AO RECONHECIMENTO JURÍDICO: AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB O VIÉS DO PLURALISMO

Como demonstrado, as relações familiares tomaram novas formas nos últimos anos. Atualmente, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro uma concepção pluralista de família, que se desenvolveu com o advento da Constituição Federal de 1988. Essa nova concepção de família está calcada fundamentalmente na proteção da dignidade da pessoa humana, na realização pessoal do indivíduo e na primazia do afeto nas relações familiares.

Todavia, mesmo diante de tantas transformações, a relação “entre situações de fato e de direito em matéria de relacionamentos familiares revela (...) a enorme distância existente entre o modelo racionalista e a realidade das relações”⁶⁶⁴ familiares brasileiras. Nesse rumo, o relacionamento interpessoal designado como família paralela “foi excluído pelo sistema jurídico liberal, que fechou os olhos à realidade destas situações de fato, (...) negando-lhes quaisquer efeitos de direito, o que permitiu a interpretação de que tais relações seriam ilícitas, contrárias a moral e aos bons costumes”.⁶⁶⁵

Contudo, atualmente, essa concepção monista vem sendo transformada paulatinamente pela construção jurisprudencial, pois através da interpretação vem se tentando reduzir a distância entre o direito e a realidade no tocante as relações familiares, considerando que “os textos, os enunciados e os preceitos nada dizem. Somente ganham sentido quando convertidos em normas, isto é, quando interpretados”.⁶⁶⁶

A família contemporânea é regida pela concepção eudemonista, pelo princípio da pluralidade e pela superação do antigo modelo matrimonial, hierarquizado e patriarcal.⁶⁶⁷ O tratamento jurídico de família contemporâneo é fruto do processo de constitucionalização e do fenômeno da repersonalização da relações civis, o que torna a família um instrumento de valorização e desenvolvimento pessoal de seus membros.⁶⁶⁸

⁶⁶⁴ RAMOS, op. cit., p. 57.

⁶⁶⁵ Idem.

⁶⁶⁶ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 205.

⁶⁶⁷ HAMADA, op. cit., p. 99.

⁶⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31-32.

É nesse sentido que mostra-se crucial a inovação decorrente da interpretação do direito que vem sendo realizada atualmente pela doutrina e pela jurisprudência, enfatizando o pluralismo das entidades familiares. Ressaltando, que o termo família, deve albergar todas as suas conformações. Posto que, as ideias de pluralismo, igualdade, liberdade e afetividade, se voltam todas a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar e a possibilidade de reconhecimento de outras formas de arranjos familiares, tais como as famílias simultâneas.

3.3.1 Da situação de fato ao reconhecimento jurídico: a importância do pluralismo

As mudanças da sociedade e a evolução das formas de arranjos familiares levaram a uma reconfiguração do conceito de família, o que se formalizou através do texto da atual Carta Magna, que adota uma ordem jurídica aberta e plural, que referencia as relações de afeto e a busca pela felicidade por meio da família.

Ainda assim, verifica-se uma antinomia entre o contido no código e na realidade brasileira, o que engendrou o surgimento de várias relações de fato, sem nenhum reconhecimento jurídico.⁶⁶⁹ O contexto dinâmico da sociedade brasileira principalmente no final do século XX, acabou por desenvolver um paralelo entre as situações informais e os relacionamentos formalizados pelo casamento⁶⁷⁰, visto que as companheiras que possuíam relações concubinárias, passaram a buscar seus direitos perante o Poder Judiciário, o que gerou um conflito entre a família de fato e a família oriunda do casamento.

De acordo com Perlingieri, o fato jurídico pode ser definido como qualquer evento que seja idôneo e tenha relevância jurídica perante o ordenamento. O fato é em regra abstratamente hipnotizado na previsão da lei, momento em que é qualificado e disciplinado, mas quando um fato concreto ocorre, constitui-se o ponto de confluência entre a norma e a realidade, momento no qual o ordenamento jurídico atua. Em seguida, a norma exige atuação estatal e é individualizada pelo intérprete do direito, que analisa o caso concreto, atribuindo àquele momento fático a concretude essencial à norma.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ RAMOS, op. cit., p. 2-3.

⁶⁷⁰ Ibidem, p. 3.

⁶⁷¹ PERLINGIERI, op. cit., p. 89.

Todavia, “fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de consequências jurídicas que podem ser bem individualizadas”.⁶⁷² “Todo fato na realidade social, mesmo o mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade”.⁶⁷³ Isso ocorre no plano concreto das relações familiares, posto que existem diversos arranjos familiares não previstos formalmente pelo ordenamento que configuram fatos jurídicos, porque sua existência gera efeitos que demandam proteção jurídica. O que confirma a afirmação de Perlingieri, a respeito de que “o fato concreto é sempre juridicamente relevante”⁶⁷⁴, mas não é sempre que a norma lhe atribui consequência jurídicas tangíveis, que podem ser individualizadas de modo específico e determinado.⁶⁷⁵

Nos casos que tratam especificadamente da possibilidade de reconhecimento de outros modelos de entidade familiar perante o ordenamento jurídico, é necessário a atuação do Poder Judiciário. Por mais que essas situações existam de fato, é o poder interpretativo do jurisdicionado ao analisar uma situação concreta e a norma, que permite que através da interpretação dos princípios constitucionais implícitos e explícitos do ordenamento jurídico, sejam reconhecidos efeitos jurídicos semelhantes aos decorrentes das famílias institucionalizadas, a essas outras formas de arranjos familiares.

Demonstrando que o fato é a realização prática da ordem jurídica dos valores e “um coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas colocadas no Texto Constitucional”⁶⁷⁶, mas existem inúmeras fontes de direito que convivem paralelamente com as fontes estatais. Destarte, Ramos ressalta que a juridicidade não se esgota nas normas, pois há “a ausência de regulamentação jurídica em um certo número de relações humanas, nas quais o direito teria vocação teórica para estar presente”.⁶⁷⁷

Além disso, o diálogo entre as esferas regulamentadas pelo direito e as não previstas pelo direito, tem “como paradigma o reconhecimento da existência de um direito de origem não estatal, manifestado no cotidiano social, cujas normas e regras

⁶⁷² Ibidem, p. 90.

⁶⁷³ Ibidem, p. 91

⁶⁷⁴ Ibidem, p. 90.

⁶⁷⁵ Idem.

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 92.

⁶⁷⁷ RAMOS, op. cit., p. 14.

de conduta não foram previstas ou incluídas no sistema jurídico”⁶⁷⁸, flexibilizando o perfil rígido e excludente do direito, para aproximá-lo da realidade.

