



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

REBECA NUNES TORQUATO NOGUEIRA

A POSSÍVEL TUTELA JURÍDICA DAS RELAÇÕES PARALELAS DE
AFETO AO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL

SOUSA - PB
2011

REBECA NUNES TORQUATO NOGUEIRA

A POSSÍVEL TUTELA JURÍDICA DAS RELAÇÕES PARALELAS DE
AFETO AO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB
2011

REBECA NUNES TORQUATO NOGUEIRA

A POSSÍVEL TUTELA JURÍDICA DAS RELAÇÕES PARALELAS DE AFETO AO
CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.^a Esp. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 08/11/2011

Orientador: Prof.^a Esp. Maria dos Remédios de Lima Barbosa - UFCG

Professor Especialista Admilson Leite de Almeida Júnior - UFCG

Professora Especialista Petrócia Marques Sarmiento Moreira - UFCG

Àquela que sempre foi a maior entusiasta para que eu
concluísse mais uma etapa, das muitas que virão pela
frente: minha família.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que me dotou de sentido, razão e amor infinito. Minha companhia constante, luz e alicerce da minha existência. Eternamente grata por tudo que Ele me realizou.

Ao meu 'tudo', minha mãe Enoe Torquato. Responsável pela formação do meu caráter, exemplo de amor verdadeiro, incondicional. À ela devo tudo que tenho, que sou e terei de ser. Sem dúvidas: a melhor mãe do mundo.

Ao meu pai, Constantino Nogueira, por ter me dado a oportunidade e o privilégio de ser sua filha. Ele que não viverá este momento, no plano terrestre, mas sei que estará torcendo por mim sempre. É o anjo que me protege, guia meus passos, minha vida.

À minha cara metade, Raquel. Minha cúmplice em tudo. Sentido da minha existência. Aos meus outros irmãos amados, Stéphanie, Eric e Melka. Por compartilharem comigo dos melhores momentos da minha vida. À minha sobrinha, Tainá, princesa encantada, que tem o dom de fazer tudo melhor com sua inocência. Amor inigualável.

Aos meus tios, Socorro e Ribamar, os quais Deus me presenteou como verdadeiros pais paraibanos. Serei eternamente grata pelo apoio constante, amor, carinho e dedicação que me proporcionaram nesta minha passagem por Sousa.

À minha avó, Chiquita Torquato. Minha flor mais bela. Verdadeira fonte de inspiração, possuidora das maiores virtudes. Que orgulho em tê-la como exemplo de vida. Abençoada por Deus, amada por todos.

Aos meus tios e primos. Família linda, abençoada. Sinônimo de união, amor e cumplicidade. Amo cada um ao seu modo, à sua maneira.

Às companheiras de universidade e de vida: Bel, Emi, Eulânia, Inara, Lorena, Manó, Maria Luísa, Manú, Renata Morgana. Coadjuvantes dos melhores momentos vivenciados durante os cinco anos. Foi com elas que ri e chorei. Sinônimo de amizade verdadeira.

À Matheus Marques, pessoa essencial, por ter estado ao meu lado nos mais diversos momentos, muitos de alegria e poucos de tristeza. Um dos presentes que Deus me concedeu na Cidade Sorriso.

À Eva Nogueira, minha irmã de coração. Aquela que esteve e estará ao meu lado, seja quando for, para onde for.

Aos demais presentes que a Cidade Sorriso da Paraíba me concedeu: Marcela, Thainá, Paiva, Palomma, Débora, Arilânia, Isadora, Maervelym, Vanessa, Pâmela, Narinha, os integrantes da

“A Fortaleza”, a Turma do 21, a Chapa Azul, meus alunos do PVS, o grupo de Oração Jesus Eucarístico. Levarei cada um aonde quer que eu vá. Boas lembranças, bons momentos eternizados nos nossos corações, nas nossas vidas.

À minha orientadora, Maria dos Remédios de Lima Barbosa, pela paciência, sabedoria e pelos ensinamentos transmitidos durante a construção deste trabalho.

Enfim, agradeço à Família UFCG-Sousa (professores e funcionários), que contribuiu muito para minha formação, como pessoa e profissional. Digo com toda convicção: vivi os melhores cinco anos da minha vida.

“O que gostaria de conservar na família no terceiro milênio são seus aspectos mais positivos: a solidariedade, fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho”.

(Michelle Perrot)

RESUMO

O presente trabalho monográfico visa expor a possibilidade de reconhecimento das relações paralelas como entidade familiar e a sua possível tutela jurídica diante do ordenamento vigente. Bem como assegurar os direitos patrimoniais decorrentes das uniões dúplices, sejam elas concomitantes ao casamento ou à união estável, considerando o posicionamento dos Tribunais e as divergências doutrinárias acerca do assunto. Enfocar-se-á, também, o possível reconhecimento do concubinato adúltero como entidade familiar, levando-se em consideração a consagração do macroprincípio da dignidade da pessoa humana e o valor jurídico, norteador das relações familiares: o afeto. De sobremaneira, será analisada a evolução pela qual passou a família, no transcorrer dos anos, além da consagração do pluralismo familiar. Este foi abarcado pela Constituição Federal de 1988, que garantiu a possibilidade de reconhecer outras formas de entidades familiares, além daquelas formadas pelo casamento. Inclui-se, assim, a união estável e a família monoparental, assim como as relações paralelas de afeto (apesar de haver ainda preconceitos e moralismos conservadores sobre este tipo de relação). De fato, é injustificável que toda e qualquer relação paralela de afeto seja merecedora de proteção jurídica, devendo ser consideradas as circunstâncias do caso concreto para que as uniões simultâneas sejam dignas de proteção. Para tanto, na pesquisa científica será utilizado o método dedutivo, a partir da análise de entendimentos doutrinários e a tendência jurisprudencial, que possibilita um melhor aperfeiçoamento para a conclusão do estudo. Será empregado o método histórico evolutivo, envolvendo a evolução pela qual passou a família até os dias atuais. Bem como o método exegético jurídico, a partir de compreensões legais e doutrinárias. Frisa-se que haverá predominância da pesquisa teórica e instrumental, fazendo uso de revistas jurídicas, artigos científicos, legislação, jurisprudência, além de doutrinas consagradas do Direito Civil. Por último, será apresentada a conclusão no sentido de que há possibilidade de tutela jurídica às relações paralelas de afeto ao casamento ou união estável. Assim como o reconhecimento dos efeitos jurídicos, como a meação e o direito do concubino à pensão por morte, quando presentes os requisitos necessários, quais sejam: a estabilidade, ostensibilidade, o vínculo afetivo e a conseqüente formação de um núcleo familiar.

Palavras-chave: Entidade familiar. Pluralismo familiar. Relações Paralelas. Concubinato adúltero.

RESUMEN

El presente trabajo visa exponer la posibilidad de reconocimiento de las relaciones paralelas como entidad familiar y su posible tutela jurídica ante el Orden en vigor. Como también asegurar los derechos patrimoniales decurrentes de las uniones dobles sean ellas concomitantes al matrimonio o a la unión estable, considerando el posicionamiento de los Tribunales y las divergencias doctrinarias acerca del asunto. Se va enfocar, también, el posible reconocimiento del concubinato adulterino como entidad familiar, llevándose en consideración la consagración del macroprincipio de la dignidad de la persona humana y el valor jurídico que orienta las relaciones familiares: el afecto. De sobremanera se hará análisis de la evolución por la cual pasó la familia en el curso de los años, además de la consagración de pluralidad de familias. Este fue abarcado por la Constitución Federal de 1988, que salvaguardó la posibilidad de reconocer otras formas de entidades familiares además de aquellas formadas por el matrimonio. Se incluye, así, la unión estable y la familia monoparental, así como las relaciones paralelas de afecto (a pesar de aún haber prejuicio y moralismo conservadores acerca de este tipo de relación). De hecho, es injustificable que toda y cualquier relación paralela de afecto sea merecedora de protección jurídica, deben ser consideradas las circunstancias del caso concreto para que las uniones simultáneas sean dignas de protección. Para tanto, en la pesquisa científica será utilizado el método deductivo, a partir de la análisis de entendimientos doctrinarios y la tendencia jurisprudencial, que posibilita un mejor perfeccionamiento para la conclusión del estudio. Será empleado el método histórico envolutivo, envuelve la evolución por la cual pasó la familia hasta los días actuales. Bien como el método exegético jurídico a partir de comprensiones legales y doctrinarias. Se frisa que habrá predominancia de la pesquisa teórica y instrumental, haciendo uso de periodico jurídico, artículos científicos, legislación, jurisprudencia, además de doctrinas consagradas del Derecho Civil. Por último, será presentada la conclusión en el sentido de que hay posibilidad de tutela jurídica para las relaciones paralelas de afecto del matrimonio hasta la unión estable. Así como el reconocimiento de los efectos jurídicos, como los bienes gananciales y el derecho del concubino la pensión por muerte, cuando presente los requisitos necesarios, cuales sean: la estabilidad, ostentabilidad, el vínculo afectivo y la consecuente formación de un núcleo familiar.

Palabras clave: Entidad familiar, pluralidad familiar, relaciones paralelas, concubinato adulterino

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PLURALISMO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: OUTRO VÉRTICE DA NOVA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	13
2.1 A FAMÍLIA E SUAS TRANSFORMAÇÕES EVOLUTIVAS.....	13
2.2 AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	18
2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	22
2.2.2 Princípio da Afetividade	25
2.3 DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES.....	27
3 DO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO ADULTERINO COMO ENTIDADE FAMILIAR	33
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCUBINATO ADULTERINO	33
3.2 DO CONCUBINATO: PURO E IMPURO	35
3.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA.....	40
3.4 CONCUBINATO ADULTERINO EM FACE DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA	43
4 DA POSSIBILIDADE DE TUTELA JURÍDICA ÀS RELAÇÕES PARALELAS DE AFETO AO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL	47
4.1 RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS	47
4.1.1 Consequências Patrimoniais e Morais.....	50
4.1.2 Pensão por morte: direito do concubino	54
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 foi um marco de suma importância para a ampliação do conceito de família que hodiernamente se estabelece. Aquele núcleo familiar patriarcal, hierarquizado, no qual a mulher submetia-se às ordens do marido, foi perdendo sentido a partir das transformações político-sociais pelas quais viveu a sociedade. Surge um modelo familiar voltado para a formação da personalidade do indivíduo e sua realização plena. É a dignidade da pessoa humana consagrando-se como princípio norteador das relações humanas.

Consolidou-se o pluralismo familiar, no qual novos arranjos familiares podem ser constituídos, além do casamento (antes considerado a única forma de constituir família, baseado nos preceitos da indissolubilidade e exclusividade). Haja vista que o art. 226, da Carta Magna, definiu como entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado, a união estável e a família monoparental. Observa-se que o Texto Constitucional não consiste em norma geral de exclusão, fato este que atribui a outras relações convivenciais a inserção no conceito de entidade familiar. Desde que esteja presente o afeto como fator relevante.

Considerando o quadro evolutivo, com a valorização do afeto e a superação dos formalismos, consagraram-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da igualdade. Novos preceitos foram inseridos no Direito de Família, conferindo à família moderna uma maior proteção.

Sendo assim, o legislador instituiu a entidade familiar como núcleo formador das relações humanas. Preponderam a estabilidade, o sentimento, o vínculo afetivo entre os conviventes. Partindo deste preceito, e levando-se em consideração a dimensão das entidades familiares, podem-se inserir as relações paralelas de afeto, e a sua possível tutela jurídica. De maneira que torna-se necessária e evidente a aplicação das regras de Direito de Família, quando são devidamente justificadas as circunstâncias do caso concreto. Daí pode-se inserir o concubinato adúltero como merecedor de proteção, mesmo estando ainda marginalizado pelo direito positivo e pela própria sociedade.

Visto que, uma relação simultânea inconstante, motivada simplesmente pela química sexual, sem nenhum vínculo afetivo e nenhum comprometimento mútuo, não conduziria a qualquer tutela jurídica.

Neste sentir, este trabalho monográfico tem como objetivo analisar a possibilidade de proteção jurídica às relações paralelas de afeto ao casamento ou à união estável. Ressaltar o possível reconhecimento de tais uniões como entidade familiar e suas consequências jurídicas

diante da legislação vigente, mediante circunstâncias justificadas do caso concreto. Além de abordar o posicionamento dos Tribunais e da doutrina acerca desta moderna concepção de família.

Analisar o dever de fidelidade recíproca como não sendo um padrão valorativo absoluto e inalterável pela vontade das partes, enfatizando a liberdade de escolha da entidade familiar mais adequada ao cidadão. Bem como o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, que não deve possibilitar o tratamento desigual às relações de afeto, sejam elas previstas, no Texto Constitucional, de forma explícita ou implícita.

Diante disso, o tema explorado é de grande relevância na medida em que faz-se necessário o reconhecimento e aceitação das relações paralelas a um casamento ou a uma união estável como entidade familiar, além da possível concessão de efeitos patrimoniais adequados a cada caso concreto, devidamente justificado. Sem deixar de examinar a tendência jurisprudencial acerca dessa nova realidade, devendo o legislador facilitar o reconhecimento de tais relações, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira, a pesquisa científica em questão é uma forma de discussão sobre a entidade familiar concubinária, visto que é comprovada a existência, no Brasil, de inúmeras relações simultâneas. E há necessidade de uma regulamentação expressa para solucionar os casos fáticos, adequando-os à realidade social.

