

**LUCIANE GREGIO SOARES LINJARDI**

**Desafios da ciência jurídica no século XXI:  
o que é família?**

**Tese de Doutorado**

**Orientadora:**

**Professora Associada Doutora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2021**

**LUCIANE GREGIO SOARES LINJARDI**

**Desafios da ciência jurídica no século XXI:  
o que é família?**

Versão corrigida

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito na área de Direito do Estado, sob a orientação da Professora Associada Doutora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2021**

Eu, Luciane Gregio Soares Linjardi, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Assinatura:

---

Data: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Linjardi, Luciane Gregio Soares  
Desafios da ciência jurídica no século XXI: o que é família? ; Luciane Gregio Soares Linjardi ; orientadora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux -- São Paulo, 2021.  
186 f.  
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito civil-constitucional. 2. Função social da família. 3. Família do século XXI. 4. Família democrática. 5. Famílias paralelas. I. Boiteux, Elza Antonia Pereira Cunha, orient. II. Título

---

Nome: Luciane Gregio Soares Linjardi.

Título: Desafios da ciência jurídica no século XXI: o que é família?

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

### Banca Examinadora

Professora Orientadora: Professora Associada Doutora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux.

Instituição: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor: Professor Doutor Alessandro Hirata.

Instituição: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Brasil.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora: Professora Doutora Ana Paula Martins do Amaral

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora: Professor Doutor André Lucenti Estevam

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora: Professora Doutora Laura Souza Lima e Brito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora: Professora Doutora Maria Cristina De Cicco

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de Camerino, Itália.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

À minha Família,  
porque é sempre *por* e *para* ela.

“L’amore familiare è fecondo, e non soltanto perché genera nuove vite, ma perché amplia l’orizzonte dell’esistenza, genera un mondo nuovo; ci fa credere, contro ogni scoraggiamento e disfattismo, che una convivenza basata sul rispetto e la fiducia è possibile. Di fronte a una visione materialista del mondo, la famiglia non riduce l’uomo allo sterile utilitarismo, ma offre un canale per la realizzazione dei suoi desideri più profondi.”

Papa Francisco  
*L'Osservatore Romano*, n. 179, 7 ago. 2014.

## RESUMO

LINJARDI, Luciane Gregio Soares. *Desafios da ciência jurídica no século XXI: o que é família?* 187 f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O escrito constitucional não admitiu parâmetros apriorísticos e discriminatórios do que possa ser considerado entidade familiar. Segundo o ordenamento jurídico, não existe categorização das famílias. Sem hierarquia e elenco predefinido, o novo paradigma constitucional não pretere qualquer experiência familiar. Todavia, em face de renitentes regras jurídicas e de dogmas arraigados, orientadores da sociedade no século passado, repetidamente, o Estado-Juiz decide pela inexistência jurídica de relacionamentos dessemelhantes aos da tradição. Na pauta das situações problemáticas, uma amostra seria o paralelismo. Recentemente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal prolatou, por maioria de votos, a impossibilidade de reconhecimento de uniões concomitantes para fins de rateio de pensão por morte em recurso com repercussão geral reconhecida. De fato, existe certa imprecisão sobre o que efetivamente configura uma entidade familiar na atualidade, predominando o dissenso doutrinário e a volubilidade de posicionamentos da jurisdição acerca da legitimidade dos modelos heterogêneos. Nesse sentir, refletir sobre o que é família na contemporaneidade é um desafio a ser superado pela ciência jurídica, o que se propôs a estudar, neste trabalho, sob a perspectiva da função social da família e sob as premissas da democratização familiar, com apontamento ao valor ético-jurídico da igualdade, ante a necessidade de efetivação fática da simetria de gênero nas conjugalidades. Para tanto, a pesquisa analisou os domínios teóricos e doutrinários com base em revisão bibliográfica com o intuito de identificar os suportes conceituais, compreender as teses por intermédio da *expertise* dos estudiosos e adversar as concepções teóricas aos entendimentos aplicados *in casu* nas relações familiares. Considerando a participação da atividade jurisdicional na conformação do direito de família, optou-se por combinar à pesquisa teórica uma perspectiva prática, norteado pelo método de análise jurisprudencial, que examinou os argumentos lançados pelos julgadores nas decisões sobre as famílias paralelas. No desenvolvimento, a trajetória de renovação do direito civil subsumido à legalidade constitucional e os novos paradigmas da Constituição Federal de 1988 reorganizaram a família sob o ponto de vista de sua funcionalidade. Assentada sobre novas bases axiológicas e jurídicas, a entidade familiar volveu-se a promover o desenvolvimento das personalidades de seus componentes sobre os valores democráticos, propiciando que cada qual concretize seus projetos pessoais, todavia consciente da responsabilidade recíproca e da necessidade de integrar à sociedade cidadãos lúcidos de que não há direitos sem deveres, nem espaço para as desigualdades. A reflexão sobre a harmonização entre os princípios da liberdade, igualdade e solidariedade, consectários da dignidade humana, para além de tornar o lar um espaço de diálogo e respeito, oferece um parâmetro para legitimar todo e qualquer modelo de relacionamento afetivo, desde que concebido segundo as enunciações de uma entidade familiar democrática.

**Palavras-chave:** Direito civil-constitucional. Função social da família. Família do século XXI. Família democrática. Famílias paralelas.

## ABSTRACT

LINJARDI, Luciane Gregio Soares. *Challenges of legal science in the 21st century: what is family?* 187 f. Doctoral Thesis – School of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

The constitutional document did not admit *a priori* and discriminatory parameters of what can be considered a family entity. According to the legal system, there is no categorization of families. Without predefined hierarchy and catalogue, the new constitutional paradigm does not disregard any family experience. However, in the face of strenuous legal rules and ingrained dogmas, and guiding society in the past century, the Judge-State has repeatedly decided for the legal inexistence of relationships dissimilar to those of tradition. On the agenda of problematic situations, a sample would be the parallelism. Recently, the plenary of the Supreme Federal Court has ruled, by majority vote, that it was impossible to recognize concurrent unions for the purpose of apportioning the pension for death on appeal with recognized general repercussion. In fact, there is a certain inaccuracy as to what effectively configures a family entity today, with doctrinal dissent and the volatility of the jurisdiction's positions on the legitimacy of heterogeneous models prevailing. In a sense, reflecting on what family is nowadays is a challenge to be overcome by legal science. This work addresses the theme from the perspective of the social function of the family and on the premise of family democratization, pointing to the ethical-legal value of equality, given the need for the factual implementation of gender symmetry in conjugal relationships. To this end, the research analyzed the theoretical and doctrinal domains through the bibliographic review in order to identify the conceptual support, understand the theses by means of the scholars' expertise and oppose the theoretical conceptions to the understandings applied *in casu* in family relationships. Considering the participation of the jurisdictional activity in the conformation of family law, it was decided to combine theoretical research with a practical perspective, through the method of jurisprudential analysis, that examined the arguments launched by the judges in the decisions about parallel families. In development, the trajectory of renewal of civil law subsumed under constitutional legality and the new paradigms of the 1988 Federal Constitution have reorganized the family from the point of view of its functionality. Based on new axiological and legal bases, the family entity has turned to promoting the development of the personalities of its members on democratic values, allowing each one to fulfil their personal projects, however aware of the reciprocal responsibility and the need to integrate, to society, citizens conscious that there are no rights without duties, nor space for inequalities. The reflection on the harmonization between the principles of freedom, equality and solidarity, as a result of human dignity, in addition to making home a space for dialogue and respect, offers a parameter to legitimize any and all models of affective relationships, as long as conceived according to the statements of a democratic family entity.

**Keywords:** Civil-constitutional law. Social function of the family. 21st century family. Democratic family. Parallel families.



## RIASSUNTO

LINJARDI, Luciane Gregio Soares. *Sfide della scienza giuridica nel XXI secolo: cos'è la famiglia?* 187 f. Tesi di Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza, Università di Sao Paulo, São Paulo, 2021.