Diante disso, o fundamento do pluralismo está no fato de que o direito estatal concorre com ordens independentes dele, de modo que “o direito deve ser trabalhado interdisciplinarmente”⁶⁷⁹, pois “embora todos os fenômenos jurídicos sejam fenômenos sociais, nem todos os fenômenos sociais são jurídicos”.⁶⁸⁰ A “desarmonia entre o direito positivo e as necessidades manifestadas na sociedade”⁶⁸¹, de acordo com Ramos é uma problemática questão que encontra uma resposta para a dissociação entre o direito e a realidade, no pluralismo”⁶⁸². Eis que o pluralismo desenvolve “como traço comum em suas várias vertentes, o reconhecimento da existência de um direito de origem não estatal, manifestado no cotidiano, na medida em que o sistema jurídico positivo entra em contato com a realidade social”.⁶⁸³

No Brasil, esta visão plural do direito toma espaço no sistema jurídico devido as insuficiências das fontes normais clássicas⁶⁸⁴, considerando que o pluralismo permitiu que a família sem casamento fosse vista como uma real situação de fato e proporcionou o reconhecimento pelo direito positivado dessa situação da vida.⁶⁸⁵

Entretanto, por mais que hoje em dia o ordenamento jurídico brasileiro adote o pluralismo como um referencial ampliativo da interpretação das normas, ainda há reflexos da ideologia monista presentes na legislação e no Poder Judiciário, pois existe ainda “uma rejeição pelo pluralismo de fontes, no sentido de não se admitir que o direito estatal se vincule a normas ou situações independentes dele”.⁶⁸⁶

Seguindo essa ideologia monista, Ehrlich afirma que o Estado impõe ao cidadão que “uma regra de conduta não é apenas uma regra segundo a qual os homens habitualmente regulam sua conduta, mas também uma regra segundo a qual os homens devem fazê-lo”.⁶⁸⁷ No entanto essa preposição de absoluto dever é inadmissível na prática, pois a experiência cotidiana demonstra o contrário, a norma

⁶⁷⁸ Ibidem, p. 15.

⁶⁷⁹ Idem.

⁶⁸⁰ Ibidem, p. 17.

⁶⁸¹ Ibidem, p. 3.

⁶⁸² Ibidem, p. 4.

⁶⁸³ Idem, p. 4.

⁶⁸⁴ Idem, p. 4.

⁶⁸⁵ Ibidem, p. 5.

⁶⁸⁶ Ibidem, p. 12.

⁶⁸⁷ EHRLICH, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 1936, 10-1, apud, Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 38.

posta e as decisões judiciais tomadas a partir dela “influenciam a conduta dos homens apenas num âmbito bastante limitado”.⁶⁸⁸

Essa limitação da norma está relacionada a diferença entre validade e eficácia, pois de acordo com o conceito de validade do direito, as normas jurídicas são obrigatórias, de modo que os homens devem agir de acordo com as normas, devem obedecer e aplicar as normas jurídicas.⁶⁸⁹ Entretanto, a denominada “eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens”⁶⁹⁰, pois a norma jurídica é eficaz quando “a conduta efetiva dos homens se conforma às normas jurídicas”.⁶⁹¹

Assim, a afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de uma norma é eficaz, são na realidade duas afirmações diferentes. Todavia, existe uma relação importante entre esses dois conceitos, “uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é como um todo, eficaz”.⁶⁹² O que demonstra que “a eficácia é uma condição de validade”⁶⁹³ sob a perspectiva dinâmica do direito, pois se a norma torna-se estática “apenas a validade do direito se encontra em questão”.⁶⁹⁴

O direito não tem por intuito ser um instrumento estático e ultrapassado, pelo contrário o direito procura prever em seu conteúdo normativo todas as possíveis ações humanas e suas respectivas consequências jurídicas. O problema está na impossibilidade de o Estado realizar essa ação, pois não há como escrever um texto normativo com tamanha completude, visto que a sociedade está em constante evolução e com o passar dos anos é normal o surgimento de novas demandas de direitos.

O pluralismo surge como uma teoria institucionalista que alarga “os horizontes da experiência jurídica para além das fronteiras do Estado, fazendo do direito um fenômeno social”⁶⁹⁵. Visto que “essa teoria rompeu com o círculo fechado da teoria estatista do direito, que considera direito apenas o direito estatal, e identifica o âmbito do direito com o do Estado”.⁶⁹⁶

⁶⁸⁸ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 38.

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 55.

⁶⁹⁰ Idem.

⁶⁹¹ Idem.

⁶⁹² Ibidem, p. 58.

⁶⁹³ Idem.

⁶⁹⁴ Idem.

⁶⁹⁵ Bobbio, op. cit., p. 32.

⁶⁹⁶ Idem.

A discussão existente entre a teoria pluralista e teoria monista reside no fato de que, “o direito não é apenas aquele produzido pelo Estado ou também aquele produzido por grupos sociais diversos do Estado⁶⁹⁷”, pois ninguém tem o monopólio da palavra direito, posto que o direito pode ser utilizado tanto no sentido mais amplo quanto no sentido mais restrito, conforme a interpretação do juiz⁶⁹⁸.

O termo fonte do direito reflete muito bem essa situação pluralista no direito de família, pois o conceito de família atualmente possui múltiplos sentidos através da interpretação da Constituição. Essa interpretação que o jurista faz sobre o conteúdo da norma é o que enaltece a existência do pluralismo, ressaltando que respeitar a pluralidade “significa garantir, no seio da comunidade, o respeito à dignidade das pessoas que dela fazem parte”⁶⁹⁹.

A família deixou de ser idealizada juridicamente e passou a projetar as situações de fato, valorizando o afeto, a igualdade, o pluralismo, a liberdade e a dignidade humana, isto é, passou-se a dar valor aos verdadeiros componentes presentes nos arranjos familiares, admitindo que a família está em constante transformação em decorrência do tempo e dos acontecimentos sociais. Essa nova visão acerca das relações familiares surge para superar o paradigma patrimonialista e revalorizar a dignidade humana como centro da tutela jurídica.

Assim perante “a interpretação à luz da Constituição Federal de 1988, a família não se revela mais em uma única forma”⁷⁰⁰, a família contemporânea passa a ser marcada pela pluralidade. Nesse contexto Lôbo aduz, que para que uma relação seja considerada uma entidade familiar e esteja constitucionalmente protegida, é necessário apenas o preenchimento de três requisitos, a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade.⁷⁰¹ Havendo esses três elementos, as famílias não tipificadas no rol constitucional não podem ser excluídas, por decorrência da prevalência do princípio da afetividade e da dignidade humana.⁷⁰²

Assim, demonstrando “a família, antes de tudo, uma realidade sociológica, não pode o direito negar a sua existência jurídica, quando a existência sociológica

⁶⁹⁷ Ibidem, p. 34.