No presente estudo, será utilizado o método dedutivo, partindo das teorias para se chegar aos casos concretos. A partir da análise de entendimentos doutrinários relevantes e a tendência jurisprudencial acerca da matéria aqui estudada. Será empregado o método histórico, através de uma abordagem sobre a evolução histórica da família e do casamento, além das mudanças na própria estrutura da sociedade, com o pluralismo das relações familiares, e a importância da afetividade na caracterização da entidade familiar.

A pesquisa também será desenvolvida através do método exegético-jurídico, a partir de uma maior compreensão dos dispositivos legais expressos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Valendo-se também do método interpretativo e comparativo, manifestando as decisões jurisprudenciais relativas aos direitos patrimoniais oriundos das relações paralelas de afeto ao casamento ou união estável. Ressaltando-se que haverá predominância da pesquisa teórica e instrumental, fazendo uso de revistas jurídicas, artigos, legislação, jurisprudência, além de doutrinas de Direito Civil, no âmbito do Direito de Família.

Neste diapasão, o primeiro capítulo da pesquisa apresentará o pluralismo das relações familiares, como sendo outro vértice da nova ordem jurídica. Além de enfatizar as

mais variadas formas de constituir família, sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Frisar-se-ão, também, os princípios constitucionais, norteadores das relações familiares, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana e o da afetividade.

O segundo capítulo fará uma abordagem referente ao reconhecimento do concubinato adulterino como entidade familiar. Assim como breves considerações acerca da evolução histórica da união concubinária, a distinção entre concubinato puro e impuro e a sua natureza jurídica. Na oportunidade, será feita uma ressalva ao concubinato adulterino em face do princípio da monogamia.

Já no terceiro, último capítulo deste estudo monográfico, focar-se-á a temática do trabalho, que consiste na possível tutela jurídica das relações paralelas de afeto ao casamento ou união estável. Levando-se em consideração alguns julgados acerca da concessão de efeitos patrimoniais aos envolvidos na relação concubinária. Por fim, haverá uma discussão sobre a possibilidade de o concubino ter assegurado o direito de receber a pensão por morte.

2 O PLURALISMO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: OUTRO VÉRTICE DA NOVA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Considerada como organismo fundamental na sociedade, a família é tutelada pelo ordenamento jurídico em todos os seus segmentos. Profundas mudanças ocorridas nas relações humanas, com o passar dos séculos, impuseram alterações legislativas bem como a quebra de dogmas e princípios outrora considerados inatacáveis. Instituído-se assim, um novo conceito de família, tradicionalmente concebida como consequência do casamento (união matrimonial indissolúvel entre o homem e a mulher, com objetivos precípuos de formação e transmissão do patrimônio, além da procriação). Destarte, com a nova ordem constitucional, fundada nos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, afetividade e da dignidade da pessoa humana, preponderaram a estabilidade, o sentimento, o vínculo afetivo nas novas estruturas familiares. Assim, o casamento deixou de ser considerado o único legitimador da entidade familiar, na medida em que hodiernamente tem-se uma visão pluralista das relações familiares, diante do novo perfil da família contemporânea.

2.1 A FAMÍLIA E SUAS TRANSFORMAÇÕES EVOLUTIVAS

Ao longo do tempo, movimentos e consequentes transformações político-sociais não permitiram fixar um modelo familiar uniforme. Haja vista que o conceito de família não é inalterável, na medida em que sofreu modificações e adaptações decorrentes de cada momento histórico. Ressalta Hironaka (2000, p.17):

A família é entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos.

Nos primórdios predominava a relação do homem com a natureza. A atuação humana estava atrelada à sua sobrevivência, ou seja, o relacionamento entre o homem e a mulher não consistia num vínculo voltado para a procriação e constituição de família, sendo um período marcado pela promiscuidade primitiva, onde o homem pertencia a todas as

mulheres e a mulher pertencia a todos os homens. A partir do desenvolvimento da agricultura, tendo como consequência a fixação dos indivíduos num determinado local, novas formas de relacionamento se desencadearam, afirmando Venosa (2007, p. 03): “foi nesse período que a monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno”. Desta forma, a monogamia consolidou-se como preceito mais adequado para a constituição de uma família. Surge, com isso, a propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva. Houve, assim, a divisão sexual do trabalho, como bem observa Engels (1995, p.71):

A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre homem e a mulher para a procriação dos filhos (...) o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia.

Na família romana e grega predominava a figura do *pater familias*, designado como o chefe da família, “ascendente mais velho, do qual os pertencentes da família lhe deviam respeito e viviam sob sua autoridade, podendo decidir sobre sua vida e sua morte”, como lembra Wald (2000, p.10).

O conceito de família independia da consangüinidade, ou seja, no Direito Romano a família era constituída por cognados (pessoas do mesmo sangue) e por pessoas que tinham parentesco por agnação (aquelas vinculadas por possuírem o mesmo pater, mas não eram consangüíneas). Vale salientar que o culto doméstico, tanto no direito romano como no grego, perpetuava-se como o centro religioso da família, sendo uma forma de culto aos antepassados mortos como se ainda fossem membros da família. Deste modo, destaca Coulanges (2005, p. 44):

Em certos dias, determinados pela religião doméstica de cada família, os vivos reúnem-se aos antepassados. Levam-lhes o banquete fúnebre, derramam sobre eles leite e vinho, oferecem guloseimas e frutas ou queimam para eles as carnes de alguma vítima. Em troca dessas oferendas, invocam sua proteção; tratam-nos por seus deuses e pedem-lhes que tornem seu campo fértil, a casa próspera, os corações virtuosos.

Vigorava então, o modelo patriarcal, hierarquizado, no qual a mulher submetia-se às ordens do marido, não gozando aquela de direitos perante a sociedade, nem no mercado de trabalho. Necessárias as palavras de Venosa (2007, p.03):

No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

Enfatiza-se que os princípios do Direito Canônico representavam a fonte do direito positivo, pelo qual a família era concebida unicamente através do casamento, que tinha a única função de procriação e criação dos filhos, sendo regido pela indissolubilidade, no qual imperava a regra “até que a morte nos separe”, não se permitindo assim o divórcio.

O Concílio de Trento tornou a celebração formal do matrimônio obrigatória. Com a influência da religião, destacando-se a Igreja Católica, que tornou-se a religião oficial do Império, considerava-se sagrado o matrimônio entre o homem e a mulher como única forma de constituição de família, já que não eram abençoadas as uniões advindas entre pessoas do mesmo sexo. A respeito do assunto, precisas são as palavras de Gomes (2002, p. 09):

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1980, que instituiu o casamento civil (...). A lei civil reproduziu várias regras que se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi restabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências.

Importante ressaltar que preceitos e efeitos jurídicos, relativos ao casamento, provêm do direito canônico. Revela-se tanta influência que o Código Civil copiou certas regras ligadas aos impedimentos matrimoniais. Tais regras eram rígidas, a ponto de serem sancionadas com penalidades rigorosas. Aduz Venosa (2007, p.09): “O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca”.

Outrossim, não eram conferidos direitos iguais aos membros da família, na qual a mulher era considerada submissa ao seu marido, sendo aquela, de sobremaneira, relativamente incapaz, não podendo exercer os atos da vida civil sem estar assistida pelo marido. Merece destaque, também, o fato de que os filhos havidos fora do casamento não eram reconhecidos como legítimos para efeitos de sucessão, como bem assevera Gomes (2002, p. 21):

A família natural – até a que se constituía pela união estável de pessoas livres – era abominada. Tinha a repulsa do legislador, recusado qualquer direito aos parceiros e condenado o fruto de sua união através da proibição absoluta do reconhecimento dos filhos espúrios e limitado o direito hereditário do filho simplesmente natural se à sucessão do pai houvesse de concorrer com filho legítimo.

A partir da proclamação da República, em 1889, caracterizou-se o fim da escravidão no Brasil e por conseguinte o início do processo de urbanização, seguido da industrialização. Consolidaram-se os padrões burgueses de organização familiar, na qual a família tradicional ganhou espaço, onde a mulher passou a ser educada para cumprir as obrigações de mãe e de assistência ao marido. Em 1890, por meio do decreto n. 181, entra em vigor o casamento civil.

Já a primeira Constituição Republicana, no ano de 1981, consolida em seu art. 72, §4.º, apenas o casamento civil. Sem deixar de impedir a celebração do casamento religioso. No entanto, foi a partir da promulgação da Constituição Federal, de 1988, que o casamento religioso passou a ter eficácia, com fulcro no art. 226, §2º.

No final do século XIX, a Igreja e o Estado não mantêm mais uma relação sólida, baseada em princípios e dogmas considerados, na época, inalteráveis. Desta forma, desencadeou-se uma reorganização na estrutura familiar brasileira. Em meio às fortes mudanças, evidenciou-se o aumento da participação da mulher no mercado de trabalho. Isto firmou-se após a Segunda Guerra Mundial e com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, no art. 1º: “todos os seres humanos nascem livres em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros, em espírito e fraternidade”. Além de merecer destaque o avanço do movimento feminista.

De fato, mais precisamente na década de 60, as relações familiares sofreram profundas mudanças, colocando assim as mulheres em posição de igualdade aos homens, passando a ser aquelas sujeitas de direitos.

Destaca-se, na década de 70, o advento da Lei do Divórcio, marco de suma importância para que a ideia de casamento indissolúvel perdesse força. Já na década de 80, a finalidade precípua para constituição do casamento e formação de um núcleo familiar, deixou de ter cunho patrimonialista, econômico, passando a vigorar os valores sócio-afetivos.

Destarte, o Texto Constitucional de 1988 consagrou a igualdade de direitos entre os indivíduos, entre os cônjuges e entre os filhos havidos do casamento ou não, e até mesmo aqueles que integram a categoria dos adotivos. Conforme afirma o art. 227, §6º, da CF:

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§6º Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Diante do exposto, constata-se que a estrutura familiar foi alvo de profundas transformações, sofrendo então influências sociais, culturais, políticas e econômicas, consequência da evolução pela qual passou a sociedade brasileira. De família patriarcal e fechada, surge um modelo familiar voltado para a formação da personalidade do indivíduo e da sua realização plena, é a dignidade do indivíduo como valor intrínseco. Verifica-se assim, no século XXI, a família pós-moderna denominada pluralista, na qual consagram-se tipos alternativos de sobrevivência, com predominância do afeto na constituição da família. Salienta Barros (2002, p. 09), definindo o vínculo afetivo:

Um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no escopo, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas- de vivência, convivência e sobrevivência- quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.

É nesse contexto que o afeto passou a ser consagrado como um valor intrínseco na formação da entidade familiar, assim como no desenvolvimento do ser humano. Constata-se, assim, a inserção de valores baseados no amor. Este condutor das relações humanas diante dos novos paradigmas inseridos na sociedade.

2.2 AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi um marco de suma importância para o Direito de Família, que sofreu consideráveis modificações ao longo dos tempos. Evidenciam-se alterações nas concepções jurídico-sociais vigentes no sistema, considerando-se o fenômeno da globalização e consequente evolução técnico-científica pela qual passou a humanidade.

Assim, surgiram importantes leis em resposta aos princípios constitucionais: a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei n. 8560/92 (estatui sobre a investigação de paternidade), Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 sobre união estável e concubinato e a lei 10.406/2002 que estatuiu o Código Civil de 2002. Este encontra-se hoje mais adaptado aos preceitos constitucionais. Verifica-se a transição da família como unidade econômica e de reprodução para uma compreensão sócio-afetiva. Nesse sentido, é válida a lição de Fachin (1999, p.291):

Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração a felicidade. Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes: e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

É mister afirmar que, hoje, a família está voltada para o paradigma eudemonista, baseado este na eudaimonia de Aristóteles, isto é, na busca pela construção individual da felicidade dos que integram o seio familiar. Este constitui o espaço de desenvolvimento e formação da personalidade de seus membros, para garantir a dignidade humana e a realização plena do ser humano. Sendo oportuna a afirmação de Dias (2007, p. 52): “surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu desenvolvimento afetivo: a família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros”.

Também acrescenta Giddens (2000, p. 72): “uma democracia das emoções é exatamente tão importante quanto a democracia pública para o aperfeiçoamento da qualidade

de nossas vidas”. É por esta razão que sociedade moderna traz um modelo familiar democrático, igualitário, no qual predomina a inter-relação afetiva, o respeito mútuo, a solidariedade, “mais que fotos nas paredes, quadros de sentido, possibilidades de convivência”, como desfecha Fachin (1999, p.14). Sobreleva, assim, o reconhecimento constitucional de estruturas não fundadas no casamento, quais sejam: a união estável e a chamada família monoparental, com fulcro nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade. Assim preceitua o art. 226, §§ 3º e 4º da Carta Magna:

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

[...]

§ 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.

A questão que se afigura é a proteção estatal a ser conferida à família, considerada como “base da sociedade”. Constituída por pessoas que compartilham sentimentos e valores, necessário ao desenvolvimento, a proteção e ao bem-estar dos seus membros. Neste diapasão, esclarece Pereira (2004, p.112): “O Estado abandonou sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista”.

Vale ressaltar que as relações de afeto mencionadas expressamente nos respectivos parágrafos do artigo supracitado são meramente exemplificativas, não havendo qualquer referência a que tipo de família será protegida pelo Estado.