Lo scritto costituzionale non ha ammesso parametri a priori e discriminatori per ciò che possa essere considerato entità familiare. Secondo l'ordinamento giuridico, non esiste categorizzazione delle famiglie. Senza la gerarchia predefinita, il nuovo paradigma costituzionale non esclude nessuna esperienza familiare. Tuttavia, davanti a riluttanti regole giuridiche e dogmi radicati, consulenti della società nello scorso secolo, ripetutamente, il giudice decide l'inesistenza giuridica dei rapporti dissimili dalla tradizione. Nel programma delle situazioni problematiche, un esempio sarebbe il parallelismo. Di recente, il pieno della Corte Costituzionale ha proferito, con la maggioranza dei voti, l'impossibilità di riconoscimento delle unioni concomitanti a scopo di condividere la pensione di morte in ricorso con Ripercussione Generale riconosciuta. Infatti, esiste una certa imprecisione su quello che effettivamente rappresenta un'entità familiare al giorno d'oggi, prevalendo il dissenso dottrinale e la volubilità dei posizionamenti della giurisdizione a proposito della legittimità dei modelli eterogenei. Dunque, riflettere su ciò che è famiglia oggi riguarda una sfida che deve essere superata dalla scienza giuridica, che è appunto, a quello che si propone lo studio, in questa tesi, sotto la prospettiva della funzione sociale della famiglia e sotto le premesse della democratizzazione familiare, con nota al valore etico e giuridico dell'uguaglianza, davanti alla necessità di esecuzione fattuale della simetria di genere nelle coniugalità. Perciò, la ricerca ha verificato i domini teorici e dottrinali attraverso la revisione bibliografica a scopo di identificare i supporti concettuali, comprendere le tesi attraverso l'*expertise* degli studiosi e opporre le concezioni teoriche alla comprensione applicata *in casu* nei rapporti familiari. Considerando la partecipazione dell'attività giurisdizionale nella conformazione del diritto familiare, si è scelto combinare la ricerca teorica alla prospettiva pratica, attraverso il metodo di analisi giurisprudenziale, che ha esaminato gli argomenti proposti dai giudicanti nelle decisioni sulle famiglie parallele. Nello sviluppo, la traiettoria di ristrutturazione del diritto civile sussunto alla legalità costituzionale, e i nuovi paradigmi della Costituzione Federale del 1988 hanno riorganizzato la famiglia dal punto di vista della sua funzionalità. Fondata su nuove basi assiologiche e giuridiche, l'entità familiare si è rivolta a promuovere lo sviluppo della personalità dei suoi componenti sui valori democratici, promuovendo ognuno a concretizzare i suoi progetti personali, tuttavia coscienti della responsabilità reciproca e della necessità di integrare nella società, cittadini consapevoli che non esistono diritti senza doveri e che non c'è spazio per la disuguaglianza. La riflessione sull'armonizzazione fra principi di libertà, uguaglianza e solidarietà, conseguenza della dignità umana, oltre a far diventare la casa uno spazio di dialogo e rispetto, offre un parametro per legittimare qualsiasi modello di rapporto affettivo, basta essere concepito secondo le enunciazioni di un'entità familiare democratica.

**Parole chiave:** Diritto civile costituzionale. Funzione sociale della famiglia. Famiglia del XXI secolo. Famiglia democratica. Famiglie parallele.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADFAS	Associação de Direito de Família e Sucessões
ADO	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
CC	Código Civil
CEDAW	Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
MI	Mandado de injunção
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de emenda constitucional
PL	Projeto de lei
PLS	Projeto de lei do Senado
PODE	Partido Político Podemos
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
1. O CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO .....	17
1.1 A tradição e a ciência do direito.....	17
1.2 A renovação do conceito de família e a ciência do direito .....	25
1.3 Os valores normativos constitucionais.....	33
1.4 A constitucionalização do direito civil.....	41
2. O PODER JUDICIÁRIO E A REORGANIZAÇÃO DA FAMÍLIA.....	50
2.1 O ato de julgar.....	50
2.2 As relações de conjugalidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	57
2.3 Os desafios da ciência jurídica para estabelecer <i>o que, quantos, quem</i> ou <i>como</i> , em face da função social da família .....	66
2.4 Os princípios e valores fundantes da família funcionalizada.....	76
3. DESAFIOS PARA A CIÊNCIA JURÍDICA DO SÉCULO XXI.....	84
3.1 Novas famílias ou antigas relações concubinárias? .....	84
3.2 Argumentos jurídicos <i>favoráveis</i> à legitimidade familiar das relações paralelas .....	92
3.3 Argumentos jurídicos <i>contrários</i> à legitimidade familiar das relações paralelas ....	100
3.4 Projeto de vida conjugal a três? .....	109
4. A FAMÍLIA DO SÉCULO XXI SOBRE NOVOS PILARES ÉTICO-JURÍDICOS ...	119
4.1 A liberdade e a autonomia.....	119
4.2 A igualdade e a solidariedade no direito de família.....	127
4.3 A família democrática .....	138
4.4 As entidades familiares no século XXI.....	147
CONCLUSÃO .....	157
REFERÊNCIAS.....	165
APÊNDICE – Considerações sobre as escolhas metodológicas .....	183

## INTRODUÇÃO

Dentre os muitos desafios da ciência jurídica no século XXI, um domínio exige esforço diferenciado do jurista. Tão presente quanto possa ser, acompanha a história da humanidade desde o nascimento até a finitude de cada ser humano: a família.

Ainda assim, há pertinência na interrogação apresentada no título deste trabalho.

Afinal, para a ciência jurídica do século XXI, o que é família?

Sua história carrega marcas paradoxais, representando tanto tendência e resistência; tradicionalismo e modernidade; patrimonialismo e afetividade; subordinação e liberdade; desigualdade e igualdade; individualismo e solidariedade, dentre outras características, que não se vinculam a certos e determinados períodos de tempo.

Além de propriedades antagônicas, o direito de família interage com os sentimentos humanos. No cume, o amor, tanto que a afetividade se tornou um princípio jurídico. Dele nascem os vínculos de conjugalidade, as relações de parentalidade socioafetivas e decorrem a assistência mútua, o respeito e o cuidado. São estabelecidas variadas relações afetivas, geradoras de responsabilidades ético-jurídicas de parte a parte.

Acerca da compatibilidade, ou não, das palavras *direito* e *amor*, Stefano Rodotà, quando do início da análise sobre o *Diritto d'amore*, assentou que o direito habitualmente tem se colocado contra o amor, subjugando-o, em face do receio de que desoprimi-lo poderia romper com a ordem social<sup>1</sup>.

Ora, enfim, a ciência jurídica tem habilidade para lidar com questões concernentes à subjetividade e à complexidade dos seres humanos?

O direito de família é marcado por uma série de mudanças nas legislações em face da necessidade de ajustes dos sistemas jurídicos de parentescos e de conjugalidades às constantes renovações comportamentais. Novos valores, novos hábitos, novas conjunturas sociais, novos entendimentos jurisdicionais e novos regramentos legais.

A maior valorização dos sentimentos e a incondicional busca pela felicidade renovaram a ideia de vida em comum, posto que, sendo as famílias hodiernas “regidas” pelas regras do coração, de quando em quando inconciliáveis com o direito posto, incorporou imprecisão acerca dos efeitos jurídicos.

A intensidade com que o direito de família vem sendo afetado por essa exorbitância da realidade é tamanha que tem provocado importantes rupturas nos padrões historicamente

---

<sup>1</sup> RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 9.

sedimentados, conforme se verifica na sumária amostra. De forma ilustrativa: a inexigência da diversidade sexual nas uniões; a possibilidade de indenização pela negligência com o dever afetivo, sem exclusão dos idosos; a ruptura com a hegemonia da consanguinidade na filiação; a possibilidade de registro de multiparentes no assento de nascimento, rompendo o limite binário e o critério consanguíneo; a evolução da doutrina de gênero, que deu condições às mulheres e aos homens trans de reivindicar o modo como se identificam, possibilitando a mudança de seus nomes e sexos no registro civil; o reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência; a evolução da guarda compartilhada e a percepção dos males causados pela silenciosa alienação parental; a doutrina protetiva da mulher nas violências domésticas; a filiação decorrente da coparentalidade ou da barriga solidária; as uniões que desconsideram a tradicional composição binária ou em par, dentre tantas outras questões inegavelmente polêmicas e invariavelmente conectadas aos direitos das famílias.

Contudo, a consolidação dos direitos para organizar as famílias, para além do modelo casamentário e segundo os interesses pessoais, deflui das muitas oposições às discriminações e às ingerências imoderadas do ente estatal no âmbito privado, contrariando o entendimento de que a medida de participação do Estado nas famílias está no equilíbrio entre uma postura suficientemente *ausente*, para admitir que as pessoas componham suas relações segundo suas vontades, e uma postura suficientemente *intervencionista*, para assegurar-lhes que exerçam seus direitos e deveres, mas, especialmente, que o ente estatal atue de forma protetiva em face das violências e assimetrias promotoras de injustiças dentro dos lares.

No atual contexto impreciso, plural e complexo das famílias, estabelecer-lhes um conceito se tornou um desafio para a ciência jurídica, pois, quando o direito positivo estabelece parâmetros para sua existência ou pressupostos para seu reconhecimento com base nos comportamentos já consolidados, logo se torna anacrônico, mostrando que o conceito de família está no futuro. Tal constatação leva à conclusão de que conceituá-la perpassa pela necessidade de admitir-lhe um conceito adaptável e flexível.

Na realidade, a perda de centralidade das categorias tradicionais impõe à ciência jurídica a eventual admissão de outras que não possuem significados preestabelecidos, o que mostra que os conceitos não são dados, mas elaborados segundo o contexto cultural e os valores jurídicos de cada momento. O direito, como matéria prática, está ligado à realidade, naturalmente variável. Com isso, a orientação de uma *dogmática jurídica fluida*<sup>2</sup> busca as respostas justas para cada caso concreto nos princípios constitutivos do ordenamento.

---

<sup>2</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 14-20.

A doutrina do jurista italiano Gustavo Zagrebelsky adéqua-se à necessidade da realidade versátil do direito de família, posto que sustenta:

Se trata de lo que podría llamarse la inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta. La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás<sup>3</sup>.

Nesse contexto, em vista do fato de que a realidade familiar é mais dinâmica que a dogmática jurídica, o *primeiro capítulo* aborda a narrativa teórica da constitucionalização do direito privado segundo o pensamento de Pietro Perlingieri, com o propósito de traçar uma ordem científica que não obstaculizasse o reconhecimento de direitos com base nos antigos dogmas, mas que fosse mais adepta às vontades sociais atuais.