⁶⁹⁸ Idem.

⁶⁹⁹ PERLINGIERI, op. cit., p. 40.

⁷⁰⁰ HAMADA, op. cit., p. 93.

⁷⁰¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Op. cit., p. 93.

⁷⁰² HAMADA, op. cit., p. 94.

constitui dado incontestável”.⁷⁰³ Pois, se presentes os requisitos de continuidade, durabilidade, notoriedade e o objetivo de constituir família, existe uma família no mundo dos fatos, e esta não pode ser juridicamente invisível.⁷⁰⁴ Desse modo, o legislador e o jurisdicionado devem “ter a coragem necessária para proteger interesses que se criam por efeito de uma situação de fato que não pode nem deve ser ignorada”.⁷⁰⁵

Além disso, a Constituição Federal brasileira promulgada em 1988 aponta a íntima relação existente “entre família e sociedade, ao prever em seu art. 226, caput: ‘A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’”⁷⁰⁶, percebendo, “a importância do organismo para a formação e subsistência da sociedade”⁷⁰⁷, pois “sem família não há sociedade”.⁷⁰⁸

Desse modo conclui-se que as relações simultâneas existem de fato e o direito não pode negar reconhecimento aos efeitos jurídicos decorrentes desses vínculos afetivos, pois isso apenas acarreta o enriquecimento ilícito, o sentimento de incapacidade e a marginalização dos membros que compõem a família paralela. Assim, as famílias simultâneas são um modelo de família de fato que merece reconhecimento jurídico devido as suas exclusivas características e os efeitos que geram na ordem jurídica.

3.3.2 O reconhecimento jurídico das famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro sob o viés do pluralismo familiar

No que tange a família, a Constituição Federal de 1988, consagrou um sistema normativo aberto que possui um rol exemplificativo de entidades familiares devido a essas formas de família serem mais comuns na sociedade brasileira, entretanto o conteúdo do artigo 226 possui caráter amplo e permite que por meio da interpretação jurídica sejam reconhecidas mais formas familiares, tipos implícitos que se incluem no conceito extraído no presente artigo.

⁷⁰³ SILVA, Marcos Alves. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 137.

⁷⁰⁴ Idem.

⁷⁰⁵ GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Op. cit., p. 47.

⁷⁰⁶ Ibidem, p. 36.

⁷⁰⁷ Ibidem, p. 37.

⁷⁰⁸ Idem.

Desse modo, a releitura dos princípios da Constituição Federal vem permitindo o reconhecimento de novos arranjos familiares, o que possibilita uma nova avaliação dos elementos necessários para formação de uma entidade familiar válida perante o ordenamento jurídico, visto que nem todas as relações familiares existentes no Brasil estão na lei, mas o direito não pode negar efeitos a essas outras relações.

Essas mudanças são resultado da evolução da sociedade e de uma transformação dos paradigmas sociais, mas toda essa rede de transformações não pode ser devidamente acompanhada pelo legislador. Assim, “diante de demandas que clamavam por uma solução que ou não eram agasalhadas ou sequer foram pensadas pela legislação, o direito (...) passou a construir respostas com base na unidade do ordenamento, partindo de uma visão aberta das fontes do direito”.⁷⁰⁹

Sob essa perspectiva é possível afirmar que na sociedade brasileira contemporânea a entidade familiar é “um núcleo de coexistenciabilidade estável, público e fundado no afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parta do direito positivado, mas sim, da realidade social à qual o direito se destina”.⁷¹⁰ Dessa forma o núcleo familiar que preencher esses requisitos deve ser devidamente protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico por mais que não possuía previsão normativa.

A abertura constitucional permite o reconhecimento jurídico de entidades familiares diversas do modelo matrimonializado e rompe com a unicidade codificada que se vinculava a esse único modelo baseado no casamento, trazendo “uma mudança paradigmática, à medida que a família como dado jurídico passa a ser reputada como plural”.⁷¹¹

Entretanto, existe ainda algumas “divergências no que tange a possibilidade ou não de extensão do *nomen juris* família e de sua tutela jurídica para outros arranjos afetivos que como tais se apresentem na realidade social, mas que tenham caracteres diversos daqueles arrolados no texto constitucional”⁷¹², levantando-se uma discussão acerca dos limites da abertura do rol de entidades familiares explicitado na Constituição.⁷¹³

⁷⁰⁹ CALDERÓN, op. cit., p. 19.

⁷¹⁰ RUZYK, op. cit., p. 33-34.

⁷¹¹ Ibidem, p. 34.

⁷¹² Idem.

⁷¹³ Idem.

A doutrina compreende que “a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas modelos expressos, mas também, arranjos familiares que não se apresentam⁷¹⁴, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada”⁷¹⁵, posto que a inserção de novos arranjos familiares “no sistema se realiza por meio da porosidade do princípio da família plural”⁷¹⁶, que valoriza o “amor conjugal, em todas as suas repercussões, como fonte e elemento de manutenção da família”.⁷¹⁷

Portanto, diante da “insuficiência e do esgotamento dos velhos modelos interpretativos, reprodutivos e subsuntivos das palavras contidas no interior das normas jurídicas”⁷¹⁸ foi que surgiu a necessidade de superação dos velhos paradigmas, pela adoção do novo modelo instituído pelo Estado Democrático de direito, com a Constituição Federal 1988.⁷¹⁹ Esta encontrou espaço para trazer um “novo olhar à família através da consagração da dignidade humana de seus membros e da solidariedade familiar, no âmbito doméstico e no trato das relações com a comunidade em que vive”.⁷²⁰

Assim, o conteúdo da Carta Magna contrapõe o ideal de família formado exclusivamente pelo matrimônio conforme era consagrado no Código Civil, inserindo

⁷¹⁴ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA. POSSIBILIDADE. SUJEIÇÃO AO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXCESSO. PROVIMENTO PARCIAL. 1. A pluralidade de famílias consagrada pela Constituição Federal permite que se reconheça uma entidade familiar, organizada e constituída paralelamente a outra que atenda aos mesmos pressupostos. 2. Relação de afeto que reclama reconhecimento judicial como forma de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao pluralismo dos núcleos familiares. 3. Não ofende a lei nem a monogamia o reconhecimento de uniões estáveis paralelas que se mantiveram públicas e duradouras por 28 anos consecutivos, com o conhecimento recíproco. Peculiaridade justificada por princípios constitucionais. 4. A Constituição Republicana dispõe, em seu artigo 226: A família, base da sociedade, terá especial proteção do estado. Nessa previsão constitucional não há eleição de uma família especial para merecer proteção legal, nem poderia, diante da opção pluralista do nosso Estado de Direito e por tratar-se de norma inclusiva, com extensão a todas as formas de família. 5. Sendo uma das hipóteses que excetua a regra geral de comunicabilidade dos bens, a sub-rogação deve ser suficientemente provada pela parte a quem interessa, sob pena de não ser reconhecida. 6. A condenação ao pagamento de honorários advocatícios deve estar de acordo com os critérios constantes nas alíneas a, b e c do § 3º, do art. 20, do CPC. 7. Apelação parcialmente provida. BRASIL, Tribunal de Justiça do Maranhão. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 26356/2013. Relator: Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa. Data do julgamento: 01/09/2014. Disponível em: <<https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183849278/apelacao-apl-263562013-ma-0010171-9120108100040/inteiro-teor-183849294>> Acesso em 27 jan. 2018

⁷¹⁵ RUZYK, op. cit., p. 36.