A interpretação a ser dada é de que qualquer família merece proteção estatal, a partir da perpetuação dos fenômenos da constitucionalização do Direito Civil e da repersonalização das relações familiares (CARVALHO, 2009). Sendo assim, cada indivíduo tem liberdade de escolha na constituição de entidade familiar, consagrando de sobremaneira, o princípio da liberdade do planejamento familiar.

A Constituição de 1988 igualou todos os filhos, não importando a origem, seja ela biológica ou adotiva. Passou a privilegiar o afeto, obrigando os membros a auxiliarem uns aos outros tanto com apoio material (economicamente) quanto imaterial (através do respeito e cuidado mútuos, do amor e da solidariedade). Para Farias e Rosenvald (2008, p. 37):

É inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

Na realidade, verifica-se uma proteção ainda maior à família, e as diversas formas em que foi constituída. Além do afeto, outros sentimentos identificam-se como valores jurídicos indispensáveis à caracterização das novas entidades familiares. São aqueles previstos no diploma civil como deveres recíprocos entre cônjuges e conviventes: “o respeito e considerações mútuas” (art. 1566, CC) e a “lealdade” (art. 1724, CC).

Independente da forma escolhida para as relações familiares é necessário observar certas características: a afetividade, estabilidade e a convivência pública e ostensiva. Assim, a inserção do afeto como elemento principal para a constituição familiar, tem como consequência a inclusão de várias entidades familiares no rol de proteção constitucional, quais sejam: família tradicional (decorrente do casamento), família decorrente da união estável (conforme aduz o art. 1723 do Código Civil: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família), bem como a família monoparental, que consiste no estabelecimento da vida em comum entre qualquer dos pais e seu descendentes.

Deveras, as formas contidas implicitamente na Constituição apresentam-se como: a união concubinária (concubinato adulterino), a união entre pessoas do mesmo sexo, a família anaparental, família eudemonista. E para alguns a chamada entidade familiar unipessoal. Haja vista que entre os doutrinadores não há pacificação se a Constituição tutela somente esses três tipos de entidades familiares, na forma expressa, ou se, ao contrário, a relação é meramente exemplificativa, conforme determina Lôbo (2002, p.44): “a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação”.

Faz-se necessário ressaltar que a legislação civil vigente protege também os vínculos de filiação advindos da adoção. Destarte, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) regulamenta o direito à convivência familiar e comunitária como um “Direito Fundamental da Criança e do Adolescente”.

Cabe ao Direito criar mecanismos de proteção às novas relações familiares, diante da realidade que se apresenta. Sendo a proteção estatal dada não apenas à instituição da família,

mas também a cada um dos que a integram, como assevera o §8º do art. 226 da Carta Magna). Visto que são notórias as mudanças ocorridas nas formas familiares não resultantes do casamento civil ou religioso com efeitos civis buscando, desta forma, atender as expectativas da sociedade e as necessidades do ser humano.

Assim sendo, constata-se que a família “é o espaço de inter-relação afetiva, de múltiplas interdependências entre seus membros”, segundo Casabona (2004, p.384). Nestes aspectos, tem-se a precisa lição de Tepedino (1999, p. 326):

A preocupação central de nosso tempo é com a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

Como é notório, a família sofreu significativa evolução a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual foram quebrados paradigmas e dogmas antes considerados inalteráveis, como a questão do casamento sagrado e indissolúvel. Através dos princípios constitucionais direitos inerentes aos indivíduos foram igualados, como aduz a Carta Magna:

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, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Com razão, explicitou-se a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Compactuando deste entendimento Rodrigues (2002, p. 08) assevera: “Todas as prerrogativas conferidas a um dos cônjuges o são ao outro, uma vez que ambos são titulares dos mesmos direitos jungidos ao cumprimento das mesmas obrigações”. Isto revela o princípio da igualdade entre os cônjuges.

Na realidade, verifica-se o surgimento de novos modelos de famílias. Como bem esclarece Dias (2007, p. 38):

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando

profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

É inegável que as transformações políticas, sociais e econômicas ao longo do tempo dinamizaram a formação de estruturas familiares, de sobremaneira não permitindo a fixação de um modelo familiar uniforme.

Percebe-se a consolidação do princípio do pluralismo familiar, no qual novas formas de constituição familiar se estruturam, na medida em que passam a gozar do status de família, sendo merecedora da especial proteção do Estado. A partir de então, a família passa a ser uma relação humana baseada no afeto.

2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A realidade social que se apresenta baseia-se na consolidação da pluralidade familiar, na qual novas estruturas familiares estão sendo reconhecidas. Deste modo, as possibilidades de modelos familiares estão atreladas ao declínio do patriarcalismo, a revolução técnico-científica, à globalização e aos novos valores estabelecidos na sociedade.

Do modelo estatal de família, no qual vigorava os laços patrimoniais, surge a família na qual predomina o laço afetivo. Neste passo, a respeito da concepção desta família, percebe Giddens (2000, p. 70): “um relacionamento baseado na comunicação emocional, em que as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação do relacionamento”.

Impende ressaltar que é neste contexto que o Direito de Família evolui, na medida em que os princípios constitucionais norteiam as relações sócio-afetivas. Evidencia-se, pois, a aplicação desses princípios de forma sistematizada, sendo uma forma de interpretação e integração do ordenamento jurídico, como destaca Dias (2011, p. 62):

O certo é que existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, assim o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, bem como os princípios da proibição de retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes, não só no âmbito do direito das famílias. No entanto, há princípios especiais que são próprios das relações familiares e devem servir

de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões da família, despontando entre eles os princípios da solidariedade e da afetividade.

Nesse sentido, a Constituição Federativa do Brasil define tais princípios, que acabam orientando as normas constitucionais bem como as infraconstitucionais, em especial o Código Civil. Isso significa que a partir do surgimento de novas conjugações familiares é intrínseca a aplicação dos preceitos inseridos na Carta Magna, para uma interpretação adequada da lei. Cabe evidenciar o princípio da dignidade da pessoa humana, estampado na Constituição Federativa do Brasil em seu art. 1º, III, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;

[...]

Colocado em posição de destaque, o princípio em comento representa a valorização do indivíduo como sujeito de direitos e deveres, aos quais serão aplicados pela norma, sendo assim as palavras de Dias (2011, p.63):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Trata-se de um princípio que defende a igualdade e a livre escolha na constituição da entidade familiar, priorizando os valores da pessoa em detrimento das relações patrimoniais. Busca então garantir a aplicação do princípio da isonomia, consagrando os direitos fundamentais diante do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, elucida Silva (1995, p. 106):

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade a pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer

idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

A dignidade da pessoa humana consiste no princípio constitucional basilar sob o qual relacionam-se outros princípios que interferem na aplicação prática do Direito de Família. Estão presentes valores essenciais, quais sejam: a cidadania, a igualdade e a solidariedade.

De sobremaneira, foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que este preceito basilar foi empregado pela primeira vez. Deveras, o seu conceito já havia sido expresso por Kant (1980, p.140):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Percebe-se então, que a dignidade é o núcleo dos valores, direcionado diretamente ao relacionamento familiar, em consonância com os demais princípios, dentre eles o da liberdade, solidariedade e o da afetividade. Deste modo, os valores sociais são tutelados tornando cada vez mais o ramo familiar autônomo.

É mister destacar que no Estado Democrático de Direito exige-se a igualdade, como prevê o art. 5º, caput, da Carta Magna:

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, à segurança e à propriedade.

Neste sentido, no âmbito familiar insere-se a igualdade como corolário do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, em virtude da valorização da pessoa humana, garantindo assim direitos fundamentais capazes de proporcionar vida com dignidade. Salienta Dias (2008, p. 62): “A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer”. É neste sentido que deve ser compreendido este preceito, como sendo norteador das relações familiares. Princípio garantidor da liberdade e da igualdade para a constituição da entidade familiar, que hodiernamente apresenta-se sob várias formas e valores.

2.2.2 Princípio da Afetividade

Diante do exposto, percebe-se que novas relações familiares foram reconhecidas constitucionalmente (casamento, união estável e entidade monoparental), de forma expressa. Bem como de maneira implícita, levando-se em consideração que as normas constitucionais têm caráter de inclusão. A respeito da evolução da família, sábias são as palavras de Derrida; Roudinesco (2004, p. 52-53):

Eu não diria sem hesitar que a família é eterna. O que é inalterável, o que continuará a atravessar a História, é que exista ou que haja a família, o laço social organizado em torno da procriação. (...) Pode-se fazer muitas coisas com um homem e uma mulher! Com a diferença sexual (e a homossexualidade não é a indiferença sexual) pode-se imaginar tantas configurações ditas ‘familiares’! E mesmo no que consideramos ‘nosso’ modelo mais estável e mais familiar, existem tantas subespécies! Os progressos da genética libertam ou aceleram nossa imaginação – deliciada, aterrada, ou ambos ao mesmo tempo, diante de todo tipo de coisas que não diria desconhecidas, sobretudo do inconsciente, mas ainda não gravadas pelo que poderíamos chamar, no sentido amplo, de estado civil.

Com isto, verificou-se ao longo dos tempos uma alteração nos modelos familiares. O pluralismo familiar passou a ser reconhecido pela ordem jurídica e pela própria sociedade.

Em consonância com o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, projetou-se a afetividade como fundamento para a constituição de uma família, como bem assevera Alves (2006, p.45): “o único requisito, para a constituição da família, não é mais jurídico e sim fático: o afeto”. Neste sentido, tenta-se superar a ideia defendida pela Igreja de que o casamento é o sacramento no qual se constitui a família com a finalidade de procriação. Assim como a visão do Estado, que atribui à família a natureza de instituição matrimonial merecedora de tutela por parte daquele. Hoje, tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil resguardam proteção à entidade familiar, afirmando Diniz (2005, p.13):

Deve-se, portanto, vislumbrar a família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.

Vale salientar que o conceito de família foi ampliado substancialmente, não sendo protegida apenas a família “tradicional”. A partir do momento em que a Carta Magna de 1988 inovou ao estabelecer modelos de entidade familiar diversos do casamento, a saber: a união estável e a família monoparental, configurando-se assim, o pluralismo familiar. Além de ter sido consagrado a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental e base para os demais princípios. Neste diapasão, Carvalho (2009, p. 07-08) aponta que:

Com efeito, especialmente a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, a família passa a ser fundamentalmente um meio de promoção pessoal de seus membros e o único requisito para sua constituição deixa de ser jurídico (como era o casamento) e passa a ser fático, ou seja, o afeto. A entidade familiar atualmente é reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua, de realização da dignidade como ser humano. O *affectio familiae* torna-se o elemento radiador da convivência familiar.

Neste raciocínio, a família caracteriza-se pelos laços de afetividade, não havendo apenas o modelo tradicional (formado pelo pai, mãe e filhos do mesmo casamento). É salutar observar que o conceito moderno de família foi confirmado pela Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, que dispõe no seu art. 5º, II:

Art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial

[...]

II- No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Nesta esteira, para que a família seja reconhecida independe a relação de parentesco, se natural ou por afinidade, ou ainda pela vontade. Basta que os membros estejam unidos por laços de afetividade, reciprocidade, consideração e respeito mútuos. Para Neves (2008, p. 01) assim conceitua-se família:

Uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Com efeito, pode-se afirmar que as entidades familiares equiparam-se entre si, para a consecução dos direitos e garantias fundamentais inerentes a cada indivíduo que faz parte do núcleo familiar. Assim sendo, não há hierarquia axiológica entre os arranjos familiares, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, garantidor da liberdade de escolha das relações afetivas.

Impende destacar que é por meio da estrutura familiar que a sociedade organiza-se. Aquela formando cidadãos que merecem a tutela do Estado. Como alerta Tepedino (1999, p.139): “merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus membros”. É condizente afirmar que o afeto passou a ser considerado um valor jurídico, sendo portanto, corolário do preceito basilar da dignidade da pessoa humana. Nos dizeres de Lôbo (2002, p. 46-47):

Se a constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada é porque abdicou dos valores que justificavam normas de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidade, ou seja, a afetividade, necessário para a realização pessoal de seus integrantes.

Verifica-se, pois, que o casamento não é o único meio capaz de se constituir uma família. Visto que a afetividade consagrou-se como valor jurídico fundamental nas relações humanas, ensejando outras formas de entidades familiares. A atual Constituição consagra princípios norteadores da nova concepção de família, que é baseada na busca pela realização plena de seus membros. É a concepção eudemonista da família contemporânea.

2.3 DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

A configuração familiar sofreu significativas transformações advindas no decorrer do século XX. O desenvolvimento técnico-científico, social, econômico atingiu a constituição familiar de modo que, em consonância com a Constituição Federal de 1988, instituiu-se o Estado Democrático de Direito, no qual os preceitos constitucionais passaram a ganhar ênfase no âmbito social. Neste contexto, consagraram-se os valores da igualdade, da dignidade da

pessoa humana, do afeto, da solidariedade e respeito mútuos, como bases estruturais da nova concepção de família. A expressão entidade familiar ganhou ênfase constitucionalmente, sendo admitidas outras formas de constituição familiar além do casamento, sejam elas: a união estável e a família monoparental. Assim preceitua Dias (2001, p. 66):

Alargou-se o conceito de família, que, além da relação matrimonializada, passou a albergar tanto a união estável entre um homem e uma mulher como o vínculo de um dos pais com seus filhos. Para configuração de uma entidade familiar, não mais é exigida, como elemento constitutivo, a existência de um casal heterossexual, com capacidade reprodutiva, pois dessas características não dispõe a família monoparental.