Segundo Perlingieri, “o direito é antes de tudo a cultura de uma determinada sociedade”, sustentando que “não basta o conhecimento das leis, a interpretação da disposição legislativa, nem reconstruir os institutos, os conceitos e então o sistema; é necessário confrontar o sistema com o fato, a realidade social, os problemas concretos”. Complementa que “a norma não pode ser compreendida fora da sociedade, historicamente determinada, e a relevância da sociedade civil não pode ser valorada separadamente da norma”<sup>4</sup>.

A abordagem sobre constitucionalização do direito privado partiu da contextualização da evolução das legislações brasileiras e, por conseguinte, da constatação da perda de centralidade do Código Civil como norma reguladora das relações privadas. Outrossim, a verificação da superação da antítese entre o direito público e o privado tornou evidente a noção de que o direito civil está inserto em um sistema, proposto pela teoria do ordenamento jurídico, concedendo supremacia à Constituição Federal e radicando normatividade a seus princípios.

O *segundo capítulo* aborda a participação do Poder Judiciário na reorganização da família, posto que muitas controvérsias vêm sendo solvidas pelo órgão judicante. Sua efetiva

---

<sup>3</sup> Em tradução livre: Trata-se do que se poderia chamar de instabilidade dos conceitos, decorrente da instabilidade provocada pelas relações pluralistas que se desenvolvem na vida constitucional concreta. A dogmática constitucional deve ser como o líquido onde as substâncias que se despejam – os conceitos – mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, embora com certos movimentos oscilantes, e, em qualquer caso, sem nunca um único componente poder impor ou eliminar os outros. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 17.

<sup>4</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 5-7.

participação e a expressiva construção jurisprudencial tornaram-no um comparte no ajustamento dos direitos, colocando em evidência a função do julgador e a argumentação jurídica comprometida, mormente pelo fato de as vivências familiares envolverem aspectos ideológicos, sociais e religiosos.

Essa situação exige do julgador um *saber* julgar, por meio de um exame interpretativo racional e consciente das normas, mas com suporte nos valores e premissas constitucionais constantes do ordenamento, como melhor explica a Professora Elza Boiteux:

Ao julgar o caso, o juiz não pode aplicar o seu código de valores ele tem que se referir ao conteúdo objetivo da norma vigente na época. Mas é possível que, ao deliberar sobre valores e proferir um julgamento ético ele ultrapasse o critério objetivo da norma. A referência aos valores morais deve ser motivada, indicando-se o fundamento legal, pois o sistema moral preserva valores que se tornam invariantes axiológicas dentro da ordem normativa<sup>5</sup>.

Os vínculos familiares são, em boa parte, organizados entre os que decorrem da *parentalidade*, no qual está inserido o domínio da filiação, e os que são originados da *conjugalidade*, predicados pela instabilidade nos dias de hoje. Em face de tantas nuances que vêm sendo questionadas ou renovadas, propôs-se centrar o estudo nos elos formados pela conjugalidade, entendida como a relação afetiva com intento familiar firmada pelos cônjuges ou pelos companheiros, nas uniões matrimonial e estável, respectivamente.

No entanto, até que união estável se estabelecesse juridicamente e fosse superado o paradigma da exclusividade matrimonial, o que ocorreu apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a participação do órgão judicante no alargamento do conceito jurídico de família foi considerável.

Ademais, o exame da ampliação do conceito de família em decorrência da integração de novas realidades considerou a perspectiva funcional da família atual, bem como os princípios e valores axiológicos sobre os quais se funda.

As relações afetivas que confrontam as tradições sociais e os dogmas jurídicos sempre encontraram resistências na busca por reconhecimento ou de qualquer efeito jurídico, sendo as poligâmicas, em especial as *relações paralelas*, uma dessas circunstâncias que desafiam o direito. Nesse sentido, no *terceiro capítulo* é abordado o resultado da pesquisa jurisprudencial feita no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça sobre as relações afetivas que coocorrem, sendo ambas predicadas de estabilidade e intento familiar. Foram examinados

---

<sup>5</sup> BOITEUX, Elza. Variações sobre o conceito de equidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 332.

os posicionamentos dos julgadores e os argumentos lançados nas decisões de 22 recursos especiais e 6 recursos extraordinários que versavam sobre as relações paralelas<sup>6</sup>.

Ocorre que o tema vem suscitando muitos debates desde 2012, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral em recurso<sup>7</sup> sobre paralelismo, estabelecendo o Tema 529 (“possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte”). O suspense se encerrou apenas recentemente, em dezembro de 2020. Contudo, a decisão do Pleno, ao contrário de estabilizar os debates, potencializou-os, especialmente pelo resultado de seis votos contra cinco, retratando, de certa maneira, o conflito entre a densidade da regra e a abstração dos princípios e confirmando que as entidades familiares do século XXI precisam ser amparadas por bases normativas capazes de equilibrar as relações.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>8</sup>, em meio aos princípios consecutórios da dignidade, esclarece que o da liberdade assegura que a pessoa exerce sua vontade e que o da igualdade prima pelo reconhecimento da existência de outros, como sujeitos de direitos iguais a si. Ademais, do fato inevitável de a pessoa estar integrada à sociedade dimana o da solidariedade, que, na posição avalizadora de Fábio Konder Comparato, “é o fecho de abóbada do sistema de princípios éticos”<sup>9</sup>.

Nesse seguimento, o *quarto capítulo* aborda a família sobre os pilares ético-jurídicos e na perspectiva democrática de Anthony Giddens, “que combina escolha individual e solidariedade social”<sup>10</sup>, além da necessidade de consolidação de direitos *nas* famílias, e *dentro* delas, como o propósito de estabelecer, ou ao menos refletir, sobre quais elementos efetivamente compõem o conceito de família conjugal e quais modalidades são integradas ao âmbito familiar.

---

<sup>6</sup> A pormenorização do método de pesquisa jurisprudencial, todos os recortes utilizados para composição da amostra analisada e as variantes orientadoras das análises dos acórdãos constam do Apêndice – Considerações sobre as escolhas metodológicas.

<sup>7</sup> Referência ao RE 1.045.273, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020.

<sup>8</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 187.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 577.

<sup>10</sup> GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 103.



# 1. O CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

## 1.1 A tradição e a ciência do direito

O direito civil tem a função de regular o cotidiano das pessoas que interagem segundo seus valores e necessidades para realização dos projetos de vida, exercendo escolhas negociais e familiares. Contudo, disciplinar os atos de interação dos distintos indivíduos que agem segundo suas próprias visões de mundo com expediente pouco maleável é um desafio.

Montaigne, refletindo sobre a natureza livre das pessoas, feitas para escolher seus próprios caminhos e não uma direção imposta, menciona que, se as decisões dependessem exclusivamente das vontades, não encontrariam referências a seguir, visto que a vida é um movimento desigual, irregular e multiforme<sup>11</sup>.

A dinamicidade da sociedade contemporânea impacta os institutos tradicionais da disciplina civilista, e pensar as relações familiares do século XXI remete à passagem de um direito civil tradicional a um direito civil renovado.

A análise dessa transição mostra a resignificação ocorrida no direito privado e o testemunho de que a ciência do direito, longe de lidar com dados estáticos, labora com o incessante movimento das pessoas e seus múltiplos diálogos e interesses. Como articulador do pensamento jurídico, o ser humano, “por seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões etc.”<sup>12</sup>. Nesse sentido, como leciona Tércio Sampaio Ferraz Junior, o *problema* central da ciência do direito compreende sempre a decidibilidade de conflitos sociais<sup>13</sup>.

Noutra passagem, reafirma o mestre que, seja qual for o objeto da ciência do direito, ele envolve uma questão de *decidibilidade*<sup>14</sup>. Assim, a ciência do direito se manifesta como um pensamento tecnológico, o qual tem relevância prática para a busca de uma decisão no âmbito legislativo, judicial, administrativo ou contratual. Conforme ele leciona:

---

<sup>11</sup> MONTAIGNE, Michel. *Ensayos de Montaigne seguidos de todas sus cartas conocidas hasta el día*. De tres comercios. Libro III, cap. III. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcqz259\\_](http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcqz259_). Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>12</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 64.

<sup>13</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 61-63.

<sup>14</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

As questões “dogmáticas” são tipicamente tecnológicas. Neste sentido, elas têm uma função diretiva explícita. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever ser. Questões deste tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral as questões jurídicas são “dogmáticas, sendo sempre restritivas (finitas) e, neste sentido “positivistas” (de positividade). As questões jurídicas não se reduzem, entretanto, as “dogmáticas”, à medida que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem ser submetidos a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões “dogmáticas”, mas também em questões zetéticas<sup>15</sup>.