⁷¹⁶ Idem.

⁷¹⁷ Ibidem, p. 135.

⁷¹⁸ MOLOGNI, op. cit.

⁷¹⁹ Idem.

⁷²⁰ Idem.

novos paradigmas de família no texto constitucional de acordo com a realidade social brasileira.⁷²¹

O que gera um perfil igualitário das entidades familiares, pois o modelo de família previsto na Constituição supera o modelo de família patriarcal e adota a família de caráter plural. Visto que, “no plano da realidade social, a família brasileira sempre foi plural, conforme evidenciam as fontes históricas a respeito, embora isto não tenha sido reconhecido pelo sistema jurídico senão em data recente”⁷²², hoje o direito adota “um novo quadro familiar, não mais patriarcal, mas igualitário”.⁷²³

A releitura dos princípios da Constituição Federal vem permitindo o reconhecimento de novos arranjos familiares, o que possibilita uma nova avaliação dos elementos necessários para formar uma entidade familiar válida perante o ordenamento jurídico, visto que nem todas as relações familiares existentes no Brasil estão na lei, mas o direito não pode negar efeitos a essas outras relações.

O princípio da dignidade da pessoa humana, a otimização dos direitos da personalidade e a pluralidade das unidades familiares, acaba por oferecer amparo para que as diversas entidades familiares encontrem nos direitos fundamentais, a fundamentação para a realização de seus direitos e possam então alcançar a tão sonhada felicidade.⁷²⁴

Demonstra-se portanto que, “a entidade familiar é um núcleo de coexistenciabilidade estável, público e fundado no afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parta do direito positivado, mas sim, da realidade social à qual o direito se destina”.⁷²⁵ Silva afirma que para compreender “a razão do estabelecimento de uma pluralidade de famílias em substituição ao modelo único”⁷²⁶, é necessário a analisar a função da família.

Segundo ele, “a proteção especial endereçada à família opera-se em razão de seu papel na promoção da dignidade humana e está condicionada à realização

⁷²¹ RAMOS, op. cit., p. 109.

⁷²² Ibidem, p. 111.

⁷²³ Idem.

⁷²⁴ LEVI, Edilaine Carvalho; ROCHA, Mariana Caina. Disciplina jurídica das relações simultâneas à luz dos princípios constitucionais. **Revista online da Universidade de Salvador – UNIFACS**, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3634/2572>> Acesso em: 30 nov. 2017

⁷²⁵ RUZYK, op. cit., p. 33-34.

⁷²⁶ SILVA, Marcos Alves. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Op. cit., p. 290.

desta função”.⁷²⁷ De modo que, “a função constitucional atribuída à família é o que abre margem à sua concepção plural”⁷²⁸, fundamentando o pressuposto de que a família é “àquela que realiza a função que lhe é atribuída pela Constituição”.⁷²⁹

Nesse compasso, se duas ou mais entidades familiares estabelecerem o que a doutrina denomina de famílias simultâneas, e em que cada núcleo familiar se desenvolver “adequadamente sua função constitucional de promover a dignidade e o desenvolvimento da personalidade daqueles que a integram”⁷³⁰, não há razão que possa prevalecer legitimamente “para justificar o reconhecimento jurídico de uma e a negação de existência e efeitos jurídicos da outra”.⁷³¹

Desse modo, “o princípio constitucional da igualdade aplicado às entidades familiares, como parâmetro na garantia da dignidade da pessoa humana, não admite”⁷³² essa discriminação. “A funcionalização das famílias à realização de um fim fez desaparecer a hierarquização entre as entidades familiares, tornando-as todas merecedoras de especial tutela do Estado, desde que, e na medida em que, realizem sua função”.⁷³³

A interpretação por parte do magistrado é de suma importância ao direito e tem um caráter de inovação no ordenamento jurídico, de maneira que “o interprete não só constrói, mas reconstrói sentido; tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”.⁷³⁴ Segundo Santos, isso ocorre porque “a ciência pós moderna não segue um estilo unidimensional, facilmente identificável; o seu estilo é uma configuração de estilos construída segundo o critério e a imaginação do”⁷³⁵ jurisdicionado.

O intérprete tem o poder de inovar o ordenamento jurídico, respeitando o disposto na Constituição e interpretando “os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”⁷³⁶, ressaltando o fato de que “a

⁷²⁷ Idem.

⁷²⁸ Idem.

⁷²⁹ Idem.

⁷³⁰ Ibidem, p. 293.

⁷³¹ Idem.

⁷³² Idem.

⁷³³ Idem.

⁷³⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33.

⁷³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 78-79.

⁷³⁶ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 35.

qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do interprete”.⁷³⁷

Desse modo, “cabe ao jurista compreender os desafios de seu tempo para analisar os fatos à luz dos valores da sociedade em que vive e dos princípios fundantes do sistema”⁷³⁸, assim o interprete deve aplicar a lei à luz da Constituição, sempre visando a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento.⁷³⁹

Nesse sentido Grossi afirma, que toda fonte jurídica assume necessariamente um caráter interpretativo, assim o direito é uma dimensão ôntica que pressupõe a interpretação, demonstrando que é possível complementar e renovar o direito.⁷⁴⁰

Tal valoração interpretativa realizada pelos magistrados em busca da melhor resolução das lides processuais está diretamente relacionada ao princípio da máxima efetividade da Constituição.⁷⁴¹ Considerando que o interprete deve atribuir à norma o sentido que lhe proporcione maior eficácia, pois as situações fáticas a que a norma deve ser aplicada se transformam e evoluem constantemente.