Destarte, merece salientar o fato de que outros vínculos afetivos são constituídos, mesmo não estando de forma expressa no Texto Constitucional. Haja vista que há uma norma geral de inclusão contida no art. 226, caput, da Carta Magna.

Consagra-se o preceito da liberdade de planejamento familiar, no qual predomina a livre escolha e autonomia individual para a constituição de um modelo familiar mais adequado ao indivíduo. Partindo desta concepção, a família passa a ser reconhecida quando apresentar certas características: a estabilidade (relação de continuidade, não incluindo os relacionamentos esporádicos, nos quais não há o comprometimento, nem tão pouco a comunhão de vidas), a ostensibilidade (pressupondo uma relação familiar pública, “aos olhos” da sociedade) e o vínculo afetivo (envolvido pelo sentimento e a valorização da pessoa humana como cidadã).

Como bem lembra Pereira (2004, p.27): “Substituiu-se a organização autocrática por uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor”. Desta forma, para ser configurada a entidade familiar leva-se em consideração o afeto como elemento organizador da estrutura familiar.

Diante dos elementos caracterizadores das entidades familiares pode-se afirmar que surgiram novos arranjos de família, além daqueles previstos constitucionalmente (família tradicional decorrente do casamento, união estável, família monoparental). Dentre as formações muito evidentes na sociedade, embora não estejam previstas constitucionalmente como entidade familiar, destaca-se a união homoafetiva, a concubinária, a família anaparental, bem como a considerada por parte da doutrina como família unipessoal.

Em relação às entidades familiares expressas na Constituição Federal, impende destacar o modelo tradicional. Baseado na tradição romana, na qual a família (advinda do

casamento) tinha como finalidade precípua a formação e transmissão do patrimônio, além da procriação.

Por sua vez, a previsão contida no art. 226, §3º, do Texto Constitucional, passou a reconhecer também a união estável como entidade familiar: “para efeito de 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”. Assim como prevê o Código Civil, em seu art. 1723, caput, *in verbis*:

Art.1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Assim, à união estável aplicaram-se as mesmas prerrogativas do casamento. No que concerne aos alimentos, partilha de bens pelo esforço comum e direitos sucessórios. Essa união de fato configura-se através de uma convivência pública, notória, duradoura, com intuito de constituição de família, na qual os companheiros deverão tratar-se como se casados fossem. Levando-se em consideração ser uma união de fato que não necessita de ato jurídico solene. Este exigido ao casamento, como refere-se Dias (2008, p.110) a este instituto: “gera o ‘estado matrimonial’, em que os nubentes ingressam pela vontade, mas sua forma nasce da lei, que estabelece suas normas e seus efeitos”.

Por sua vez, a família monoparental é aquela constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo comprovado estatisticamente que a maioria desse tipo de entidade familiar é chefiada por mulheres que não possuem companheiro ou até mesmo marido. Conclui Leite (1997, p. 48):

Tal opção, outrora considerada marginal, tornou-se freqüente, justificando uma atitude não mais reticente por parte da sociedade e da própria lei. Outros modos de conjugalidade, que não o casamento, surgiram, demarcando a crise do casal: casa-se menos se vive mais em uniões fáticas e há um forte crescimento de indivíduos vivendo sós.

A monoparentalidade está prevista no art. 226, § 4º, da Carta Magna: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. O Projeto do Estatuto das Famílias, em seu art. 69, §1º, também disciplina este tipo de entidade familiar, assim sendo: “Família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco”.

Outra forma implícita de entidade familiar revela-se na família anaparental, que é aquela formada pela convivência sob o mesmo teto entre parentes ou pessoas que não sejam parentes, numa estrutura familiar envolvida pelo afeto, solidariedade, respeito mútuo. Para efeito de exemplificação, tem-se a convivência entre irmãos ou até mesmo entre tios e sobrinhos. Apresenta-se o julgado apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça (R. Especial 159.851-SP, DJ de 22.06.98):

EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles.

Pode-se inferir que os irmãos residentes no imóvel constituem uma entidade familiar, levando-se em consideração que são preenchidos os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estando assim, tutelado o bem de família, sendo este impenhorável.

Também se considera entidade familiar aquela denominada eudemonista, que consiste na busca individual pela felicidade e realização plena dos membros que a constitui. Sendo uma forma de consolidar valores como o amor, o respeito, a solidariedade e reciprocidade, a partir da comunhão de vidas.

Merece evidenciar a união homossexual como também sendo uma forma de entidade familiar, baseado no fato de que é uma relação na qual prevalece o afeto, a estabilidade e ostensibilidade entre duas pessoas, respeitando-se de sobremaneira, o princípio da dignidade da pessoa humana, através do qual há liberdade de escolha da opção sexual. Obtempera Dias (2007, p. 45):

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, infere-se que as normas do art. 226, da Carta Magna, são auto-aplicáveis, ou seja, consistem em normas gerais de inclusão independente de regulamentação. Razão pela qual considera-se como entidade familiar a união formada entre pessoas do mesmo sexo. Faz-se mister destacar a previsão constitucional, contida no art. 3º, IV, em relação ao objetivo da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Neste sentir, não deve haver discriminação dentro da sociedade, excluindo-se do rol das entidades familiares a união homoafetiva.

Para alguns doutrinadores, considera-se a união entre pessoas do mesmo sexo como mera sociedade de fato, baseada no direito das obrigações. Todavia, Dias (1999, *apud* GIORGIS, p. 139) prepondera que:

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, a coabitação e os laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional. Nada justifica que se desqualifique o reconhecimento de sua existência. O só fato de os conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais.

Diante da realidade que se apresenta, não se pode impedir a existência da união entre pessoas do mesmo sexo e muito menos deixar de reconhecê-la como entidade familiar autônoma, haja vista os enunciados constitucionais e o princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Caso contrário, ensejaria uma violação a este preceito fundamental. Insta ressaltar que houve o reconhecimento da união homoafetiva, por parte da Lei nº 11.340/ 2006 (Lei Maria da Penha), em seu art. 5º:

Art. 5º. Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I- no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II- no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III- em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Há grande resistência por parte da doutrina e da sociedade em reconhecer a união homossexual como entidade familiar. Contudo, é de fácil percepção o fato de que tal união assemelha-se à união estável, apenas diferenciando-se por esta envolver pessoas de sexos diferentes. Inclusive, em recente julgado, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Fica evidente que os requisitos formadores da família são consagrados neste tipo de união, quais sejam: a

dignidade, o afeto, a igualdade e a solidariedade. É possível perceber, então, que aos poucos o judiciário vai se adaptando à realidade social, quebrando o moralismo exacerbado e o preconceito que ainda persiste.

3 DO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO ADULTERINO COMO ENTIDADE FAMILIAR

O ordenamento jurídico brasileiro considerava apenas como entidade familiar aquele relacionamento constituído a partir do matrimônio. Contudo, com reflexo na Constituição Federal de 1988, outras formas de entidades familiares passaram a ser reconhecidas e regulamentadas, tais como a união estável e a família monoparental.

O certo é que formas implícitas de constituir família estão se consolidando, à luz do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, levando-se em consideração a valorização do indivíduo e o desenvolvimento da sua personalidade, bem como a liberdade de escolha da entidade familiar mais adequada ao cidadão. Surge, assim, o modelo familiar baseado no afeto, este considerado como valor jurídico formador das relações humanas, mesmo não estando explicitamente previsto na Constituição.

Partindo deste preceito, é evidente que outras relações, formadas a partir da afeição mútua entre seus membros, sendo também imprescindível a estabilidade e a ostentabilidade, são dignas de tutela jurídica. Deve, todavia, considerar as circunstâncias do caso concreto. Daí pode-se inserir o concubinato adúltero como merecedor de proteção, mesmo estando ainda marginalizado pelo direito positivo.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCUBINATO ADULTERINO

O concubinato é uma prática que remonta aos primórdios da evolução humana. Na antiguidade não era comum a constatação do concubinato impuro, visto que o homem que praticasse tal ato com mulheres casadas era punido com a pena de morte. No Direito Romano, por conseguinte, o concubinato passa a ter efeito jurídico a partir da *Lei Julia de Adulteriis*, que passou a garantir direitos ao concubinato, não sendo mais aplicadas as penas àqueles que praticassem tal ato. Vale salientar que o aceito pelos romanos era o concubinato puro, ou seja, baseava-se na relação estável, na qual haviam obrigações recíprocas entre os concubinos, como o dever de fidelidade.

Durante o Império o casamento entre pessoas de condições sociais distintas era considerado concubinato. De sobremaneira, foi no período de Justiniano que o concubinato passou a ser admitido, inclusive passou a constituir-se numa relação estável entre o homem e a mulher, sem distinção de posição social.

No Brasil, especificamente no período da colonização, predominava a poligamia entre os relacionamentos dos povos indígenas. De fato, existia a promiscuidade primitiva, na qual as mulheres podiam se relacionar com vários homens e vice-versa, havendo assim uma certa liberdade. Observa Londoño (1999, p.32):

A participação de portuguesas nas primeiras décadas da ocupação dos três continentes teria sido desestimulada pelo caráter militar e mercantil que marcou o início da expansão dos portugueses, pelo perigo das viagens e pelas inclemências do clima tropical.

Outros viram nesta colonização masculina a decorrência de um modelo de expansão, mais que de ocupação, o que colocaria as famílias da metrópole em segundo lugar.

Os colonizadores portugueses passaram a se relacionar com muitas mulheres, visto que aqueles viviam sem suas mulheres portuguesas. Neste sentir, a poligamia contribuiu para a povoação do território brasileiro, híbrido de índio, estrangeiros e, mais tarde, os negros. Contudo, as colônias portuguesas eram condicionadas pelas Ordenações do Reino de Portugal, que consideravam como válidos apenas os relacionamentos amorosos fundados no casamento. Deve-se observar que havia escassez de europeus no território brasileiro, tendo como consequência a hibridização da população (estrangeiros, índios, negros). O autor supracitado aduz (1999, p. 33-34):

Os portugueses teriam sentido pelas índias uma atração irresistível, que também teriam experimentado junto às mulheres de outros lugares de sua expansão marítima. Gilberto Freyre vinculou esta atração aos aguçados instintos sexuais dos portugueses, provenientes da herança moura. Hoje podemos perceber como, para justificar o comportamento dos portugueses em relação às índias, foi construído um vasto imaginário a respeito dessas mulheres de pele escura e hábitos diferentes.

Verifica-se que a população indígena despertava atração nos colonizadores. Assim sendo, os portugueses não procuravam as mulheres nativas com intenção de casamento. Visto que buscavam satisfazer suas necessidades sexuais. Isto acabou influenciando a concubinagem.

Ressalta-se que no Brasil Império, por volta de 1831, predominou o Código Criminal do Império, que tipificou a conduta de adultério e a poligamia como crime, em seus artigos 250 e 294 respectivamente. Este Código revogou o livro V das Organizações Filipinas, que definiu o concubinato adúltero. Foi a partir do Decreto nº 9.886, em 1888, que o registro civil tornou-se obrigatório para a celebração do casamento no Brasil.

No período Republicano consolidou-se o registro civil como legitimador do casamento. Assim como foi definido, no Decreto nº 181 em seu art. 82, §1º, o adultério como fundamento do pedido de divórcio. Já em 1916, com a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, as Ordenações Filipinas não mais surtiam efeitos. De sobremaneira, a família vista como ilegítima, que não advinha das “justas núpcias” não era tutelada pelo Código então vigente, sendo a concubina considerada a amante do homem casado. Assim, eram impostas certas restrições ao modo de convivência conhecidas como união livre, sem casamento, tais como: proibição de doação do cônjuge adúltero ao cúmplice do adultério, a reivindicação por parte da mulher casada dos bens comuns móveis ou imóveis transferidos pelo marido à concubina. Comunga com esse entendimento Gonçalves (2010, p. 580):

O Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Insta destacar que o Código Penal, de 1940, não alterou a conduta do adultério, que permaneceu como crime, bastando para sua configuração o descumprimento do dever de fidelidade. Constata-se que não havia distinção entre concubinato, fato este que deixou de ter relevância a partir da divisão entre concubinato puro (designado à união estável) e impuro (referente ao concubinato adúltero), definidas como uniões constituídas sem as formalidades exigidas ao casamento, cada qual com suas peculiaridades as quais serão analisadas mais adiante.

3.2 DO CONCUBINATO: PURO E IMPURO

As relações extramatrimoniais, durante longo período, não foram amparadas pelo legislador de 1916, que apenas reconhecia e protegia a família matrimonial, advinda do

casamento civil ou religioso. Este consagrado com caráter de exclusividade na formação da família protegida legalmente.

Percebe-se que houve uma omissão legislativa acerca das relações constituídas fora do casamento, sendo o matrimônio (instituído de formalidade, ato meramente solene) a única forma aceitável pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que a união estável passou a ser designada e protegida constitucionalmente, como prescreve o art. 226, § 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”.

Já o Código Civil de 2002, em seu art. 1723, reconhece a união estável com a seguinte dicção: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Verifica-se que deve existir a intenção de constituir família, na medida em que prepondera a estabilidade, a ostensibilidade e o vínculo afetivo entre os conviventes. Entretanto, relacionamentos movidos por aventuras amorosas, relações paralelas inconstantes motivadas simplesmente pela química sexual, não conduziram a formação de uma entidade familiar e muito menos não seriam capazes de gerar efeitos jurídicos.