Diante de um conflito, a investigação científica que subsidiará a decisão pode ser procedida sob enfoques teóricos distintos, o *dogmático* e o *zetético*<sup>16</sup>. Em outros termos, o problema poderá ser examinado sob a perspectiva do *dever-ser* e/ou do *ser*, ou seja: (i) sob um caráter *diretivo*, mais fechado, diante de possibilidades finitas, pois adstrito aos conceitos fixados, valendo-se da interpretação para conformar os problemas às soluções previstas; e/ou (ii) poderá ser analisado sob o aspecto *especulativo*, com infinitas possibilidades, mais aberto, posto que “suas premissas são dispensáveis, isto é, podem ser substituídas, se os resultados não são bons, as questões que ela propõe podem até ficar sem resposta até que as condições de conhecimento sejam favoráveis”<sup>17</sup>.

Diante de um fenômeno, o jurista comumente processa a investigação por meio de um saber dogmático, em que as circunstâncias para a *decidibilidade* do conflito estão definidas, gerando uma base comum aos aplicadores e tradicionalizando o direito.

Segundo o Professor Tércio, o *pensamento tecnológico* é, sobretudo, “um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação”. No caso da ciência dogmática do direito, “criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos”<sup>18</sup>. Contudo, a ciência jurídica não se resume a esse domínio do direito, visto que há uma relação entre as investigações zetéticas e dogmáticas.

<sup>15</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54.

<sup>16</sup> “*Zetética* vem de *zetein*, que significa perquirir, *dogmática* vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação *acentua* mais um enfoque que o outro, mas nem sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 19.

<sup>17</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 20.

<sup>18</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 59.

Com essa compreensão, a jornada da transição do direito civil partiu do Código Civil de 1916, o diploma legal de Clóvis Beviláqua, concebido no início do século XX e que viveu, não em sua inteireza, até o início do século XXI, quando se envervou por completo diante das muitas transformações impostas pelo desenvolvimento das ciências, pelas mudanças dos costumes das pessoas e ante a promulgação do Código de 2002.

Pois bem, há cerca de 100 anos, qual era o real efeito da resposta aquiescente à pergunta feita pelo Estado aos nubentes se aceitavam receber um ao outro como legítimo esposo, ou legítima esposa, quando da celebração do casamento?

Naquele momento, a troca de declarações das vontades constitutivas do vínculo conjugal, acrescidas da participação avalizadora estatal, atribuía ao *sim*, por hipótese, da manifestação livre e consciente dos contraentes a habilidade de dar-lhes um presente: um destino comum na perspectiva jurídica. Necessariamente comum, ainda que a comunhão de vida não mais fosse a intenção de um ou de ambos.

O casamento era o único modelo acolhido juridicamente como forma de constituição de família. A legislação brasileira, influenciada pelo direito canônico, considerava a união matrimonial entre um homem e uma mulher<sup>19</sup> um sacramento, não permitindo aos homens dissolverem<sup>20</sup> a união consumada por Deus, *quod Deus conjunxit homo non separet*.

A herança da doutrina da Igreja, que consolidou o casamento jurídico com caráter sacramental e indissolúvel no Brasil, decorreu do largo período de pregação teológica iniciado no século XIII em que predominou o modelo matrimonial solene, submetido à jurisdição eclesiástica, monogâmico, heterossexual e, como dito, indissolúvel, com considerável força dominante no mundo. Até o final do século XVIII, era forte a oposição às práticas destoantes desse modelo<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> *Codice di Diritto Canonico. Titolo VII. Il Matrimonio. Can. 1055 – § 1*: “Il patto matrimoniale con cui l’uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento”. Em tradução livre: O pacto matrimonial com que o homem e a mulher estabelecem a comunidade de toda a vida, por natureza, ordenado pelo bem dos cônjuges e pela geração e educação da prole, foi criado por Cristo na dignidade do sacramento entre os batizados. STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO. *Codice di Diritto Canonico*. Disponível em: [http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic\\_index\\_it.html](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_it.html). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>20</sup> *Codice di Diritto Canonico. Titolo VII. Il Matrimonio. Can. 1141*: “Il matrimonio rato e consumato non può essere sciolto da nessuna potestà umana e per nessuna causa, eccetto la morte”. Em tradução livre: O casamento consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano e nenhuma outra causa além da morte. STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO. *Codice di Diritto Canonico*. Disponível em: [http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic\\_index\\_it.html](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_it.html). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>21</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito da família*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. p. 70.

O diploma civilista de 1916 seguiu a tendência jurídica da codificação. Como outros países, foi inspirado no modelo *codicista* de Napoleão Bonaparte, o Código francês de 1804, que se utilizava do método da centralização, padronização e imutabilidade da legislação, primando por regulamentar todas as circunstâncias jurídicas da vida da pessoa e não admitindo a ideia de lacunas.

Retratando a organização social da época, com seus costumes e tradições, a família patriarcal não raras vezes era particularmente marcada pela austeridade e intransigência. A sociedade conjugal era regulada por um direito que atribuía ao homem a prerrogativa de chefiar a família com absolutismo (CC/16, art. 233) e, à mulher, uma relativa capacidade civil (CC/16, art. 6º, II). Àquele competia a titularidade do exercício do então pátrio poder sobre os filhos, ainda desamparados da adequada proteção jurídica.

As violências contra as mulheres nos domínios privados eram escusáveis pelo próprio direito, justamente por conceder ao homem o monopólio da autoridade e prerrogativas exclusivas, consolidando a conexão entre poder-autoridade-homem-violência arraigada no pensamento coletivo jurídico-social. Por vezes, os lares ocultavam um regime violento por consequência da desigualdade que o próprio direito determinava. Enquanto a um competia a função de administrar os bens da família, investido da autoridade de ser o possessor da mulher e dos filhos, à outra restavam as funções de procriação e de afazeres domésticos.

Certamente havia lares harmônicos e bem formados em que os pares pautavam suas atitudes no respeito mútuo, num ambiente colaborativo, em que, predominantemente, vigiam a igualdade e a não violência. No entanto, no contexto jurídico, a mulher era inadequadamente considerada relativamente incapaz.

Em suma, o direito civil que regulava a família brasileira do início do século passado retratava uma sociedade individualista, patrimonialista, hierarquizada, patriarcal, sexista e desigual. Sua constituição era absorta ao casamento, com forte influência religiosa e caracterizada pela indissolubilidade. O sistema prestigiava a monogamia exclusivamente, e algo distinto da diversidade de sexo para o matrimônio nem sequer era ventilado, por se tratar de elemento intrínseco.

Paulatinamente, as mudanças nas relações e novos comportamentos sociais impulsionaram posturas legislativas, e aos poucos as alterações foram ocorrendo. *Verbi gratia*, os filhos tidos como ilegítimos passaram a ter condições de serem reconhecidos

(1949)<sup>22</sup>; foi conferido à mulher o direito de exercer profissão lucrativa distinta da do marido (1962)<sup>23</sup>; consolidou-se a isonomia na filiação, independentemente de sua origem (1988)<sup>24</sup>, tendo todas essas e outras tantas normas modificando profundamente a estrutura do Código Civil brasileiro de 1916.

Notável foi a cooperação do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121, de 1962) na busca por simetria de direitos, posto que conferiu capacidade civil à mulher e qualificou-a à função colaborativa na sociedade conjugal, em substituição da condição de subordinada. No entanto, em que pese o avanço jurídico que a norma representou à época, atualmente suscita desconforto a nomenclatura adotada, levando à reflexão de que o lugar concedido à mulher pelo ordenamento era de um não lugar, retratando a ausência de tutela jurídica. Ainda assim, em perceptível transição, o direito civil, um tanto cauteloso, ia se posicionando contrariamente ao domínio masculino, que renitentemente se mantinha imperante.

A Lei do Divórcio (n. 6.515, de 1977) causou uma profunda renovação das diretrizes do direito de família, posto que rompeu com o paradigma da indissolubilidade do vínculo conjugal. Contudo, naquele momento a imprescindibilidade da separação judicial se impunha como requisito primeiro para, apenas em uma segunda etapa, admitir a ruptura total do elo matrimonial. Com sobressalto, chama a atenção quão distinto é o tratamento jurídico dispensado à dissolução do casamento atualmente, a ponto de permitir que se case em um dia e no outro se divorcie<sup>25</sup>, tanto de forma judicial quanto administrativa, desde que preenchidas algumas condições. Mais recentemente, com a possibilidade de ocorrer a ruptura virtualmente<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Referência à Lei n. 883, de 1949, que dispunha sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. *Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos*. Brasília, DF: Presidência da República, [1949]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>23</sup> Referência à Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada. BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. *Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília, DF: Presidência da República, [1962]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>24</sup> Referência à Constituição Federal de 1988. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: DF, Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>25</sup> Referência à Emenda à Constituição Federal de 1988 n. 66, que autorizou que os casais a romper o vínculo matrimonial a qualquer momento. BRASIL. Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010. *Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal*. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm). Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>26</sup> Referência ao Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020, que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema *e-Notariado*, que possibilita que o divórcio se dê virtualmente, sem que os cônjuges tenham de se deslocar até o cartório.

Logo, se a pergunta feita no introito deste capítulo fosse dirigida aos nubentes dos anos 1980, o panorama normativo não mais lhes impor a manutenção do casamento ao custo da autonomia da vontade. A partir da Lei do Divórcio, o assentimento dado ao contrato matrimonial<sup>27</sup> perdeu o caráter irrevogável, permitindo a dissolução do casamento quando a intenção original de vida em comum não mais representava a realidade volitiva do casal. Sem dúvida alguma, foi uma grande mudança, que nutriu a percepção, em expansão, de que o direito de família deveria tutelar as pessoas e suas escolhas.