Todavia, “a tarefa do intérprete é deveras complexa, posto que objetiva descobrir o conteúdo real da norma jurídica, fixar o seu exato alcance, determinar o seu valor e reconstruir o pensamento do legislador”.⁷⁴² Desse modo, o direito não deve ser sempre aplicado na mesma forma, as leis podem ser as mesmas, mas as necessidades dos cidadãos quanto à proteção de seus direitos se ampliam com o passar dos anos e por isso é tão importante a realização de uma interpretação efetiva.

Além disso, de acordo com o princípio da força normativa da Constituição, deve-se dar prioridade as soluções interpretativas que observando o texto constitucional possibilitem a atualização normativa e, garantam a eficácia da norma de acordo com o atual contexto das demandas processuais. Lembrando que proteger

⁷³⁷ Idem.

⁷³⁸ TEPEDINO, op. cit., p. 27.

⁷³⁹ Idem.

⁷⁴⁰ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad.: Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 17.

⁷⁴¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamuru. **Os princípios da interpretação constitucional**: a razoabilidade, a proporcionalidade e outros princípios interpretativos. Belo Horizonte v. 6 n. 1 p. 209-250. jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1071/764>> Acesso em 10 jan. 2016

⁷⁴² GAMA, op. cit., p. 51.

a família na pessoa de cada um de seus membros é “assegurar o desenvolvimento e a concretização da dignidade da pessoa humana por meio da convivência familiar”.⁷⁴³

Com isso, “o afeto passa a atuar como um verdadeiro princípio jurídico à disposição da realização da dignidade humana nas relações jurídicas decorrentes do direito de família”⁷⁴⁴, posto que não tipifica condutas, mas apenas aponta caminhos a serem seguidos pelo intérprete da norma jurídica, de modo a dar unidade ao sistema, como verdadeiro propulsor das mais diversificadas interações humanas que estejam sob o pálio das normas de direito de família.⁷⁴⁵

O princípio da afetividade ganhou relevância constitucional como norteador das relações familiares, ao consagrar como entidade familiar a união estável, uma vez que esse arranjo familiar surgiu “informalmente, baseada unicamente no amor mútuo, na instituição de uma família como lugar de felicidade, sem a chancela do Estado na sua constituição”.⁷⁴⁶ O que consequentemente permitiu “concluir que a família constitucionalizada e merecedora da proteção especial estatal, nos termos do art. 226 da Constituição da República de 1.988, é a família eudemonista, pois é baseada na afeição existente entre seus membros”.⁷⁴⁷

O afeto traduz uma faculdade individual do indivíduo, podendo ser conceituado como a liberdade que as pessoas têm de autodeterminarem-se emocionalmente, na busca de sua felicidade. Tal acepção encontra-se umbilicalmente ligada ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, porquanto este exprime a necessidade de se respeitar o próximo, assegurando às pessoas um mínimo existencial, longe das interferências do Estado e de outrem.⁷⁴⁸ Pois, a felicidade é o escopo a ser alcançado na constituição de uma família e isso é possível somente em um ambiente lastreado de afetividade.⁷⁴⁹

Todos esses princípios constitucionais estão calcados na valorização da pessoa humana e trazem uma nova ordem de valores inertes na Constituição, que tem como objetivo a realização integral da pessoa dentro do núcleo família.⁷⁵⁰ Destacando o exercício do direito à liberdade dentro do seio familiar, para que a

⁷⁴³ RUZYK, op. cit., p. 187.

⁷⁴⁴ CRISAFULLI, op. cit., p. 49.

⁷⁴⁵ Idem.

⁷⁴⁶ Idem.

⁷⁴⁷ Idem.

⁷⁴⁸ Ibidem, p. 50.

⁷⁴⁹ Ibidem, p. 51.

⁷⁵⁰ FACHIN, op. cit., p. 81.

pessoa a partir de sua concepção ideológica do que é família consiga atingir um ideal de realização pessoal⁷⁵¹ e “identifique os comportamentos, hábitos e atitudes que, no exercício de situações de família, sejam aptos a promover o crescimento, enquanto pessoa, e a preservar a liberdade”.⁷⁵²

O respeito e a solidariedade presentes nas famílias paralelas, “não se apoiam apenas em uma nova epistemologia, preocupada com a recepção das relações interpessoais manifestadas na sociedade”⁷⁵³, mas atuam “também em defesa da autopreservação do próprio sistema jurídico”.⁷⁵⁴ Desse modo, é que se dá a “eficácia plena da norma constitucional no tocante ao aspecto protetivo, com a necessária e obrigatória proteção do Estado a toda e qualquer espécie de família, não mais baseada única e exclusivamente no casamento”.⁷⁵⁵

Todos os núcleos familiares merecem ser respeitados em suas particularidades, e o Estado não tem legitimidade para interferir na formação das entidades familiares, visto que na família preconiza-se o direito à liberdade dos indivíduos decidirem o que vai lhes trazer felicidade e realização pessoal. Cabendo ao poder estatal apenas o dever de zelar pelas famílias, para que os indivíduos possam exercer de forma plena a liberdade de escolha no planejamento das relações familiares.

A realidade de fato prevalece sobre o formalismo, a norma não é capaz de impedir a existência de outros arranjos familiares, pois o direito é dinâmico e se transforma continuamente. Dessa forma, verifica-se que o pluralismo familiar, implícito no texto constitucional, tem grande valor para o interprete, que observando essa possibilidade de abertura da ordem constitucional, expande e transforma o sentido da norma em uma tentativa de aproximação do direito para com a realidade. O que permite portanto, a possibilidade de reconhecimento de outras formas de entidade familiar, como as famílias simultâneas.

⁷⁵¹ VILLELA, op. cit., p. 11.

⁷⁵² Idem.

⁷⁵³ RAMOS, op. cit., p. 48.

⁷⁵⁴ Idem.

⁷⁵⁵ GAMA, op. cit., p. 67.

CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, nota-se que a adoção da teoria pluralista pelo Estado contemporâneo foi algo de suma necessidade, pois a sociedade sofreu no decorrer das últimas décadas inúmeras transformações estruturais, de modo que a teoria monista se mostrou obsoleta no final do século XX, não conseguindo mais proporcionar o devido respaldo as atuais demandas sociais.

Atualmente resta vigente no ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal de 1988 e a referente carta constituinte adota a teoria pluralista. Todavia, como o monismo foi aplicado por um longo período de tempo, ainda, há diversos resquícios decorrentes da ideologia monista presentes em nosso ordenamento jurídico, porque a sociedade brasileira ainda está vivenciando um processo de adaptação. O que fica nítido ao se observar a divergência existente na jurisprudência e na doutrina acerca de determinados temas, como o reconhecimento de diferentes modelos de entidades familiares não previstos no texto constitucional.