A união estável foi enfatizada pela Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que abordou em seu art. 1º, *in verbis*:

A companheira comprovada de homem solteiro judicialmente, divorciado ou viúvo, quem com ele viva há mais de cinco anos ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na lei n. 5.468/68, enquanto não constituir nova união desde que prove a necessidade.

Parágrafo único: igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Constata-se que a lei supracitada incluiu o separado judicialmente, alterando em parte o conceito de companheiro. Segundo a lei, a expressão “companheiros” refere-se àqueles desimpedidos que convivem na qualidade de solteiros, viúvos, divorciados ou desquitados, por mais de cinco anos, ou que tenham prole. Denominava-se concubino aquele que convive com casado, separado de fato. Já a expressão “amante” indicava a lei ser aquele que convive com homem ou mulher casado, não separado de fato, mantendo assim uma relação afetiva paralela. Insta ressaltar que a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, não fez

nenhuma distinção entre companheira, concubina ou amante, utilizando-se da expressão “conviventes”, além de ter omitido o tempo mínimo de convivência (que era exigido no art. 1º da Lei 8.971/1994, com lapso temporal mínimo de cinco anos), bem como da existência de prole. Neste sentido aduz o art. 1º da Lei nº 9.278/1996: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecidos com intuito de constituição de família.” Percebe-se que ambos os dispositivos legais revelam o objetivo de constituição familiar. Oliveira (2003 *apud* GONÇALVES, 2010, p. 584), acentua:

O que não se admite, contudo, em vista dos contornos exigidos na lei para configuração de uma união estável, é a ligação adulterina de pessoa casada, simultaneamente ao casamento, sem estar separada de fato do seu cônjuge. Tem primazia, em tal situação, a família constituída pelo casamento. A outra união seria de caráter concubinário, à margem da proteção legal mais ampla que se concede à união estável. A verdade é que, afora hipóteses excepcionais, em tais casos geralmente a vivência extramatrimonial é mantida com reservas, sob certo sigilo ou clandestinidade. Falta-lhe, pois, o indispensável reconhecimento social, até mesmo pelas discriminações que cercam esse tipo de amasiamento. O mesmo se diga das uniões desleais. Isto é, de pessoa que viva em união estável e mantenha uma outra ligação, ou quem sabe, até múltiplas relações de cunho afetivo.

Insta destacar foram revogadas as leis supracitadas, a partir das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, que inseriu o título “união estável” no Livro de Família, além de incorporar os princípios básicos das aludidas leis nos artigos 1.723 a 1.727, tratando assim, dos aspectos patrimoniais e pessoais. Enquanto o art. 1.790 do Diploma Civil trata a respeito dos efeitos sucessórios. Em razão do novo texto civil, constata-se uma distinção entre duas espécies de concubinato, nas seguintes palavras de Diniz (2010, p. 394), a saber:

Será *puro* (CC, arts. 1.723 a 1.726) se se apresentar como união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em união estável ou concubinato puro: solteiros, viúvos, separados extrajudicial ou judicialmente ou de fato (em contrário, RJ, 725:322, 745:336 e 198:136, por haver óbice ao casamento) e divorciados (RT, 409:352).

Sobre o concubinato impuro, a referida autora acrescenta:

Ter-se-á concubinato *impuro* ou simplesmente *concubinato*, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. No concubinato há um panorama de

clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1.727), visto não poder ser convertido em casamento. Apresenta-se como: a) adúltero (RTJ, 38:201; JTJ, 243:186; RT, 458:224, 649:52, 743:350, 728:342, 843:250; Súmula do STF, n. 447), se se fundar no estado de cônjuge, não separado de fato, mantém, ao lado da família matrimonial, uma outra; e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes (DINIZ, 2010, p.395-396).

Considerando o Texto Constitucional, percebe-se que a expressão “concubinato puro” foi substituída por união estável, enquanto “concubinato impuro” passou a denominar apenas concubinato. Expressão esta considerada pejorativa e ainda cheia de preconceito por uma parcela da sociedade e também pelo direito positivo. Uma das características marcantes da união estável é que independe de qualquer formalidade para sua constituição, bastando preencher os requisitos elencados no art. 1.723 do Código Civil: “convivência pública, contínua e duradoura”, bem como o objetivo de constituir família. Prevê o art. 1.726, do Código Civil que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Fato este não correspondente à união concubinária, diferenciando-se assim da união estável.

Diante da dinâmica das relações sociais e consequentes transformações na sociedade, o ordenamento jurídico passou a absorver novos preceitos que acabaram definindo e diferenciando a união estável do concubinato. Aquela deixou de ser considerada apenas sociedade de fato (limitando-se à regulamentação pelo Direito das Obrigações) e passou a ser reconhecida constitucionalmente como entidade familiar.

Conquanto, a doutrina majoritária classifica a união concubinária nos seguintes tipos: o concubinato adúltero, como sendo aquele no qual há um relacionamento paralelo ao casamento entre o homem e a mulher em que um deles ou ambos sejam casados; o concubinato incestuoso ocorre quando há grau de parentesco próximo entre os concubinos, havendo assim impedimentos à relação. Classifica-se ainda, por parte de alguns doutrinadores, o chamado concubinato sancionador, configurado na “relação entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o consorte”, hipótese esta contida no artigo 1521, inciso VII, do Código Civil. Neste caso, pressupõe-se uma indignação por parte do cônjuge sobrevivente em relação ao assassino do seu consorte, entretanto, merece punição o cônjuge sobrevivente que não demonstrar nenhuma aversão ao crime.

Enfatiza-se que certos julgados decidiram que não é cabível tutela jurídica à simultaneidade de uniões estáveis, como decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

UNIÕES ESTÁVEIS. CONCOMITÂNCIA. Civil. Ações de Reconhecimento de Uniões Estáveis “post mortem”. Reconhecimento de duas uniões estáveis havidas no mesmo período. Possibilidade. Excepcionalidade. Recursos desprovidos. 1- Os elementos caracterizadores da união estável não devem ser tomados de forma rígida, porque as relações sociais e pessoais são altamente dinâmicas no tempo. 2- Regra geral: não se admite o reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes, sendo a segunda relação, constituída à margem da primeira, tida como concubinato ou, nas palavras de alguns doutrinadores, “união estável adulterina”, rechaçada pelo ordenamento jurídico. Todavia, as nuances e peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas para uma melhor adequação das normas jurídicas regentes da matéria, tendo sempre como objetivo precípua a realização da justiça e a proteção da entidade familiar- desiderato último do Direito de Família. 3- comprovado ter o “de cujus” mantido duas famílias, apresentando as respectivas companheiras como suas esposas, tendo com ambas filhos e patrimônio constituído, tudo a indicar a constituição de família, sem que uma soubesse da outra, impõe-se, excepcionalmente, o reconhecimento de ambos os relacionamentos como uniões estáveis. 4- Apelações desprovidas. (Apelação Cível nº 2006.03.1.000183-9, Primeira Turma Cível, Tribunal de Justiça do DF, Relator: Des. Nívio Geraldo Gonçalves, Julgado em 27/02/2008).

Apesar de o ordenamento jurídico pátrio estar baseado no princípio da monogamia, deve-se levar em consideração o caso concreto para que a justiça possa ser aplicada de forma adequada, não gerando injustiças aos envolvidos na relação. Se observados os requisitos indispensáveis à caracterização da união estável (convivência pública, contínua, duradoura, com intuito de constituir família), não há equívocos, na prática, quanto à possibilidade de estabelecer uniões simultâneas, e até mesmo união estável dúplice.

Há dispositivos no Diploma Civil que definem impedimentos à configuração da união estável, especificamente em seu art. 1.521. Contudo, observa-se que não há qualquer referência proibindo a constituição de uma união estável simultânea. Percebe-se, então, que a união estável, protegida constitucionalmente como entidade familiar, abarca o dever de lealdade entre os conviventes. Levando-se em consideração a ampliação do conceito de família e as mais variadas formas para sua constituição, deve-se entender que o dever de lealdade distingue-se do dever de fidelidade imposto ao casamento, não implicando aquele a exclusividade que este exige.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA

O concubinato impuro, mais precisamente o adúltero, ainda hoje é visto por meio de preconceitos sociais e preceitos conservadores, como se fosse sinônimo de negação do casamento indissolúvel. De sobremaneira, considerando as transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas na sociedade, o desenvolvimento dos paradigmas comportamentais, bem como a consagração do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o da afetividade, resta claro que a união concubinária deve ser reconhecida como entidade familiar, haja vista não poder haver tratamento desigual às entidades familiares explícitas constitucionalmente e aquelas vistas de forma implícita. É evidente que a Carta Magna assegura a liberdade de escolha nas relações afetivas. Contudo, a relação concubinária ainda é ignorada, injustamente, quanto ao reconhecimento como entidade familiar. Ressalta Dias (2004, p. 31):

O legislador se arvora o papel de guardião dos bons costumes e busca a preservação de uma moral conservadora e, muitas vezes, preconceituosa. A técnica legislativa sempre aspirou a estabelecer paradigmas comportamentais escritos por meio de normas cogentes e imperativas. Elege um modelo de família e a consagra como única forma aceitável de convívio. A postura é intimidadora e punitiva, na esperança de gerar comportamentos alinhados com os comandos legais. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro comportamental reconhecido como aceitável, nega juridicidade ao que se afasta do normatizado. Os exemplos são vários. Basta lembrar a vedação de reconhecimento dos filhos “espúrios”, a indissolubilidade do casamento, a rejeição às uniões extramatrimoniais.

Tomando como base o afeto (considerado valor jurídico), elemento formador da família, depreende-se que o concubinato adúltero configura-se como entidade familiar, merecedora de proteção do Estado. Desde que sejam observados tais requisitos: a afetividade, ostensibilidade, estabilidade e continuidade. Ora, não deve ser considerada aquela relação fugaz, movida pelo estímulo sexual, de caráter eventual, sem continuidade e comprometimento. Outrossim, sabe-se que o conceito de família ampliou-se diante das inovações trazidas pela Constituição Federal, especificamente no tocante à pluralidade das relações familiares, na medida em que devem ser protegidos todos os vínculos afetivos, e não apenas aqueles decorrentes do matrimônio.

Mister destacar que o Código Civil atribuiu proteção ao instituto do casamento e à união estável, diferenciando-os do concubinato e inserindo normas jurídicas que vedam direitos à união concubinária, a saber: proibição de doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, podendo estas ser anuladas até dois anos após dissolvida a sociedade conjugal, pelo cônjuge enganado ou por seus herdeiros necessários (art. 550); o art. 1.642, no seu inciso V, confere o direito de reivindicação por parte do cônjuge dos “bens comuns móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos”; o art. 1.801, inciso III, dispõe que o concubino de testador casado não pode ser nomeado herdeiro ou legatário.

Todavia, há julgados que comungam do entendimento de que se a separação de fato tornar-se irreversível o concubinato perde o caráter de impuro, fato este que possibilita a concubina a receber legado. Já o art. 1.521, inciso VI, do Diploma Civil, veda a conversão do concubinato em casamento, por haver impedimento legal entre os concubinos.

Deveras, no intuito de auferir tutela legal às relações constituídas fora do casamento, criou-se a Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1946, com o seguinte teor: “comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Assim, neste contexto, equipara-se o concubinato a uma sociedade de fato, aplicando-se as normas concernentes ao direito obrigacional, o qual limita os efeitos apenas ao plano econômico e patrimonial, para que se consolide o princípio de enriquecimento ilícito sem causa.

Neste sentir, deverá a concubina comprovar o esforço comum na constituição do patrimônio. No entanto, inexistindo esta comprovação e até mesmo patrimônio, aplica-se alternativamente a indenização por serviços domésticos prestados pela concubina. Assevera Pereira (2004, p. 134): “falar em indenização por serviços prestados seria o mesmo que admitir cobrar por serviços de natureza amorosa e sexual, inadmissível para Direito”.

Destaca-se o fato de que tal Súmula, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 (que passou a reconhecer a união estável como entidade familiar), ainda continuou sendo aplicada, como se a união estável fosse constituída através de uma relação meramente patrimonial.

Foi a partir da Lei nº 9.278/96 que a entidade familiar supracitada consagrou-se na seara do Direito de Família. Haja vista que tal Lei regulamentou o §3º do art. 226 do Texto Constitucional, a saber: “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”.

Frise-se que nem a fidelidade e nem a exclusividade consistem em pressupostos para o reconhecimento da união estável. Conquanto, o que deve ser considerado é o vínculo afetivo e não o caráter patrimonial.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 passou-se a distinguir a união estável do concubinato. Este ainda é havido por parcela da doutrina e jurisprudência como não merecedor de efeitos jurídicos, sendo disciplinado apenas no art. 1727 do Diploma Civil, que o definiu como sendo: “as relações não eventuais, entre homem e mulher impedidos de casar (...)”. Ressalta-se que os impedimentos para o casamento foram estabelecidos no art. 1.521, do mesmo Diploma:

Art. 1521 Não podem casar:

I-os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II-os afins em linha reta;

III-o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV-os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V-o adotado com o filho do adotante;

VI-as pessoas casadas;

VII-o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Verifica-se então que uma das hipóteses de configuração do concubinato é o concubinato adúltero, previsto no inciso VI do artigo supracitado. Deveras, é notório que o Código Civil de 2002 trouxe restrições ao concubinato, exceto no art. 1.727, que traz a definição da união concubinária.