No entanto, a conjectura normativa da época não facilitava as coisas. Pautado no sistema da culpa<sup>28</sup>, o procedimento demorado revisitava a ideia de tutelar o casamento como instituição merecedora da proteção e impunha aos não mais bem relacionados contraentes que se expusessem e se ofendessem em âmbito judicial. As modalidades dissolutórias previstas pela norma contavam com o tempo como forma de demovê-los da ideia de rompimento definitivo, posto que tanto no *divórcio conversão*, precedido de separação judicial, como no *direto* havia necessidade de transcurso temporal e de comprovação de sua completude mínima como condição para decretação do desenlace.

A bem da verdade, a dissolubilidade inaugurada pela Lei do Divórcio, em boa medida, resolvia juridicamente as rupturas de fato que sempre ocorreram na sociedade, e que contava apenas com um remédio rançoso e não rescisório do vínculo previsto pelo Código Civil de 1916, o desquite.

A disciplina da Lei n. 6.515, de 1977, propôs um sistema dualista, visto que traçou a distinção entre dissolução da sociedade de fato e dissolução do vínculo conjugal. O cenário normativo precedente à lei autorizava, pelo desquite, apenas a dissolução da sociedade de

---

<sup>27</sup> Cabe considerar os antigos dissensos doutrinários sobre a natureza jurídica do casamento, como já constatado por Caio Mário da Silva Pereira, apontando que “para Lafayette é um ‘ato solene’, para Sá Pereira é uma ‘convenção social’, para Beviláqua é um ‘contrato’”. Logo, os posicionamentos são concentrados em três correntes doutrinárias. Para a institucionalista “o casamento é uma ‘instituição social’, no sentido de que reflete uma situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos”. Para a contratualista, o casamento é um “contrato, tendo em vista a indispensável declaração de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas” (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5: Direito de família. p. 75-77). Segundo Nelson Rosendal, a nova sistemática da dissolução do vínculo conjugal, por mútuo consenso, confirma a natureza negocial do casamento (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 4. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2012. v. 6. p. 192). Por fim, a corrente mista ou eclética considera o casamento um negócio jurídico bilateral *sui generis*, visto ser um contrato em sua formação e uma instituição em seu conteúdo. São sectários dessa corrente Flávio Tartuce e José Fernando Simão, por exemplo. Nesse sentido, o vínculo conjugal nasce de um contrato, da troca de declarações de vontade inicial, constitutivas de um vínculo que perdura independentemente dessa vontade inicial, salvo os casos, prefixados no ordenamento, de interrupção ou de dissolução do vínculo.

<sup>28</sup> O § 1º do art. 40 da Lei do Divórcio instituiu o sistema de culpa, segundo o qual, para requerer o divórcio, era exigida a imputação ou prova de culpa ao outro cônjuge, não servindo, ainda, como substrato do pedido rescisório a insuportabilidade de vida em comum.

fato. A nova norma inseriu o divórcio e substituiu o desquite pela separação judicial. Nesse sentido, “a separação judicial põe termo à sociedade conjugal, ao passo que o divórcio dissolve o casamento”<sup>29</sup>.

Em que pesem as conquistas normativas encetadas pelo Estatuto da Mulher Casada e pela Lei do Divórcio, que orientavam para as pautas da equidade entre os cônjuges e da autonomia das vontades, a sociedade, muito marcada pelo patriarcalismo e pela desigualdade entre homens e mulheres, ainda era regida pela Constituição de 1967, erigida durante o regime ditatorial militar. Por dialogar com valores autoritários, exigiu muitas reformas jurídicas no âmbito das relações familiares.

A renovação absoluta ocorreu em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal. Desde então, tanto os intelectuais experientes em direito de família quanto os novos estudiosos, reiteradamente, destacam-na com marco fundamental das relações familiares.

Por meio do art. 226 e seguintes da Constituição de 1988 foram espancados séculos de hipocrisia e preconceito relativamente à disciplina familiarista, conforme observado por Zeno Veloso<sup>30</sup>. Foram acolhidas as transformações sociais, com destaque a três eixos: igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade; igualdade absoluta dos filhos; e pluralidade de modelos de famílias. A promulgação da Constituição Federal acabou derogando um contingente de regras do Código Civil de 1916 que não foram recepcionadas pelas intensas modificações, levando o *codex* a perder para aquela sua tarefa originária de norma fundamental do direito de família.

Os novos valores engendrados no texto constitucional despertaram o fenômeno da instrumentalização da família como núcleo social intermediário a serviço das pessoas que a compunham.

Relativamente ao Código Civil de 2002, o entendimento manifestado por Miguel Reale, conforme narrado pela Professora Giselda Hironaka, “era de conservar o possível; inovar sempre que necessário”. Nesse sentido, aproveitou-se o quanto possível do “arcabouço de 1916, dando-lhe as cores e imprimindo-lhe os traços consentâneos com a realidade deste momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira, já nos albores do século XXI”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> DELGADO, Mário Luiz. Divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 651.

<sup>30</sup> VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. *Jornal O Liberal*, Belém do Pará, 22 maio 1999. p. 11-12. Disponível em: <https://www.oliberal.com/belem?q=zeno+veloso+1999&page=>. Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>31</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. Conferência de encerramento proferida em 21.09.2001. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL. Promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), em 25.10.2002. p. 6.

Segundo o filósofo e jurista Miguel Reale, que presidiu a Comissão de elaboração do novo Código Civil, o diploma promulgado em 2002 consistia na genuína “constituição do homem comum”<sup>32</sup>, que, sintonizado com as diretrizes da Carta de 1988, promoveu mudanças importantes no âmbito do direito de família, se contraditado à lei civil anterior, tendo o jurista aduzido:

Já havíamos dado grande passo à frente no sentido da igualdade dos cônjuges. Isso ficou ainda mais acentuado na Constituição, sobretudo no que se refere à situação dos filhos. Porquanto a Carta Política de 88 eliminou toda e qualquer diferença entre filhos legítimos, naturais, adulterinos, espúrios ou adotivos. Essa opção constitucional implicou evidentemente reexame das emendas oferecidas por Nelson Carneiro, de tal maneira que foi feita plena atualização da matéria em consonância com as novas diretrizes da Carta Magna vigente, também no que se refere à “união estável”, a nova entidade familiar que surge ao lado do matrimônio civil, corrigindo-se o erro da legislação em vigor que a confunde com o concubinato<sup>33</sup>.

Com efeito, separados no tempo por quase um século, se comparados os diplomas civilistas, o de 2002 representou enorme aperfeiçoamento jurídico, posto que alinhado à Constituição de 1988. No entanto, o novo Código Civil em face da Lei Maior não encetou alterações substanciais. Longe de desmerecê-lo, pois teve de seus idealizadores o empenho de situar direitos e deveres no contexto da sociedade de algumas décadas atrás, dedicando atenção à emancipação da mulher e à igualdade da filiação, fato é que o diploma manteve o conservadorismo em questões de família, embora tenha sido promulgado subsequentemente à Constituição de 1988.

*Verbi gratia*, a união estável homoafetiva não fora contemplada pelo Código Civil sob o fundamento de que a Constituição Federal havia instituído apenas a união informal entre um homem e uma mulher. Miguel Reale<sup>34</sup> justificou que caberia ao Código tratar apenas dos assuntos consolidados, aduzindo que para regular a família homoafetiva, preliminarmente, seria necessário alterar a Constituição. Nesse sentido, o novo diploma civilista optou por manter à margem da tutela jurídica as uniões entre as pessoas do mesmo sexo, por partilhar da convicção de que a disciplina do art. 226 da Constituição Federal possuía caráter taxativo. Entendimento superado há algum tempo pela doutrina e pela jurisprudência.

<sup>32</sup> REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, p. 22-30, 1998. p. 2. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod\\_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>33</sup> REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, p. 22-30, 1998. p. 12 e 13.

<sup>34</sup> REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, p. 22-30, 1998. p. 10 e 11.



O texto original do Código Civil passou por muitas alterações até a aprovação em 2002. Datado de antes da Constituição Federal de 1988, o projeto de lei civilista tramitou por 27 anos nas casas legislativas, com mais de 1.500 emendas e 26 projetos anexados:

Depois de tentativas frustradas de reformá-lo, em 1969 foi encomendado projeto a Comissão presidida por Miguel Reale, e composta ainda pelos professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. É este trabalho que começa a tramitar em 1975 e chega à sanção em janeiro de 2002. O projeto Miguel Reale recebeu 1.063 emendas na primeira apreciação na Câmara dos Deputados, seguida de pareceres parciais e de parecer geral de Ernani Sátyro, que examinou também 26 projetos anexados. Foram então apresentadas 92 subemendas antes da aprovação em 1º turno naquela Casa. No Senado 366 emendas, mais 127 oferecidas pelo relator, Josaphat Marinho. Neste substitutivo foram aproveitadas 332 emendas. Seguiram-se emendas para atualizar o texto, o relatório de José Fogaça e o texto final votado na volta à Câmara dos Deputados<sup>35</sup>.