A discussão acerca desse assunto encontra-se ainda mais em evidência devido ao princípio da afetividade, um princípio implícito no texto constitucional que decorre do princípio da dignidade humana e tem por objetivo tutelar os aspectos mais íntimos do indivíduo. Seguindo essa perspectiva, a doutrina e a jurisprudência passou a afirmar que a constituição de um núcleo familiar ocorre quando há entre os seus membros a presença de um vínculo afetivo, pois esse elo une as pessoas e os seus projetos de vida, gerando um comprometimento mútuo em prol de um objetivo maior, a felicidade.

Essa nova concepção acabou mudando em relação a família, pois como o rompimento do casamento, houve o advento de um novo cenário nas relações familiares, que admitiu a existência de entidades familiares constituídas pela monoparentalidade e pela união estável, o que ensejou o aumento de demandas processuais objetivando a tutela jurídica de situações familiares que não possuem previsão normativa. Como é o caso das demandas processuais que se destinam ao reconhecimento das famílias simultâneas, um modelo de entidade familiar que se constitui quando uma pessoa possui dois núcleos familiares concomitantes, podendo se tratar de um casamento e uma união estável, ou de duas uniões estáveis paralelas.

O reconhecimento desse modelo de entidade familiar se tornou possível na jurisprudência brasileira devido a abertura da ordem constitucional para dentro, que

permite que o jurisdicionado interprete a lei de maneira a ampliar o sentido do texto normativo possibilitando que se aproxime mais da realidade social e das necessidades do indivíduo, considerando que nem todas as situações fáticas estão previstas expressamente na lei, devido as constantes mudanças que a sociedade sofre com o decorrer do tempo.

A estrutura da família brasileira continua ainda hoje em constante evolução. Uma demonstração disso, são as denominadas famílias simultâneas, esses núcleos familiares preenchem muitas características inerentes a família, como a afetividade, a publicidade, a durabilidade, a continuidade e o intuito de constituir família, requisitos muito semelhantes aos da união estável. De modo que essas relações afetivas paralelas merecem atenção dos operadores do direito, por não se tratar de uma situação isolada, mas sim de demandas cada vez mais recorrentes e presentes no Judiciário brasileiro.

Por isso, é importante verificar o posicionamento dos tribunais, em especialmente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que ainda hoje adota um posicionamento majoritariamente contrário ao reconhecimento das famílias simultâneas. Mas, que proferiu uma decisão excepcional no Recurso Especial nº 1.185.337/RS, que não adentrou propriamente no mérito quanto à possibilidade ou não de reconhecimento das famílias simultâneas, mas que reconheceu nesse caso o direito ao pagamento de pensão alimentícia a uma senhora que manteve um relacionamento paralelo com características maritais com o falecido, posto que havia nítida presença de dependência financeira (o falecido prestou auxílio financeiro a companheira paralela por quatro décadas) e solidariedade entre as partes, aspectos que apenas ressaltam outros elementos essenciais a vida em família. Ressaltando a necessidade de discussão sobre esse assunto, principalmente para tentar compreender quais foram os fundamentos utilizados em outras decisões com características muito próximas, onde foi negado efeitos as famílias paralelas.

Diante do exposto, percebe-se que grande parte dos jurisdicionados ainda possui um posicionamento revestido de características monistas, mesmo diante da nova perspectiva pluralista adotada pela Carta Magna vigente. Trata-se de uma tentativa de mascarar a realidade brasileira, pois a alegação de que não é possível reconhecer direitos as famílias paralelas devido a inexistência de separação de fato, ou com base na quebra do princípio da monogamia (deveres de fidelidade ou

lealdade), não é suficiente para se sobrepor a existência desse modelo de núcleo familiar. Além disso, negar direitos, como o direito de rateio da pensão por porte a companheira é uma injustiça e um ato de violação aos direitos fundamentais inerentes aos membros desse núcleo familiar.

Nesse diapasão, foi destacado no presente trabalho os fundamentos favoráveis ao reconhecimento das famílias simultâneas, empregados pela doutrina e pela jurisprudência. Para diante disso, demonstrar que há no direito brasileiro a existência de três posicionamentos acerca desse tema, o primeiro se fundamenta “nos deveres de fidelidade ou de lealdade, bem como no princípio da monogamia, e nega peremptoriamente o reconhecimento de qualquer dos relacionamentos concomitantes”.⁷⁵⁶ O segundo é baseado na existência de boa-fé, no sentido de que se um dos parceiros possuir a convicção “de que integra uma entidade familiar conforme os ditames legais, sem o conhecimento de que o outro é casado ou mantém uma união estável, devem subsistir, para o companheiro de boa-fé, os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável”.⁷⁵⁷ Enquanto que o terceiro posicionamento admite como entidades familiares qualquer modelo de união paralela, independentemente da boa-fé, pois não considera o dever de fidelidade como requisito essencial à caracterização da união estável.⁷⁵⁸

Diante da pesquisa jurisprudencial realizada, foi possível notar que os acórdãos que reconhecem efeitos as relações simultâneas ainda são minoritários na jurisprudência brasileira, apesar dos fatos comprovarem na maioria dos casos o preenchimento de todos os requisitos essenciais para a caracterização da união estável.

Além disso, os jurisdicionados que afirmam em seus votos a necessidade de reconhecimento das famílias paralelas, o fazem com base na interpretação ampla dos princípios e dispositivos legais, sob a perspectiva do pluralismo. Defendendo o reconhecimento das relações paralelas como união estável, independentemente da existência de outra relação já formalizada, desde que essas relações paralelas preencham os elementos necessários previstos na lei para a composição de uma

⁷⁵⁶ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Famílias simultâneas versus família monogâmica: a nova decisão do STJ.** Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_26982422_FAMILIAS_SIMULTANEAS_VERSUS_FAMILIA_MONOGAMICA_A_NOVA_DECISAO_DO_STJ.aspx> Acesso em 30 jan. 2018

⁷⁵⁷ Idem.

⁷⁵⁸ Idem.

união estável. Considerando que o Estado possui o dever de proteger os direitos fundamentais inerentes aos indivíduos independentemente do modelo de entidade familiar por ele constituído.

Dessa forma, por mais que a jurisprudência majoritária ainda seja contrária ao reconhecimento das famílias paralelas, paulatinamente vem se observando o desenvolvimento de novos fundamentos doutrinários e um número crescente de julgados favoráveis ao reconhecimento das famílias simultâneas. Ressaltando o fato de que todos os núcleos familiares merecem ser respeitados em suas particularidades, pois o Estado não tem legitimidade para interferir na formação das entidades familiares, visto que na família preconiza-se o direito à liberdade dos indivíduos decidirem o que vai lhes trazer felicidade e realização pessoal. Portanto, cabe ao Estado apenas o dever de zelar pelas famílias, para que os indivíduos possam exercer de forma plena a liberdade de escolha no planejamento das relações familiares.