É notório que o Texto Civil proporciona apenas garantias à união estável, estabelecendo direitos aos conviventes quando houver rescisão da relação. Pode-se dizer que a concepção defensora de que o concubinato é uma forma de sociedade de fato e não entidade familiar consiste em um entendimento tradicional e conservador, visto que as entidades familiares não explícitas na Constituição também são dignas de proteção constitucional, incluindo assim o concubinato adúltero. Fato este que acompanha a dinâmica social e a significativa evolução em relação as mais variadas formas de constituir família. Assim depreende Farias; Rosenthal (2008, p. 37):

É inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

É inegável, diante da realidade fática, que não se deve considerar de forma desigual as mais variadas formas de constituir família, atribuindo-lhes o caráter de entidade familiar, levando-se em consideração o afeto, pois este consagra-se como valor jurídico protetor dos arranjos familiares, sejam eles explícitos ou implícitos constitucionalmente. Neste sentir, o concubinato adulterino deve ser reconhecido no âmbito jurídico como entidade familiar, gozar de proteção por parte do Estado, bem como pertencer ao Direito de Família. Todavia, negar esta condição seria ir de encontro aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da afetividade.

3.4 CONCUBINATO ADULTERINO EM FACE DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

Como visto alhures, o art. 226 da Carta Magna ampliou o conceito de entidade familiar, fato este que acabou consagrando o pluralismo familiar diante da realidade social que se apresenta. Ademais, mesmo com a omissão do Diploma Civil a respeito do concubinato (dispondo apenas no art. 1.727 a sua diferenciação em relação à união estável), a solução encontrada foi recorrer aos princípios constitucionais, norteadores das relações humanas, especificamente no que diz respeito às relações familiares. Há interpretações divergentes acerca das normas e princípios vigentes, predominando ainda os moralismos conservadores, o que acaba muitas vezes gerando injustiças. Neste contexto, com o surgimento de outros arranjos familiares o instituto do casamento está perdendo o caráter monogâmico, de exclusividade, assim como de indissolubilidade. Isto mostra-se evidente desde que adveio a Lei do Divórcio, possibilitando a dissolução do vínculo matrimonial. O reconhecimento e proteção constitucional aos filhos havidos fora do casamento, bem como o advento da Lei 11.106/2005 (que descriminalizou a conduta do adultério, abolindo-o do Código Penal), contribuíram para fragilizar o princípio da monogamia.

Ademais, o Código Civil disciplina o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges (no art. 1.566) e o de lealdade entre os companheiros que vivem em união estável (art. 1.724). Assim afirma Gonçalves (2010, p. 190) afirma:

[...] O dever em apreço inspira-se na idéia da comunhão plena de vida entre os cônjuges, que resume todo o conteúdo da relação patrimonial. Impõe a exclusividade das prestações sexuais, devendo cada consorte abster-se de praticá-las com terceiros.

Partindo deste preceito, alguns doutrinadores consideram que seria ferir o princípio da monogamia manter uma relação paralela ao casamento ou à união estável, já que a fidelidade e a lealdade são considerados deveres legais absolutos. Dentre os doutrinadores que negam a proteção jurídica ao concubinato está Pereira (1995, p. 74-75), que aduz:

[...] o Direito não protege o concubinato adulterino. A amante, amásia, ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente ao vínculo de casamento, mantém uma outra relação, uma segunda ou terceira [...] ela será sempre a outra, o outro, que não tem lugar em uma sociedade monogâmica. Alguns autores preferem nomear essas relações como “concubinato impuro”, em oposição a “concubinato puro”, ou “honesto” ou aqueles em que não há impedimento legal para o estabelecimento da relação. É impossível ao Direito proteger as duas situações concomitantemente, sob pena de contradizer todo o ordenamento jurídico.

Entretanto, considerar o princípio monogâmico como sendo superior aos demais princípios constitucionais aplicáveis ao Direito é negar o principal fundamento de todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. Conquanto, defende Dias (2006, p. 51): “ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla (...)”. A doutrinadora mencionada apresenta posicionamento contrário quanto a colocação da monogamia como princípio constitucional. É salutar perceber que a monogamia não é um valor absoluto, sendo relativizado pelo preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. Os cônjuges ou companheiros estariam se beneficiando, tendo privilégios em relação ao concubino, se fosse para aplicar de forma absoluta o princípio monogâmico.

Alguns doutrinadores defendem que o descumprimento dos deveres conjugais, (salienta-se na oportunidade o dever de fidelidade recíproca), ensejaria danos morais aos consortes, ferindo a integridade moral destes, bem como comprometeria a estruturação do

núcleo familiar. Visto que o descumprimento deste dever conjugal poderá ensejar danos morais, na concepção de parte da doutrina. Partindo deste preceito, fica evidente que o princípio da monogamia tornou-se referência no Direito de Família e é assim entendido por Monteiro (2001, p.54):

Em todos os países em que predomina a civilização cristã, a família tem base estritamente monogâmica, que, no dizer de Clóvis, é o modo de união conjugal mais puro, mais conforme os fins culturais da sociedade e mais apropriado à conservação individual, tanto para os cônjuges como para a prole. A monogamia constitui a forma natural de aproximação sexual da raça humana.

Todavia, apesar de a família monogâmica ser considerada ainda a base da sociedade, constata-se que hodiernamente há outras possibilidades além da união monogâmica, mediante a ampliação do conceito de família consagrada no Texto Constitucional. De sobremaneira, com a evolução dos costumes, o desenvolvimento social mostra-se através de uma realidade na qual a união concubinária pode ser reconhecida como entidade familiar, desde que sejam atendidos os pressupostos legais da afetividade, publicidade, ostensibilidade, além de promover a dignidade, proteção e o desenvolvimento dos filhos (se constituir prole). Visto que merece a tutela do Estado as entidades familiares fixadas nos laços afetivos, e não aquelas arraigadas de formalismos. Deve-se prevalecer a ética sobre os moralismos conservadores, ensejadores de injustiças e preconceitos. Cabe ao Direito aplicar a norma mais justa, deixando o juízo de valor excludente à margem das decisões mais adequadas. Na oportunidade são esclarecedoras as palavras de Dias (2004, p.32):

O distanciamento dos parâmetros comportamentais majoritários ou socialmente aceitáveis não pode ser fonte geradora de favorecimentos. Não ver fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades: é olvidar que a Ética condiciona todo o Direito e, principalmente, o Direito de Família.

É fácil perceber que a união concubinária ainda é vista pela sociedade através de costumes conservadores e moralismo absoluto. Todavia, algumas inovações legislativas foram fundamentais para que fosse possível tutelar a união acima referida. Dentre as inovações, destacam-se a descriminalização do adultério imposta pelo Código Penal, assim como o crime de bigamia, que restou tipificado penalmente, no art. 235, no qual seu §1º assevera que:

“aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção de 1 (um) a 3 (três) anos”. A circunstância refere-se ao fato de que a pessoa casada contrai novo casamento, sendo esta a definição de bigamia. Fato este que nega o princípio monogâmico e conseqüente exclusividade do matrimônio.

4 DA POSSIBILIDADE DE TUTELA JURÍDICA ÀS RELAÇÕES PARALELAS DE AFETO AO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL

As relações paralelas ao casamento ou união estável inserem-se dentre os relacionamentos corriqueiros na sociedade. Apesar de haver repúdio social e não proteção legislativa. Considerando que o conceito de família foi ampliado a partir da Constituição Federal de 1988, na qual foram consagradas, além da família oriunda do matrimônio, aquela formada pela união estável, como também a monoparental (constituída por um dos pais com seus descendentes) e até mesmo insere-se a família substituta, esta formada pela adoção, tutela e curatela. Evidencia-se que novos modelos oriundos das relações de convívio merecem tutela jurídica e alguns Tribunais comungam neste sentido.

O modelo da família patriarcal, monogâmica, heterossexual, cuja função básica consiste na procriação, transmissão patrimonial foi se flexibilizando diante das transformações pelas quais sofreu a sociedade. Consolidaram-se, assim, novas estruturas familiares, as quais baseiam-se no vínculo afetivo e não mais no cunho econômico, patrimonial. A partir da interpretação adequada das normas e princípios constitucionais é possível haver a tutela jurídica, enquadrando o sistema jurídico na realidade. Partindo deste preceito, podem-se inserir as relações paralelas de afeto, e a sua possível tutela jurídica, de maneira que torna-se evidente a aplicação das normas de Direito de Família quando devidamente justificadas as circunstâncias do caso concreto.

4.1 RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS

O Código Civil e a Constituição Federal vigentes não contemplam direitos ao concubinato, este previsto no Diploma Civil apenas no artigo 1.727, como sendo “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. Mais especificamente, o artigo 1.521 estabelece que não podem casar as pessoas casadas, ou seja, aquelas ligadas a um matrimônio anterior e que mantêm paralelamente outro relacionamento com aparência de casamento. Muito se discute se há efeitos jurídicos decorrentes desse tipo de relação, de modo que ainda prevalece um conservadorismo exacerbado na sociedade, devido ao caráter

monogâmico das relações familiares, visão tradicional do que seria família. Esclarece Dias (2007, p. 48):

Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer a sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedade de fato. (...)

Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. (...)

Negar existência de famílias paralelas- quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis- é simplesmente não ver a realidade.

Pelo exposto acima, infere-se que houve uma equiparação do concubinato a uma sociedade de fato, isto é, visando proteger o princípio do enriquecimento ilícito, as relações concubinárias passaram a ser regidas pelo direito das obrigações, com o intuito de não criar privilégios somente aos cônjuges ou companheiros e desamparar o concubino. Neste caso, só haverá tais direitos se este agir de boa-fé, hipótese na qual o mesmo desconhece ser o varão casado. Outro fator relaciona-se ao fato de que é necessário a formação de um patrimônio em comum durante a relação concubinária. E para que ocorra a tutela jurídica é mister a comprovação de que o concubino contribuiu para a formação do patrimônio. Assim define a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, como já explicitada em linhas passadas. Constatase que não há norma que contemple direitos aos indivíduos envolvidos em relação de concubinato, ficando a cargo da jurisprudência e também da doutrina verificar cada caso concreto e assim atribuir-lhes algum efeito jurídico, seja positivo ou negativo. Defende Oliveira (1993, p.17):

No plano doutrinário e jurisprudencial, o concubinato produz classicamente dois efeitos jurídicos essenciais: positivos e negativos. Os efeitos positivos do concubinato são os que resultam em favor de quem os invoca como fator gerador de direito. Já os efeitos negativos são aqueles que extinguem ou modificam um direito já existente, ou que importam em sanções contra um ou ambos os concubinos.

Dentre os efeitos jurídicos positivos do concubinato, destaca-se a possibilidade de reconhecer filhos havidos fora do casamento, bem como direitos e deveres advindos com o poder familiar. Assim preleciona a Carta Magna, em seu art. 227, §6º: “os filhos havidos ou

não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O instituto do pátrio poder, mais precisamente poder familiar, também é um efeito positivo, o qual relaciona-se à proteção conferida aos pais perante seus filhos, exercida de forma igualitária pelos cônjuges, como preconizam os artigos 20 e 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art.20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação.

Os cônjuges foram colocados em condição de igualdade, fato que suprimiu a posição do chefe de família. Muito se discute acerca da denominação “pátrio poder”, considerada por alguns doutrinadores como inadequada, pois estaria referindo-se apenas ao poder do pai sobre os filhos, prevalecendo assim a vontade paterna. Não considerando, portanto, a igualdade entre os cônjuges, aduzida no Texto Constitucional. Tornou-se mais adequada a expressão “poder familiar”, como bem definiu o Código Civil, em seu artigo 1.631: “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.” Enfatiza-se também a isonomia entre os filhos, no que se refere ao seu reconhecimento, independente da origem, seja ela de relação matrimonial ou extramatrimonial.

Insta ressaltar que o concubinato adúltero diferencia-se da união estável pelo fato de que esta pode converter-se em casamento. Entretanto, se os requisitos caracterizadores das uniões convivenciais estiverem presentes, tais como: a continuidade, durabilidade, estabilidade, objetivo de constituir família. Não há dúvidas de que a união concubinária merece proteção do Estado e da norma legal, cabendo a vedação jurídica nos casos em que há apenas uma relação movida pela química sexual, não eventual, sem vínculo afetivo. Deveras, observa-se que há uma instabilidade jurídica no que tange aos efeitos oriundos da relação concubinária. Visto que o próprio Código Civil torna-se omissivo ao negar respaldo legal àqueles em situação de concubinato, ou melhor, ao concubinato adúltero. Insta ressaltar que a própria sociedade está atrelada a valores e moralismos conservadores, assim como alguns doutrinadores, legisladores e também a jurisprudência. Tem-se como justificativa, para a não proteção das relações extraconjugais, o princípio da monogamia, ainda arraigado no conceito de exclusividade e indissolubilidade do casamento.