Em decorrência disso, foi criticado por seu espírito conservador e pela fidelidade à mesma lógica patrimonialista do precedente, mantendo-lhe, substancialmente, a mesma estrutura, conforme se posiciona a jurista Maria Berenice Dias, considerando que, “pelo tempo que tramitou e pelas modificações profundas que sofreu, já nasceu velho”<sup>36</sup>.

Por sua vez, o escrito constitucional inovador consagrou nos incisos I e IV do art. 3º, como propósitos fundamentais da República brasileira, a construção “de uma sociedade livre, justa e solidária” e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, respectivamente. Acolheu, dessa forma, os princípios da pluralidade e da tolerância e sacramentou como capital que todos fossem considerados iguais perante a lei. Firmou a supremacia dos direitos fundamentais. Firmou um novo cenário jurídico, com preocupações éticas e valorização do ser humano, desabonando a concepção, ainda patrimonialista, da Lei Civil.

## 1.2 A renovação do conceito de família e a ciência do direito

A tradicional dicotomia entre o direito público e o direito privado que classifica os ramos da dogmática jurídica segundo os interesses do Estado ou os interesses dos particulares, teve origem no direito romano e se radicou por quase todo mundo, tendo servido aos juristas, até os dias de hoje, “como instrumento sistematizador do universo normativo

<sup>35</sup> SARNEY, José. Apresentação. In: PASSOS, Edilenice; OLIVEIRA, João Alberto de. *Memória legislativa do Código Civil: quadro comparativo*. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 1. p. 27. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v1\\_ed1.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>36</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 37.

para efeitos de decidibilidade”<sup>37</sup>. Essa concepção dogmática dual, como critério classificatório das normas, separa-as conforme seu conteúdo disciplinador.

O primeiro desafio é justamente distinguir o que se relaciona com o direito público e aquilo que se liga ao privado. O Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, acerca de tal tarefa, ressalta um elemento artificial capaz de conformar o que é um, ou outro: o Estado dotado de soberania. Em decorrência da soberania estabelece-se um comando, uma relação de autoridade no sentido de poder. Nesse sentido, “a distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre o direito público e o privado”<sup>38</sup>.

Sem embargo, na contemporaneidade, a ordenação das normas segundo o interesse que disciplina, se público ou privado, bem como a classificação dos ramos, *v.g.*, o direito civil, tornou-se tarefa complexa, ante a mescla de interesses que pode haver em dadas circunstâncias. A variabilidade de novos ramos da dogmática com suas especificidades também dificulta seu enquadramento em um ou outro âmbito, e exige classificações intermediárias, mistas ou especiais, tal como ocorre com os interesses coletivos. Além disso, há a frequente convergência entre o interesse público e o privado, o que impede uma precisão de contornos.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “diante de tantas alterações, direito privado e direito público viram modificados seus significados originários: o privado deixou de ser o âmbito da vontade individual, e o direito público não mais inspira na subordinação do cidadão”<sup>39</sup>.

Além disso, a regra de prevalência do interesse público sobre o privado pode não coincidir com os valores norteadores do ordenamento jurídico. Ainda que o interesse público seja caracterizado pela amplitude, esta não dialoga com o valor. Em melhores palavras, “mais amplo não significa mais importante para o direito, mas somente mais geral, mais

---

<sup>37</sup> O interesse classificatório das normas em um dos âmbitos permite o “estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura”. Não se refere aos princípios gerais do direito, mas àqueles regionalizados em uma das grandes áreas, pública ou privada (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 105-108).

<sup>38</sup> Nesse sentido, o Estado é “verdadeiro organismo (burocrático) de funções, um ente abstrato, produto do agir político transformado em fazer, guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: a soberania” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 103-104).

<sup>39</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 10.

abstrato e, para o direito, a generalidade do interesse não deve ser confundida com a hierarquia dos valores”<sup>40</sup>.

O direito civil, privado por excelência, classicamente considerado como o ramo que “trata do conjunto de normas reguladoras das relações jurídicas entre particulares”<sup>41</sup>, tem na disciplina do direito de família foro de autonomia, sendo inapropriado fixá-lo apenas como ramo do direito privado, notadamente pela evolução da concepção jurídica de família, que não encontra suporte apenas na legislação civilista.

Pietro Perlingieri justifica que não há uma antítese entre o direito civil e o direito público, sendo aquele tido como um ramo por razões didáticas e de especialização profissional e por abrigar os institutos relacionados à vivência dos cidadãos, enquanto titulares de direitos civis. O jurista, em uma referência à realidade italiana, que muito bem se adéqua à brasileira, arremata que “a superação dessa antítese pode ter um efeito clamoroso no estudo do direito. Alguns direitos civis não encontram tutela, reconhecimento ou disciplina no Código Civil, mas na Carta Constitucional”<sup>42</sup>.

Pois bem, o primeiro aspecto a ser superado é justamente a compreensão de que os interesses do direito civil e do direito público não são refratários ou antagônicos; ao contrário disso, harmonizam-se.

Ademais, a mutabilidade de interesses das pessoas e da sociedade, o que sugere expansividade, contrasta com a rigidez da unidade orgânica proposta pela codificação, fenômeno que remete à ideia de cristalização. Em melhores termos, o sistema de codificação propõe uma regulamentação unitária do ramo da dogmática jurídica, sistematizando as normas e organizando-as segundo os princípios coerentes<sup>43</sup> de determinada época.

As codificações do século XIX decorrem da sistematização dos direitos civis, tendo o precursor Código francês de 1804, concebido por Napoleão para ser eternizado, inspirado a ideia de que as normas deviam ser claras, para uma interpretação uniforme; completas, para conter o máximo de situações, não tolerando a possibilidade de lacunas; e imutáveis, para superar as inseguranças, como instrumento em prol da liberdade civil. As leis eram organizadas em códigos que continham “um conjunto de proposições prescritivas, das quais

---

<sup>40</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146.

<sup>41</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

<sup>42</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 147-148.

<sup>43</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 195.

se extraem normas, consideradas unitariamente, segundo uma ideia de coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor”<sup>44</sup>.

Tércio Sampaio Ferraz Junior afirmou que “os códigos que conhecemos hoje são marcados por um espírito de rigidez e conservadorismo que contrasta, mas fornece uma impressão de segurança e certeza, com a mutabilidade multifária da civilização industrial, nos quadros do predomínio do Estado-gestor e das exigências da unidade política”<sup>45</sup>.

Nessa perspectiva e em termos precisos:

Há algum tempo, assiste-se ao renascer da desconfiança em relação à codificação. A doutrina suscitou, implícita ou explicitamente, algumas reservas: uma codificação muito precisa não consentiria uma suficiente adequação do direito à realidade social; o legislador é lento e nem sempre legisla sobre novos problemas, de modo que o juiz é obrigado a decidir o caso concreto sem uma legislação adequada<sup>46</sup>.

A pretensão de disciplinar juridicamente uma área em sua completude depende da estabilidade das relações sociais e econômicas, circunstância adversa aos acontecimentos do século XX, tendo a Primeira Grande Guerra detonado o processo de transformação econômica, jurídica e social. As mudanças substanciais nas funções do Estado e do próprio direito civil revelaram a necessidade de adotar procedimento legislativo mais ágil para atender às necessidades sociais que se multiplicavam, o que se mostrou inconciliável com o modelo da codificação, surgindo na doutrina o debate sobre a descodificação<sup>47</sup>.

A rjeza da codificação não se adequava às emergenciais mudanças legislativas decorrentes das experiências desumanas testemunhadas nas Grandes Guerras. Com a

---

<sup>44</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 3-4.

<sup>45</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 194.

<sup>46</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 247.

<sup>47</sup> “Tais acontecimentos conduziram a um processo que seria conhecido como descodificação, entendida aqui como a necessidade de adoção de um processo legislativo mais célere, consubstanciado em leis que não fossem tão extensas, e pronto a responder às múltiplas necessidades de contenção dos litígios, individuais ou transindividuais que passaram a ocorrer na sociedade” (MORATO, Antônio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, p. 95-120, jan. 2003. p. 109. DOI:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v98i0p95-120>. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67581/70191>. Acesso em: 4 nov. 2019).

derrocada do Estado liberal<sup>48</sup>, iniciou-se uma revolução no aparato jurídico global<sup>49</sup>, ante a necessidade de assegurar igualdade a uma sociedade absolutamente desigual<sup>50</sup>. A postura abstencionista do Estado começou a ser substituída por um estilo mais proativo por meio da implementação dos direitos sociais, ante as novas demandas. A avidez por liberdade entranhada nas lutas que marcaram o início do Estado liberal concedeu caminho às reivindicações de igualdade no Estado social desde o pós-Primeira Guerra. O período foi marcado, portanto, pelo constitucionalismo social, que adotou os direitos sociais em suas declarações, em face das novas cobranças e ante a nova realidade sociopolítico-econômica promovida pelo cenário de crise<sup>51</sup>.

Nesse sentido, a Professora Elza Boiteux esclarece que, “com as transformações sociais, o Estado deixa de ser o guardião neutro da ordem social, para envolver-se em tarefas de redistribuição, regulamentação e planejamento. As sociedades pós-liberais são marcadas por duas características: o Estado transforma-se em Estado de bem-estar e corporativo”<sup>52</sup>.