Assim, compreende-se que o Poder Judiciário tem o dever de apreciar as demandas que incidem sobre conflitos de interesses decorrentes de relações familiares simultâneas, de modo a desenvolver paulatinamente uma melhor fundamentação e a consequente uniformização jurisprudencial a respeito do tema, observado a importância de se preservar a dignidade humana, a liberdade e o tratamento igualitário das diferentes formas de família. Pois, as relações simultâneas existem de fato e o direito não pode negar reconhecimento aos efeitos jurídicos decorrentes desses vínculos afetivos, considerando que isso contribui para o enriquecimento ilícito, o sentimento de incapacidade do indivíduo e a marginalização dos direitos fundamentais dos membros que compõem a família paralela.

O direito não pode estar alheio à realidade humana, à realidade das situações existentes e às mudanças sociais importantes que refletem efeitos nas relações familiares, pois o significado de família está muito além do que o previsto no texto constitucional. Ademais, a doutrina afirma que o rol familiar presente na Constituição é meramente exemplificativo, visto que atualmente os dispositivos constitucionais são analisados sob um espectro muito mais amplo de interpretação, não se podendo excluir do âmbito protetivo do direito nenhum modelo de arranjo familiar que preencha os requisitos inerentes à família, por mais que essas entidades familiares não tenham previsão normativa.

Assim, o conceito de família atual possui múltiplos sentidos através da interpretação da Constituição e essa apreciação que o jurista faz sobre o conteúdo da norma é o que enaltece a existência do pluralismo, ressaltando que respeitar a pluralidade significa garantir o respeito à dignidade humana.

Além disso, a realidade de fato prevalece sobre o formalismo, pois a norma não é capaz de impedir a existência de outros arranjos familiares, visto que o direito é altamente dinâmico e se transforma continuamente. Dessa forma, conclui-se que o pluralismo familiar, implícito no texto constitucional, tem grande valor para o interprete, que observando essa possibilidade de abertura da ordem constitucional, expande e transforma o sentido da norma em uma tentativa de aproximação do direito para com a realidade. O que permite portanto o reconhecimento de outros modelos de entidade familiar, como é o caso das famílias simultâneas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Michelle Ulhoa. **Pluralismo jurídico**. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2008/4.PDF>> Acesso em: 07 dez. 2017

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 5ª ed. rev. atua. e aum. Rio de Janeiro: 2003.

_____, Sérgio Tibiriça; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. **Da abertura constitucional**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2414/1938>> Acesso em 17 nov. 2017

ARAÚJO, Ana Paula de, et. al. O pluralismo familiar e a liberdade de constituição de uma comunhão da vida familiar. **JUDICARE- Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta – MT**, v. 9, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://judicare.com.br/index.php/judicare>> Acesso em 21 nov. 2017

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação de princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad.: Humberto Laport de Mello. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BIANCHI, Ana Maria. Muitos métodos é o método: a respeito do pluralismo. **Revista de Economia Política da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo**, v. 12, n. 2 (46), abril-junho/2012. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/46-9.pdf>> Acesso em: 23 out. 2017

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad.: Ariani Bueno Sudatti; Fernando Pavan Baptista. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Centro Gráfico, 1988.

_____, Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.026.981/RJ 2008/0025171-7. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 04/02/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7/inteiro-teor-19165774>> Acesso em 20 jul. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 397.762-8/BA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/09/2008. Disponível em: <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2009/03/supremo-tribunal-federal-acordao.html>> Acesso em 04 out. 2017

_____, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 16/08/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=477554&base=baseAcordaos>> Acesso em 20 jul. 2017

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70.001.388.982. Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Data do julgamento: 14/03/2001. Disponível em <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/350.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2017

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.185.337/RS. Relator: Ministro João Otávio. Data do julgamento: 17/03/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/177940889/andamento-do-processo-n-1185337-rs-do-dia-31-03-2015-do-stj?ref=topic_feed> Acesso em 06 out. 2017

_____, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 931.155/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 07/08/2007. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/27927062/pg-4262-superior-tribunal-de-justica-stj-de-27-06-2011>> Acesso em 24 jan. 2018

_____, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Agravo 1.130.816/MG. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Data do julgamento: 19/08/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15931874/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1130816-mg-2008-0260514-0>> Acesso em 24 jan. 2018

_____, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.348.458/MG, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 08/05/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178200/recurso-especial-resp-1348458-mg-20120070910-1-stj/inteiro-teor-25178201>> Acesso em 24 jan. 2018

_____, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 229.069/SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 26/04/2005. Disponível em: <<https://camilalaragnoit.jusbrasil.com.br/artigos/189643518/familias-paralelas-e-concubinato>> Acesso em 24 jan. 2018

_____, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 275.839 SP 2000/0089476-1, Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Data do julgamento: 23/10/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941541/recurso-especial-resp-275839-sp-2000-0089476-1>> Acesso em 24 jan. 2018

_____, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Regimental no Agravo nº 746.042/SP 2006/0031416-5. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 04/09/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8881015/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-746042-sp-2006-0031416-5>> Acesso em 25 jan. 2018

_____, Tribunal de Justiça do Maranhão. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 26.356/2013. Relator: Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa. Data do julgamento: 01/09/2014. Disponível em: <<https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183849278/apelacao-apl-263562013-ma-0010171-9120108100040/inteiro-teor-183849294>> Acesso em 27 jan. 2018

_____, Tribunal de Justiça da Bahia. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 0124633- 95.2005.8.05.0001. Relator: Lisbete M. Teixeira Almeida César Santos. Data do julgamento em 04/12/2012. Disponível em: < <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115815195/apelacao-apl-1246339520058050001-ba-0124633-9520058050001/inteiro-teor-115815204>> Acesso em 27 jan. 2018

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo**: contextos e efeitos. 288 f. Dissertação do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011.