4.1.1 Consequências Patrimoniais e Morais

A realidade mostra-se suficiente no sentido de que a entidade familiar tem como fundamento os vínculos de afetividade e do amor. A Carta Magna de 1988 e o Código Civil de 2002 vislumbram o conceito moderno de família, fato este que implica em consequências jurídicas e especial proteção do Estado, apesar de haver obstáculos na legislação. Visto que o Código de 1916 subdividia a família em legítima e ilegítima. Como ressalta Monteiro; Silva (2010, p. 25):

Surgiu, então, a ideia de constitucionalização do direito civil, a resultar na substituição do Código Civil de 1916 pela Constituição Federal, ou, ao menos, a servir de ponto de referência e salvaguardar da uniformidade do sistema legislativo, teoria que vinha ganhando adeptos, em face da interpenetração do direito constitucional e do direito civil, da interferência do Estado nas relações privadas e dos vários dispositivos da Constituição da República que regulam relações entre particulares.

Considerando o Estado Democrático de Direito, devem ser observados os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade. Também deve ser acatada a equiparação do concubinato adulterino como entidade familiar, levando-se em consideração o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, o que afasta a ideia de que este tipo de relação convivencial consiste numa simples sociedade comercial. Prevê a Súmula 380, do STF, que foi editada inicialmente para tratar da união estável, ser o concubinato uma sociedade de fato e não uma sociedade de afeto. Considera-se a participação econômica dos concubinos durante a vigência da relação, para que se possam gerar efeitos patrimoniais decorrentes do esforço comum. Todavia, não consiste num entendimento pacífico, pois há quem defenda a duplicidade de relacionamentos, e a possibilidade de partilha do patrimônio independente de comprovação de contribuição financeira do concubino durante a relação concubinária. Assim constata a seguinte apelação cível:

APELAÇÃO CÍVEL. 1) UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação,

deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. 2) RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. (SEGREDO DE JUSTIÇA) Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70012696068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005).

Partindo da análise jurisprudencial, verifica-se que há possibilidade de reconhecimento jurídico da união dúplice, seja ela paralela ao casamento ou à união estável. No caso supracitado, configura-se uma união estável concomitante, observados os devidos requisitos caracterizadores da união estável, previstos no art. 1.723 do CC. Devendo as uniões concomitantes serem protegidas pelo direito de família. Aos poucos, os tribunais estão deixando a concepção de que as uniões concomitantes consistem em mero concubinato impuro.

Frisa-se, por oportuno, o julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconheceu à concubina o direito à “triação”, senão veja-se:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. LEGITIMAÇÃO. PERÍODO. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. USUFRUTO. AGRAVO RETIDO Os sucessores do de cujus são os legitimados para responder ação declaratória de união estável. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento de "papel". Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO ("TRIAÇÃO") Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. DIREITO AO USUFRUTO A companheira tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo de cujus, quando da existência de filhos. Regramento com base na legislação vigente ao tempo do código de 1916, época do óbito do autor da herança. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA, VENCIDO O PRESIDENTE QUE PROVIA, EM PARTE, EM MENOR EXTENSÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70011962503, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 17/11/2005).

Em conformidade com a apelação cível acima transcrita, foi reconhecida uma união dúplice, na qual existiram casamento e união estável concomitantes. Destarte, o patrimônio comum adquirido pelo de cujus, sua esposa e pela companheira deve ser dividido entre os três, conforme o intuito jurídico da “triação”, sendo uma nova forma de partilha, relacionada

com o princípio da igualdade. No caso em tela, conferem-se vantagens a todos os envolvidos na relação, para que não haja o enriquecimento ilícito de um em prol dos demais.

Há posicionamento no sentido de que as relações paralelas a um casamento ou união estável devem ser tratadas no âmbito do Direito de Família, desde que esteja presente a boa-fé subjetiva, ou seja, se um dos concubinos não reconhece a condição de casado do seu companheiro. Assim defende Pianovski (2006, p. 213):

De outro lado a ostensibilidade é plena, estendendo-se a todos os componentes de ambas as entidades [...] e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, sem o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, pode ser viável concluir, segundo as peculiaridades que se apresentam no caso concreto à luz dos demais deveres inerentes à boa-fé, que a simultaneidade não seria desleal, não havendo violação de deveres de respeito à confiança do outro e, sobretudo, de proteção da dignidade dos componentes de ambas as famílias. A simultaneidade atenderia, assim, em tese, às pretensões de felicidade coexistencial de todos os componentes das famílias em tela.

Partindo deste preceito, havendo o reconhecimento da boa-fé, caracteriza-se uma união estável putativa. Têm-se como consequências o direito à meação, sucessão e alimentos para o concubino de boa-fé, em razão da extinção do concubinato. Entendimento este comungado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que se segue:

UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. COMPROVAÇÃO. O Fato de o de cujus não ter rompido definitivamente o relacionamento como a companheira com quem viveu longo tempo, mas com quem já não convivia diariamente, mantendo as ocultas essa sua vida aferida dupla, não afasta a possibilidade de se reconhecer em favor da segunda companheira uma união estável putativa desde que esta ignore o fato e fique comprovada a affectio maritalis e o fato ânimo do varão de constituir família com ela, sendo o relacionamento público e notório e havendo prova consistente nesse sentido. (Embargos Infringentes nº 599469202, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 12 nov. 1999).

Por sua vez, considera-se concubinato de má-fé aquela relação na qual o concubino tem conhecimento do impedimento matrimonial de um deles, ou de ambos. Não havendo, de sobremaneira, regulamentação por meio das normas do Direito de Família. Nesta situação, é pertinente o entendimento a seguir:

A tutela do direito obrigacional deve servir, por ser mais restrita, não só àqueles que, [...], denominamos de concubinato adúltero, bem como às uniões putativas, [...], já que não podem subsumir a noção de entidade familiar extramatrimonial, porque preexiste impedimento matrimonial, em sentido substancial. (CAMBI, 1999, p. 141).

O entendimento mencionado acima considera que as relações concomitantes ao casamento ou união estável devem ser reguladas pelo direito obrigacional, até mesmo em se tratando de união estável putativa. A justificativa consiste no fato de que estaria infringindo o princípio da monogamia, na medida em que haveria uma quebra do dever mútuo de fidelidade (no caso do casamento) e lealdade (se em união estável). Contudo, hodiernamente verifica-se que tal princípio está sendo relativizado, principalmente em virtude das inovações legislativas e constitucionais, bem como da consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da igualdade, que igualou os filhos legítimos e ilegítimos. Este foi um ponto pertinente para o reconhecimento das relações concomitantes, transformando, assim, a monogamia em um valor jurídico não absoluto.

Ressalta-se que, o concubinato adúltero, se revestido dos requisitos caracterizadores da união estável, merece sim tutela jurídica. Constituindo-se numa entidade familiar. Oportunas as palavras que se seguem:

[...] quando o concubinato caracteriza-se como união livre, a tendência é que, cedo ou tarde, a jurisprudência e a lei comecem a reconhecer alguns direitos dos parceiros, tendo em vista a proteção da família que dela nasce (UCHOA, 2006, p. 136).

Outrossim, a negação do vínculo familiar que se forma, seja ele paralelo ao casamento ou à união estável, estaria em desacordo com os preceitos constitucionais, especificamente no que remete ao artigo 226 da CF, que prevê a especial proteção estatal à família. Esta é de fundamental importância para o desenvolvimento psíquico-social do indivíduo. Lugar onde predomina o vínculo afetivo, a solidariedade mútua, o amor.

4.1.2 Pensão por morte: direito do concubino

A Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, prevê o direito a pensão por morte às pessoas que são dependentes do segurado. Neste diapasão, o art. 74 da referida lei assevera: “A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não [...]”.

A pensão por morte consiste num benefício da Previdência Social destinado àqueles que figuram como dependentes do segurado falecido. Este deve estar filiado ao Regime Geral de Previdência Social. Afirma Martinez (1998, p. 102):

A pensão por morte é prestação dos dependentes necessitados de meios de subsistência, substituidora dos seus salários, de pagamento continuado, reeditável e acumulável com aposentadoria.
Sua razão de ser é ficar sem condições de existência quem dependia do segurado.
Não deriva de contribuições aportadas, mas dessa situação de fato, admitida presuntivamente pela lei.

Pode-se inferir que o sistema previdenciário tem caráter contributivo e assistencialista. É um meio de subsistência e manutenção do indivíduo que vivia em situação de dependência econômica e que ficou desamparado economicamente após a morte do segurado.

O rol de dependentes previdenciários está definido no art. 16 da legislação previdenciária, assim sendo:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguinte.

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Observa-se que o cônjuge, a companheira ou companheiro e o filho não emancipado menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, desde que comprovada a invalidez quando anterior a data do falecimento do de cujus, estão inseridos na primeira classe de dependentes. Na segunda classe configuram-se os pais. E na terceira, o irmão não emancipado ou inválido, sob dependência econômica do segurado. Visto que depreende-se do §4º que deve ser comprovada a dependência econômica daqueles estabelecidos na segunda e terceira classes.

Impende destacar o que reza o art. 26, inciso I, da legislação previdenciária. No sentido de que independe de carência a concessão da prestação de pensão por morte, isto é, não requer um lapso temporal mínimo de contribuição, sendo apenas necessária a comprovação (por parte do dependente) da qualidade de segurado do falecido. Não importando, desse modo, ser o dependente filiado à Previdência.

O §2º da referida lei equipara o enteado e o menor tutelado a filho, desde que haja declaração do segurado neste sentido. Já o §3º estabelece que a companheira ou companheiro que mantinha união estável com o segurado ou segurada, nas formas do art. 226 da CF/88, também são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

Vale mencionar que a morte presumida poderá ensejar a concessão da pensão por morte. Em consonância com o art. 78, caput, e parágrafos seguintes, da Lei nº 8.213/91:

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Assim, a pensão extingue-se para os dependentes, se houver o reaparecimento do segurado. Não estando aqueles obrigados a repor os valores percebidos, desde que estejam de

boa-fé. Outras hipóteses de extinção do benefício da pensão por morte estão expressas no art. 77, e parágrafos seguintes, a saber:

Art.77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A parte individual da pensão extingue-se: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

I - pela morte do pensionista; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

III - para o pensionista inválido pela cessação da invalidez e para o pensionista com deficiência intelectual ou mental, pelo levantamento da interdição. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

Constata-se que a legislação previdenciária, mencionada em linhas passadas, não define o concubino sobrevivente dentre os dependentes do benefício previdenciário. Destarte, a Constituição Federal prevê, em seu art. 201, inciso V:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

É de salutar relevância observar que o concubino também mantém relação de companheirismo com o segurado e, por conseguinte, configura-se como companheiro. Assim sendo, não raras vezes, há uma relação de dependência econômica. E dentre as pessoas passíveis de figurar como dependente do segurado está a companheira ou companheiro, como bem aduz o art. 16, em seu §3º, explicitado alhures. De acordo com a interpretação do dispositivo, resta claro que quem não pode ser casado é o companheiro ou companheira e não o segurado.

Ademais, o art. 5º da CF/88 garante que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Sendo assim, as relações concubinárias adulterinas não estão excluídas da proteção constitucional. Esta tem o escopo de tutelar a entidade familiar constituída no vínculo afetivo, na durabilidade e ostensibilidade. Ora, o Texto Constitucional vislumbra normas de caráter meramente exemplificativo, não excluindo a possibilidade de o concubinato adulterino ser considerado um núcleo familiar. Não se defendendo, de sobremaneira, aquela relação amorosa efêmera, descompromissada.

No âmbito do Direito Previdenciário, é justo conceder o direito a pensão por morte ao concubino sobrevivente, em razão da extinção do concubinato. Deve-se levar em consideração a dependência econômica, para que o caráter assistencialista do benefício se concretize. Reclama o art. 203, caput, da Carta Magna: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...]”. Assim, o caráter protetivo da Previdência Social visa dar assistência àquele que fica desamparado em decorrência da morte do segurado. No caso do concubino, este deve comprovar sua dependência econômica em relação ao segurado falecido, já que não é presumida, de acordo com o §4º da lei previdenciária.

Cabe ressaltar que, se houver mais de um titular à pensão, o seu valor será dividido em partes iguais, como assegura o art. 77, caput, da lei acima mencionada: “A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais”. Neste contexto, é admissível o rateio da pensão por morte entre a esposa e a concubina, como já defendia a Súmula 159 (promulgada antes da Constituição Federal de 1988), do extinto Tribunal Federal de Recursos: “é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, desde que sejam atendidos os requisitos exigidos”. Em conformidade com este entendimento o Tribunal Regional Federal, da 2ª Região assegura:

PENSÃO POR MORTE – RATEIO. A existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável. Nossa sociedade se pauta nos princípios da monogamia, fidelidade e lealdade, que se encontram não apenas na ética ou na moral, mas que são imposições legais de nosso ordenamento jurídico. Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo para que se divida, em definitivo, a pensão de morte entre a viúva e a concubina; pesando as circunstâncias fáticas e as de direito, concludo, com base na equidade, no livre convencimento e no princípio da igualdade material, pelo rateio da pensão no percentual de 70% para a esposa e 30% para a concubina. (TRF-2ª Região – AI 2005.51.01.516495-7 – 2ª Turma Especial – Rel. Des. Messod Azulay Neto - Publ. em 30-8-2007)

Frisa-se que as circunstâncias do caso em tela foram reconhecidas, haja vista ter sido comprovada a relação de dependência econômica da concubina em relação ao de cujus. O relacionamento de ambos assemelhava-se a uma união estável, fato este que possibilita a divisão do benefício entre a esposa e a concubina. O relator do processo, desembargador Messod Azulay, fundamentou sua decisão relacionando-a ao caráter assistencialista do direito previdenciário, visto que busca-se garantir um meio de subsistência aos sujeitos envolvidos na relação simultânea. Deste modo, evita-se prejudicar uma parte em detrimento da outra, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outra situação demonstra a inserção do concubinato adulterino no rol de proteção previdenciária, mesmo não sendo definido de forma explícita na lei. Segue a apelação cível, decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENSÃO POR MORTE- (...) DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA - CONCUBINATO IMPURO. (...) Conforme orientações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que fazem emergir a isonomia entre o casamento e a união estável, é de se reconhecer os efeitos que gera o concubinato, ainda que impuro, no âmbito previdenciário, devendo a pensão ser rateada entre a esposa, a concubina e os demais dependentes. (TRF-4ª Região - Ap. Civ. 2000.72.05.003747-5/SC - Turma Suplementar - Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira - Publ. em 3-4-2007)

Depreende-se que o julgado mencionado acima baseou-se nos preceitos constitucionais, especificamente no princípio da igualdade. Conforme define o art. 226, da CF, a família deve ter especial proteção do Estado. De fato, considera-se o concubinato como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, se estiverem presentes os pressupostos da estabilidade, ostensibilidade, afetividade.