O mundo estava mudando, e o redimensionamento axiológico iniciou um processo de renovação global das normas dos ordenamentos jurídicos internos, apoiado na Carta das Nações Unidas (ONU) de 1945, em um movimento pelo fortalecimento da dignidade humana. A Carta declarou como um dos seus propósitos a internacionalização e internalização dos direitos humanos e das liberdades para os indivíduos, sem distinção de

---

<sup>48</sup> “A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes basilares e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 237).

<sup>49</sup> Sobre os movimentos jurídicos da época, segundo Celso Lafer, “a abrangente positivação dos direitos humanos no âmbito internacional é um processo de criação normativa que se inicia no pós-Segunda Guerra Mundial. Tem como fonte material um engajamento moral e político que almejou ser uma resposta jurídica às atrocidades e horrores do totalitarismo no poder” (LAFER, Celso. *Direitos humanos: um percurso no direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 67).

<sup>50</sup> Como uma corrente, nos planos internos dos Estados, novas Constituições passaram a ser outorgadas, *verbi gratia*: na Itália (1947), na Alemanha (1949), mais adiante em Portugal (1976) e na Espanha (1978), inaugurando um movimento de consagração da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e solidificando a ideia de que direitos humanos são direitos de todos.

<sup>51</sup> “Dentre os fatores de crise no cenário político da época pode-se mencionar (1) a Primeira Guerra Mundial, em 1914; (2) a Revolução Russa de 1917, que converte o comunismo em grande força da política global; (3) a Revolução Mexicana, também de 1917; (4) a Gripe Espanhola, que matou 25 milhões de pessoas entre 1918 e 1919; (5) a Grande Depressão de 1929; (6) a Guerra Civil Espanhola, de 1936 a 1939; (7) a Segunda Guerra Mundial, de 1939 a 1945; (8) a Revolução Chinesa, de 1949; (9) a Revolução Cubana de 1959; (10) o golpe militar no Brasil, em 1964; (11) a ditadura de Augusto Pinochet, no Chile, entre 1973 e 1990; e (12) a ‘queda do comunismo’, no final dos anos 1980, que libertou a Europa Central e do Leste da supremacia soviética” (SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148-149).

<sup>52</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 88.

raça, língua, religião e sexo, reafirmando a igualdade entre homens e mulheres. Almejou a inserção de tais valores nos ordenamentos jurídicos internos.

Além dos intensos acontecimentos globais e do movimento de valorização do ser humano, no âmbito nacional, a ativa troca de Constituições Federais<sup>53</sup>, nem sempre com aquele propósito, destoava da rigidez de um Código Civil obviamente anacrônico, que conservava regras jurídicas que disciplinavam assimetricamente as relações de gênero e de modo autoritário as relações filiais, mantendo como único modelo de composição familiar o casamento.

A proposta rígida do direito codificado não se compatibilizava com a rapidez e a extensão das mudanças ocorridas, predicadas pela premência e pela instabilidade. Pontualmente, os dois elementos com o quais a codificação não interagiu exitosamente.

Fato é que o fenômeno da codificação que tradicionalizou o método serviu de padrão para os dois Códigos Civis brasileiros, assim como para outros diplomas legais pátrios. A esse respeito Luiz Edson Fachin aduz:

O Código de 1916 é produto do século XIX, ainda que tenha entrado em vigor logo ao fim dos três primeiros lustros do século XX. O Código Civil de 2002 é produto do pensamento jurídico sistematizado na década de 70 de um Brasil que restou sepultado, em boa parte, pela Constituição de 1988; entra em vigor ao começo deste século com desafios redobrados, após longo embalo no berço legislativo<sup>54</sup>.

Tendo o Código Civil de 1916 sido concebido segundo o cânone codicista e influenciado pelos acontecimentos do século XIX, compreensível que tenha sido orientado pela pauta do liberalismo jurídico, que atribuía à propriedade e ao contrato a verdadeira autonomia do indivíduo. Moldado a partir do direito individualista, o Código anterior possuía *status* constitucional e regulamentava a pessoa, as relações privadas, os contratos, a propriedade e a família, em harmonia com a lógica patrimonialista. Portanto, em franco descompasso com os reclamos sociais, mormente na segunda metade do século XX.

Com efeito, embora o Código Civil de 2002 tenha entrado em vigor no início deste século em um contexto de sobreposição dos valores existenciais sob a batuta da Constituição Federal de 1988, foi reconhecido como o “filho tardio da modernidade”, posto ser “produto do pensamento jurídico sistematizado na década de 70 de um Brasil que restou sepultado, em boa parte, pela Constituição de 1988”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> O aparente congelamento da legislação civilista destoava do rebuliço que vivia o país e da ativa troca de Constituições do Brasil, em referência às Constituições brasileiras: Constituição do Império de 1824; a de 1891, Brasil República; a de 1934, Segunda República; a de 1937, Estado Novo; a de 1946; a de 1969, Regime Militar e, por fim, a de 1988.

<sup>54</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentido, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 44.

<sup>55</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentido, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 46.

Nesse sentido, não tendo a legislação ordinária atentado à força transformadora dos valores da Constituição Federal de 1988, que sobrepôs os valores existenciais aos patrimoniais, não acatando integralmente seus ideais na normatização especial, olvidou-se “que os preceitos constitucionais alteram a justificação ideológica de cada norma jurídica e conferem lugar de destaque aos direitos fundamentais que, a partir deste marco teórico, deverão ser examinados pelo intérprete como expressão do princípio de ordem pública”<sup>56</sup>.

Pois bem, a perda de centralidade do Código Civil no sistema jurídico<sup>57</sup> como matriz das relações interpessoais decorre de uma multiplicidade de fatores, como visto. O fato de ser “um projeto de asas fabricadas para voar mais ventos soprados do pretérito”<sup>58</sup>, alinhado a uma pauta patrimonialista, que não mais representa o interesse coletivo, e a promulgação de novas leis especiais, que rompem com a unicidade proposta pela codificação, caracterizada por sua alongada vigência e incapaz de absorver com agilidade substanciais mudanças, são aspectos cruciais da agonia do próprio direito civil.

As novas concepções da ordem constitucional culminaram por desencadear no ordenamento jurídico um processo de ajustamento, provocando modificações nos vários ramos dogmáticos do direito, fortemente perceptível no direito civil e com maior profundidade no direito de família.

Ademais, tendo, antecedentemente ao Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 priorizado os valores extrapatrimoniais quando estabeleceu como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, aquele perdeu para esta a posição central da ordem jurídica privada.

Na reflexão proposta no introito deste capítulo sobre a travessia do direito civil *tradicional* para o *renovado*, capaz de melhor recepcionar as relações familiares contemporâneas, a Constituição Federal de 1988 revelou-se notável.

Diante das modificações comportamentais ocorridas especialmente nas últimas décadas, a Constituição Federal reconheceu a possibilidade de transformação da *estrutura* e

---

<sup>56</sup> DE CICCO, Maria Cristina. Prefácio. In: PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Sem paginação.

<sup>57</sup> A expressão *sistema jurídico* foi utilizada no texto como sinônimo de ordenamento jurídico, que, segundo Mario G. Losano, “indica um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, graças ao qual elas não apenas estão umas ao lado das outras, mas se organizam num ordenamento jurídico”. Sentido este que o autor distingue de outro mais técnico, aplicável a todas as ciências e que “indica tanto a estrutura do objeto estudado (sistema interno) quanto um *corpus* ordenado e coeso de conhecimentos científicos” (LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. v. 1: Das origens à escola histórica. Prefácio do autor).

<sup>58</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentido, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 47.

da *função* da entidade familiar quando admitiu a *união estável* e a *família monoparental*, para além da estrutura única, a casamentária, antes predicada de indissolubilidade.

Nesse contexto, a legislação constitucional reflete a interação entre as investigações dogmáticas e zetéticas dos fenômenos, como bem observado por Tércio Sampaio Ferraz Junior (contrariando o padrão de que as teorias dogmáticas focam a decidibilidade do conflito, posto que fazem um “*corte* na realidade, *isolando* os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e *desviando* a atenção dos demais”, ao passo que as zetéticas “cuidam de ser logicamente rigorosas no uso de seus conceitos e definições”, predicando importância à descrição da realidade)<sup>59</sup>:

Muito embora a doutrina tenha consciência da multiplicidade de sentidos, problemas e dados empíricos referentes à *família*, ao fornecer-lhe um sentido técnico (grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos e, para efeito limitados, parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção), cf. Ferreira, citado por Maria Helena Diniz (1982:9), *isola* um aspecto da realidade – a família, tal como ela se apresenta em alguns grupos sociais mormente na tradição ocidental – estabelecendo um corte em relação aos demais dados antropológicos – agrupamentos em que a relação pai-mãe-filhos é secundária, formas comunitárias em que a família não é a célula primária etc. Com isso ressalta-se a preocupação com questões sucessórias, fiscais, previdenciárias etc. desviando-se a atenção de problemas outros, como, por exemplo, a irrelevância das normas para certos agrupamentos promíscuos que se formam nos bolsões de misérias das periferias urbanas do mundo subdesenvolvido.

Observa-se, contudo, uma interação entre as investigações zetéticas e as dogmáticas, que se reflete na legislação.