CAMARGO, Kátia Aparecida de. **O rateio da pensão por morte nos casos de configuração de famílias simultâneas**: uma análise a partir dos precedentes da Justiça Federal. 118 f. Projeto de Monografia do Programa de Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 6ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CATUSO, Joseane. **Pluralismo jurídico**: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez., 2007. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16749>> Acesso em: 07 dez. 2017

CORREIA, Camila Barros dos Santos. GUARANI, Vilmar Moura. ROZA, Rafaela Carlos da. **Pluralismo Jurídico**: uma maneira de dizer direito através das minorias. Disponível em: <<http://www.site.ajes.edu.br/congresso/arquivos/20141112230908.pdf>> Acesso em 13 mar. 2017

CRISAFULLI, Pedro Henrique de Assis. **O direito de família e a filosofia eudemonista**. 2011. 62 f. Projeto de Monografia do Programa de Graduação em Direito. Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. 2ª tir. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Maria Berenice. **Unões homoafetivas:** uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_uni%F5es_homoafetivas__uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_n%E3o_ver.pdf Acesso em 20 jun. 2017

_____, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável:** realidade e responsabilidade. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9522-9521-1-PB.pdf> Acesso em 09 de jan. de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 18ª ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Ícaro de Souza. **Monismo Jurídico versus Pluralismo Jurídico:** uma análise à luz do Direito do Trabalho. Disponível em http://editoramagister.com/doutrina_24368824_MONISMO_JURIDICO_VERSUS_PLURALISMO_JURIDICO_UMA_ANALISE_A_LUZ_DO_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx Acesso em 03 jul. 2017.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alicia Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. Abertura constitucional a novos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 8, junho de 2016. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf> Acesso em 04 de jul. 2017.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; VIZEU, Breezy. O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias recompostas no Brasil. In: FACHIN, Luiz Edson, et. al. (Coord.) **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo.** Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Rosana. Em busca da família do novo milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania.** O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.

_____, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio.** Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito de Civil.** Famílias. 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas S. A., 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **O companheirismo.** Uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GARIGHAN, Natasha Nunes. **Princípio da dignidade da pessoa humana e possibilidade jurídica da adoção por famílias homoafetivas**. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/natasha_garighan.pdf> Acesso em 21 maio 2017

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Famílias simultâneas versus família monogâmica: a nova decisão do STJ**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_26982422_FAMILIAS_SIMULTANEAS_VERSUS_FAMILIA_MONOGAMICA_A_NOVA_DECISAO_DO_STJ.aspx> Acesso em 30 jan. 2018

GRANT, Carolina. **Da sociedade aberta e pluralista de interpretes da constituição de Peter Habermas à democracia deliberativa de Jurgen Habermas**. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=548c579b82d70ac5>> Acesso em 23 fev. 2017

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Trad.: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad.: Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HABERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad aberta**. Trad.: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

_____, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para interpretação. Trad.: Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMADA, Thatiane Miyuki Santos; ROSA, Viviane Lemes da. O tratamento jurídico das famílias simultâneas no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. FACHIN, Luiz Edson et. al. (Coord.). **Jurisprudência civil brasileira: métodos e problemas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 95-116. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 16 jun. 2017

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias paralelas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67983/70840>> Acesso em 08 mar. 2017

JACQUES, Paulino. A positividade no Direito. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 19, n. 24, p. 75-82, jul./dez., 2003. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1997;2000549348>> Acesso em: 08 dez. 2017

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRAPF, Alessandra Heineck. **Famílias simultâneas**: reflexos jurídicos a partir de uma perspectiva constitucional e jurisprudencial. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/alessandra_krapf.pdf> Acesso em 08 mar. 2017

LEVI, Edilaine Carvalho; ROCHA, Mariana Caina. Disciplina jurídica das relações simultâneas à luz dos princípios constitucionais. **Revista online da Universidade de Salvador – UNIFACS**, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3634/2572>> Acesso em: 30 nov. 2017

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Paulo Luiz Netto. Entidades constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania**. O novo CCB e a Vacatio Legis. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico**: notas para pensar o direito na atualidade. Curitiba: Juruá, 2009.

_____, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Abertura. Cooperação. Integração. Curitiba: Juruá, 2013.

_____, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2015.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A família na Constituição Federal de 1988: união homoafetiva, adoção e famílias simultâneas. In: CLEVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: Teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Gilmar. **Homenagem à doutrina de Peter Haberle e sua influência no Brasil**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anejo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento__3_1.pdf> Acesso em 23 fev. 2017

MICHEL, Andrée. *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*. **Archives de Philosophie du Droit**, 131, 1975.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Pensão por morte do cônjuge: união simultânea de casamento e de concubinato adulterino. **Revista UNOPAR Cient. Ciênc. Jur. Empres.**, Londrina, v. 11, n. 2, p. 77-86, set. 2010. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/958/920>> Acesso em: 30 nov. 2017

MOURA, Rafael Alves de; OLIVEIRA, Igor Batista de. **O conteúdo jurídico do dever de lealdade e suas repercussões no direito de família**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1432/1118>> Acesso em: 02 dez. 2017

NASCIMENTO, Carmem Sofia C. do. Famílias plurais – Tipos de famílias. In: BAPTISTA, Sílvia Neves (Coord.). **Manual de Direito de Família**. 2ª ed. rev e ampl. Recife: Bagaço, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

NISHIYAMA, Adolfo Mamuru. **Os princípios da interpretação constitucional**: a razoabilidade, a proporcionalidade e outros princípios interpretativos. Belo Horizonte v. 6 n. 1 p. 209-250. jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1071/764>> Acesso em 10 jan. 2016

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, André Soares; ROSSINI, Guilherme de Melo; SILVA, Pedro Francisco Mosimann da. Conjugalidades simultâneas na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina depois da Emenda Constitucional nº 66/2010. **Cadernos do Programa de Pós Graduação UFRGS**, vol. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/45458>> Acesso em 08 mar. 2017

_____, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

PAOLA, Beatriz Oliveira de. **Constituição e pluralismo**: a materialização do princípio da igualdade em um mundo de estigmas. 2013. 79 f. Projeto de Monografia do Programa de Graduação em Direito. Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável de acordo com o Novo Código Civil**. 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 19-20.

_____, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Família e Dignidade humana**. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2000, p. 850-851.

_____, Sumaya Saady Morhy. Analisando as relações familiares em busca de uma maior eficácia dos direitos fundamentais. In:_____. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83-131.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad.: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO JUNIOR, Nilo Ferreira. **O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal**. Revista Eleitoral TER/RN, v. 25, 2011. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF> Acesso em 17 nov. 2017

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. **Família sem casamento**: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabril, 1988.

_____, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013.

_____, Marcos Alves da. **O caso da mulher invisível**. Uma análise de acórdão do STF – RE 397.762-8. Palestra proferida na Semana Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, promovida pelo Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS), em setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.marcosalves.adv.br/o-caso-da-mulher-inv%C3%ADsivel.php>> Acesso em 11 out. 2017

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **O pluralismo familiar**: a valorização do direito de família – Antigos e novos paradigmas. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2442/1789>> Acesso em 17 jul. 2017

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia privada no Estado Democrático de Direito. _____. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Direito, Estado e sociedade**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, n. 5, agosto/dezembro, 1994.

VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 24, 2011. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/41/45>> Acesso em 01 maio 2017.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sobre o prisma da unidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura do direito. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.