Apesar de haver julgados no sentido de conceder direito a pensão por morte, ainda há um impasse entre as jurisprudências dos tribunais. Neste sentir, há decisões que concedem direitos apenas para a esposa, a saber:

UNIÃO ESTÁVEL - CONCUBINATO ADULTERINO - PENSÃO POST MORTEM. (...) Ademais, não se pode olvidar de que o concubinato em questão foi uma relação paralela à constância do casamento do de cujus que, assim, se manteve com a esposa e, concomitantemente, com a concubina. Trata-se de caso de concubinato adulterino, não classificável como aquela união estável constitucionalmente considerada entidade familiar para efeito de proteção do Estado, pelo que sua dissolução não gera o direito reclamado, além do que, a prevalecer a r. sentença hostilizada, seria o mesmo que atribuir ao finado a condição de bigamo, situação repudiada e classificada como crime na lei penal vigente, força é convir que também de bigamia não

se poderia cogitar, à falta de consórcio entre o finado e a apelada, considerando-se a impossibilidade de subsistência simultânea de dois assentos de casamento, o que jamais ocorreu. Assim, reconhecida a improcedência do pedido da autora, e tal, em face do exame do mérito procedido, como exaustivamente comentado, pois, como o finado nunca desfez sua relação conjugal legítima, não há como, senão, impor-se ipso facto o decreto de improcedência do pedido. (...) Resulta impossível a concessão do benefício previdenciário à apelada, pois, igualmente, não se lhe podendo reconhecer a bigamia, à falta de dois assentos de casamento, também não se poderá reconhecer a bigamia de fato, dada a inexistência de qualquer amparo legal à pretensão da apelada. E a jurisprudência não iria reconhecê-la, sob pena de, fazendo-o, proclamar-se legítimas a imoralidade e o parasitismo. (TJ-SP - Ap. Cív. 363.840-4/6-00 – Acórdão COAD 113113 – 4ª Câm. de Direito Privado – Rel. Des. Munhoz Soares – Julg. em 9-12-2004)

O julgado ora transcrito, demonstra veementemente o conservadorismo moralista, no que condiz ao concubinato, que ainda é alvo de preconceitos. Infere-se que o concubinato adúlterino não foi equiparado a uma união estável, nem foi reconhecido como entidade familiar. A relação paralela ao casamento não foi tutelada para efeito de proteção do Estado.

Contudo, deve-se considerar que a monogamia deixou de ser um preceito absoluto, na medida em que se consagrou como princípio constitucional basilar a dignidade da pessoa humana. A partir da Constituição de 1988, ampliou-se o conceito de família, não sendo mais o casamento a única forma de constituição familiar. Aos poucos, o matrimônio vai deixando de ser visto sob o âmbito da indissolubilidade e da exclusividade. E, assim, consagra-se o pluralismo das relações familiares, que reconhece a possibilidade de novos arranjos familiares, merecedores de proteção estatal. Condizente com o que foi dito, Dias (2011, p. 61) afirma:

Pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um ou, pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel [...].

Comungando deste entendimento, infere-se que, negar tutela jurídica à família constituída a partir do concubinato seria atribuir vantagem ao varão que mantém uma relação paralela. Haja vista que o concubino não pode ficar desamparado pelo fato de que a sociedade ainda está movida por preceitos morais conservadores. Na verdade, o judiciário deve

acompanhar os avanços da sociedade, regulamentando-a com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da afetividade.

5 CONCLUSÃO

Mediante o exposto neste trabalho monográfico, constatou-se que o conceito de família foi ampliado, em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou a possibilidade de formação de novos arranjos familiares, além do casamento. Este, antes considerado como união indissolúvel entre o homem e a mulher, cuja finalidade consistia na formação e transmissão do patrimônio, bem como a procriação. Sendo, assim, o único legitimador da entidade familiar. Consolidou-se no Texto Constitucional a união estável e a família monoparental, titulares de especial proteção do Estado.

A família passou a ser uma relação humana baseada no afeto. Núcleo no qual busca-se a realização e o desenvolvimento humano, a partir da solidariedade, comprometimento mútuo, vínculo afetivo. Instituiu-se o modelo familiar eudemonista, baseado na busca pela realização plena do indivíduo. Neste sentir, durante o presente estudo, verificou-se que a Carta Magna, em seu art. 226, não consiste em uma norma geral de exclusão no que concerne a outras formações familiares. Igualmente, observou-se que há entidades familiares implícitas, merecedoras de especial proteção estatal. Na medida em que predomina o pluralismo familiar previsto constitucionalmente.

A ideia de que a família só se constitui através do casamento deixou de ser um conceito absoluto. Hodiernamente, consagra-se como um valor jurídico o afeto, fundamento comum que possibilita inserir a relação como sendo entidade familiar. A partir da interpretação adequada das normas e princípios constitucionais é possível haver a tutela jurídica, enquadrando o sistema jurídico à realidade. É a constitucionalização do Direito Civil. Sendo assim, as relações convivenciais nas quais predomina o afeto, a ostensibilidade, além do intuito de constituir família, enquadram-se como entidades familiares e merecem sim especial proteção do Estado. Inserem-se, com isto, as relações paralelas de afeto ao casamento ou união estável, mais especificamente o concubinato adulterino. Ora, não houve pretensão alguma de proteger aqueles relacionamentos esporádicos, movidos pela química sexual, sem nenhum vínculo afetivo.

Constatou-se que o concubinato de boa-fé subjetiva garante direitos ao concubino, isto é, aquele relacionamento no qual este ignora o status de casado do cônjuge varão, desconhecendo estar vivendo uma relação simultânea. Pelo fato de que a putatividade equipara tal situação a uma união estável. Com isto, é garantida ao concubino a partilha igualitária dos bens adquiridos durante a constância da relação concubinária, pois tem-se

como pressuposto o fato de ter havido uma contribuição para o patrimônio adquirido. Além do mais, havendo a extinção do concubinato, no caso de morte do segurado, cabe ao concubino sobrevivente direito ao benefício previdenciário, no que concerne a pensão por morte. Inclusive, alguns tribunais instituíram a “triação” como forma de garantir a divisão do benefício entre a concubina e a esposa. Levando-se em consideração o caráter protetivo do Direito Previdenciário, que visa dar assistência aos que figuram como dependentes econômicos do segurado.

Durante a pesquisa, verificou-se que há divergências doutrinárias acerca da atribuição de tutela jurídica às uniões dúplices. A corrente majoritária considera que, conceder efeitos jurídicos ao concubinato, bem como equipara-lo à entidade familiar, estaria afrontando o princípio da monogamia. Entretanto, apesar de haver posicionamentos arraigados a valores morais e costumes conservadores, o judiciário já vem reconhecendo a tutela jurídica às relações paralelas. O fundamento principal, para tanto, consiste na valorização do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, que acaba por relativizar o preceito monogâmico, visto que este não está explicitamente previsto no Texto Constitucional. Frisa-se, por oportuno, a ideologia do afeto como articuladora das relações familiares contemporâneas.

O fato é que o princípio da monogamia não pode constituir o fundamento que descaracteriza as uniões simultâneas como entidade familiar e a conseqüente tutela jurídica. É com fulcro nos seguintes motivos que se justifica esse fato, quais sejam: a instituição do divórcio (como possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial); a igualdade entre os filhos (através do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento); a descriminalização do adultério, além da consagração do princípio da afetividade.

O Estado não deve possibilitar o tratamento desigual a qualquer forma de entidade familiar arraigada no afeto. Há de se observar, como dito em linhas passadas, que o Texto Constitucional não vislumbrou norma geral de exclusão em relação a formação de entidade familiar. Podem e devem ser inseridas formas implícitas, diante da realidade social que se apresenta, não devendo o direito deixar-se influenciar por discussões morais e preconceitos ainda arraigados na sociedade.

Ademais, o art. 5º da CF/88 garante que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Sendo assim, as relações concubinárias adulterinas não estão excluídas da proteção constitucional.

Restou claro que os princípios constitucionais, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da igualdade estão sendo aplicados nas decisões de alguns tribunais, para dar efetividade e proteção ao núcleo familiar. Desta feita, as normas devem ser

aplicadas de forma justa à realidade fática. Sendo assim, violam tais princípios as interpretações que vão de encontro à tutela jurídica de entidades familiares não previstas expressamente na Constituição Federal. E quando esta refere-se a família, deve ser considerado qualquer tipo de arranjo familiar, merecedor de especial proteção estatal, assim definido também constitucionalmente.

É imperioso evidenciar que as normas norteadoras das relações concubinárias estão inseridas no Direito de Família e não no Direito Obrigacional. Visto que a Súmula 380 do STF é, de certa forma, ensejadora de desvantagens. Na medida em que define o concubinato como uma mera sociedade de fato, não levando-se como fundamento maior o já considerado valor jurídico: o afeto.

Diante da problemática que envolveu este trabalho monográfico, envolvendo a questão da possibilidade de inserção das uniões paralelas como entidade familiar, chegou-se ao entendimento de que tais relações, aquelas não inseridas de formalismo (como no instituto do casamento), mas baseadas no amor e na busca pela felicidade plena que envolve seus membros, merecem sim tutela jurídica. Desde que justificadas as circunstâncias do caso concreto. Portanto, deve o Direito acompanhar a evolução da sociedade, buscando aplicar a norma mais justa, fonte geradora de justiça e garantidora da dignidade da pessoa humana. O fato é que, a doutrina e a jurisprudência devem enfrentar a matéria, fazendo com que as relações paralelas de afeto sejam efetivamente reconhecidas e tuteladas no mundo jurídico. Desse modo, o presente estudo contribuiu para mitigar a concepção ainda existente na sociedade, que repudia a existência de famílias simultâneas. Devendo ser despertada uma maturidade jurídica, capaz de atender aos anseios da sociedade, mediante um processo de adaptação e superação de tabus.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **Jus Navigandi**, Teresina, nov., 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>> Acesso em: 09 mai. 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito da Família**, Porto Alegre, v. 4, n.14, p. 09, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 02 de out. de 2011.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 de set. de 2011.

_____. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 02 de out. de 2011.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 26 de setembro de 2011.

_____. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e á sucessão. Disponível : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm> Acesso em: 03 de out. de 2011.

_____. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm> Acesso em: 03 de out. de 2011.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação Cível 2003.72.08.011683-4/SC, Relator: Vânia Hack de Almeida. Órgão julgador: Terceira Turma Especial. Data julgamento: 11 abr.2007. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/33430> > Acesso em: 02 out. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação Cível 2000.72.05.003747-5/SC, Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Órgão julgador: Turma Suplementar. Data do julgamento: 03 abr.2007. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/33430> > Acesso em: 02 out. 2011.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação da família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 4 v. p. 141.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2009. 2 v.

CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: Anais do IV Congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. 5 v.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã: diálogo**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto: repensando o direito de família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999, p.88.

_____. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Família, ética e afeto. **Revista Consulex**, Brasília, DF, ano 8, n.174, p. 31-32, abr. 2004.

_____. **Manual de Direito das famílias**. 3. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Direito das famílias**: 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2006.03.1.000183-9**, da 1ª Turma Cível. Rel. Nívio Geraldo Gonçalves. Julgado em: 27 fev. 2008. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/juris/juris_cons3.asp>. Acesso em: 02 out. 2011.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direito da (o) amante: na teoria e na prática (dos tribunais). **Jus Navigandi**, [S.l.], jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11500>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 6 v.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. 1 v.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A família monoparental como entidade familiar: direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 2 v.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira do Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 12, jan./ mar. 2002.

LONDOÑO, Fernando Torres. **A outra família: concubinato, igreja e escândalo na colônia**. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____; SILVA, Regina Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 6 v.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 5 v.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **O Concubinato e a constituição atual: doutrina e jurisprudência**. 3 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 18 set. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família** 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e Monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade Humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 599469202**, da 4ª Câmara Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 12 nov. 1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 03 de out. 2011.

_____. **Apelação Cível nº 70012696068**, da 8ª Câmara Cível. Rel. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 06 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/buscaAvancadaJurisprudencia.jsp?tb=jurisnova>>. Acesso em: 30 set. 2011.

_____. **Apelação Cível nº 70011962503**, da 8ª Câmara Cível. Rel. Rui Portanova. Julgado em: 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Paulo Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 6 v.

WALD, Arnaldo. **Direito de família**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.