Assim, o texto constitucional vigente, fala-se no dever da ‘entidade familiar’, entendida, para efeito de garantia dos direitos da criança, como comunidade instituída por casamento (os cônjuges) ou formada por união estável entre o homem e mulher (os que vivem maritalmente), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226 e parágrafos). [...] Não se olvide, a propósito, também, o disposto no art. 227, § 3º, inciso VI, em que há referência ao acolhimento da criança ou adolescente órfão ou abandonado, sob a forma de guarda, ou seu § 6º, que atribui aos filhos havidos por adoção os mesmos direitos e qualificações dos gerados de relação de casamento ou não.

Note-se que a Constituição assume, destarte, a entidade familiar como uma instituição sujeita a transformações em sua estrutura e em suas funções e procura atender às transformações mais recentes ocorridas, mormente nos últimos 50 anos, que tão rápida e profundamente marcaram o advento da chamada sociedade pós-moderna<sup>60</sup>

Nesse sentido, do ponto de vista *estrutural* são identificados os elementos do instituto e seu objeto tutelado. Trata-se de uma ótica que lhe é externa, portanto é estática. O funcional estabelece uma visão intrínseca, pois analisa o instituto segundo a função que desempenha. “Em razão deste escopo a desempenhar, é preciso buscar a função do instituto que melhor

<sup>59</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 60.

<sup>60</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 60-61.



cumpra os objetivos propostos pela Constituição, principalmente, que tutele a pessoa humana; por isso, o aspecto funcional é dinâmico, capaz de acompanhar as mudanças sociais.”<sup>61</sup> Em suma, a ciência do direito renovou o conceito de família por ter sido capaz de reconhecer as mudanças comportamentais.

### 1.3 Os valores normativos constitucionais

A teoria da unidade do ordenamento jurídico, fruto da necessidade de “dar unidade a um conjunto de normas fragmentárias – que constituíam um risco permanente de incerteza e arbítrio”<sup>62</sup>, progrediu no positivismo jurídico por ação do positivista Hans Kelsen, cujo pensamento<sup>63</sup> é marcado por adjudicar um método científico para o direito.

A teoria kelseniana foi precursora na compreensão do ordenamento jurídico como um sistema de normas<sup>64</sup>. Em síntese, o caráter formalista de sua tese ressaltava a ideia de que a ciência jurídica tem por objeto as normas válidas objetivamente e regulamentadoras dos comportamentos dos homens, normas do dever-ser. Em sua teoria da *norma fundamental*, “lança mão de uma norma que deve sustentar o fundamento da validade da ordem jurídica com um todo”<sup>65</sup>, o que possibilita a ordenação do complexo de normas como uma unidade, na qual o reconhecimento de uma matriz torna legítimas as demais, desde que atentas à legalidade<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 549.

<sup>62</sup> “A origem da exigência de dar unidade a um conjunto de normas fragmentárias – que constituíam um risco permanente de incerteza e arbítrio – pode ser localizada, na Europa Continental, historicamente, entre o final do século XVIII e o início do século XIX. Embora o Código de Napoleão, cuja comissão redatora foi instalada em 1800, ser considerado o primeiro corpo de normas sistematicamente organizadas, a ciência jurídica, enquanto tal, surgiu e se formou a partir do início do século XIX na Alemanha, sendo o incontestável mérito de sua formação devido à pandectística alemã e aos juristas que debateram e prepararam, ao longo daquele século, o BGB” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 22-23).

<sup>63</sup> Extraído dos fundamentos da *Teoria pura do direito* proposta por Hans Kelsen, que defendia que o direito, enquanto ciência, precisava de suporte metodológico. Sua obra ganhou prestígio, inclusive fora da Áustria, desde a primeira edição, que ocorreu em 1934 (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João de Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

<sup>64</sup> “Foi com Kelsen que, pela primeira vez, a teoria do direito orientou-se definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico com um todo, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de norma, mas o de ordenamento entendido como sistema de normas” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 195).

<sup>65</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 29.

<sup>66</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 18.

Seu pensamento é construído a partir dos parâmetros de uma sociedade estratificada e de baixa mobilidade, tendo sido bastante exitosa no século XIX a formação do sistema jurídico fechado, uno, completo e coerente. Conforme observa Miguel Reale<sup>67</sup>, na visão de Kelsen, a validade do sistema normativo global depende da interligação, segundo uma subsunção lógico-formal, do escalonamento hierarquizado das normas subordinadas e guiadas por uma única norma fundamental. Esse modelo deu origem ao sistema jurídico piramidal.

Não se desconhecem os julgamentos negativos dirigidos ao positivismo jurídico<sup>68</sup>, que avançou pelo Estado liberal chegando ao social, máxime a acusação de que seu arcabouço formal tenha sido permissivo às posturas adotadas pelos Estado totalitários, advindo aguda rejeição no pós-Segunda Guerra. No entanto, foi a corrente formalista que deu asas à teoria do ordenamento jurídico, posto que o positivismo é sustentado pela teoria da unidade, da coerência e da completude do sistema normativo vigente. Nesse sentido desenvolveu-se a ideia de ordenar as leis dos Estados em formação, pretendentes à autoridade única, em uma estrutura hierarquizada, obediente à norma fundamental e às relativas competências sob a perspectiva de que, para serem válidas, deviam ser coerentes com o ordenamento em que está inserto.

Com isso, houve uma mudança na forma como o direito passou a ser considerado, conforme constatou Norberto Bobbio, “que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade”<sup>69</sup>.

Em melhores e mais completos termos, segundo Bobbio:

---

<sup>67</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 88.

<sup>68</sup> Os positivistas defendem que o direito, enquanto ciência, carece de suporte metodológico que lhe conceda autoridade baseada em método científico. Além disso, reforça o pensamento de uma ciência jurídica que tem por objeto as normas reguladoras das atividades dos homens. Surge uma aversão à falta de normatização, como consequência da negação ao jusnaturalismo. Por sua vez, o dogma positivista que defende uma submissão à lei estatal é censurado pelas doutrinas antipositivistas partidárias do realismo jurídico e do jusnaturalismo, que atacam as próprias características do positivismo, em especial a perspectiva de que o direito seja absolutamente avalorativo. Ortodoxamente, o ideal de justiça seria de menor valor, posto que o fundamento positivista repousa na validade das normas insertas e coerentes com o ordenamento jurídico vigente. Essa prevalência da lei tributa ao positivismo jurídico muitas críticas daqueles que defendem o direito livre. Em face de tal tensão, Bobbio analisa a doutrina do *formalismo científico* em relação a três aspectos: como *método científico*; como *teoria do direito* e como *ideologia do direito*, reconhecendo a necessidade de se adotar o positivismo caso se queira conceder autoridade de ciência ao direito, o que não significa que tenha acolhido o positivismo jurídico em sua integralidade (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 221).

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 132.

Adotamos aqui a teoria da construção gradual do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. O núcleo dessa teoria é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Existem normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores derivam das superiores. Partindo das normas inferiores e passando por aquelas que estão mais acima, chega-se por último a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. É essa *norma fundamental* que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz das normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que se pode chamar de justo título de “ordenamento”<sup>70</sup>.

Essa integração lógica das normas organizadas em uma estrutura hierarquizada, que pressupõe a existência de uma norma fundamental com a qual as demais devem manter coerência, confere suporte à “aceitação pela sociedade de uma Constituição [...], da qual derive a força cogente de atos normativos emanados por Parlamento ou de normas costumeiras”<sup>71</sup>. Em consequência disso, há impossibilidade de coexistência de normas contrárias entre si e contrárias à lei fundamental, “visto que já está implícito no próprio ordenamento um princípio que estabelece que uma das duas, ou ambas as normas, são inválidas”<sup>72</sup>.

Ademais, com a formação do Estado moderno legislador, o pensamento formalista<sup>73</sup> não considerava o fim a ser alcançado no ordenamento jurídico, mas sim sua estrutura, vista como instrumento de organização. Dessa forma, os problemas de ordem sociológica eram desimportantes<sup>74</sup> para o fenômeno que se fundava no primado da lei.

Para Pietro Perlingieri, considerar os perfis fenomenológicos distintos e separados do direito, por certo, garante a unidade e a coerência do sistema, todavia, ao custo da “perda do contato com o dinamismo social externo, com a dimensão diacrônica do direito”<sup>75</sup>.

Sem embargo, novos contornos foram dados ao formalismo normativo quando a análise funcional do direito passou a ser valorizada, tendo Norberto Bobbio proposto a

<sup>70</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 211.

<sup>71</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 43.

<sup>72</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006p. 133.

<sup>73</sup> “O formalismo eleva-se ora à teoria do direito de tipo não conteudista, ora à concepção da interpretação que, na solução dos problemas jurídicos, inspira-se somente nos elementos que se assumem como intrínsecos à norma, com exclusão dos chamados extrínsecos, como os aspectos funcionais, teleológicos, em uma palavra, sociais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92 e 93).

<sup>74</sup> Norberto Bobbio considera que o pouco interesse pela função social do direito na teoria geral do direito dominante tinha relação com o relevo que Kelsen e Jhering “deram ao direito como instrumento específico, cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas o modo pelo qual os fins, quaisquer que sejam, sejam perseguidos e alcançados” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 85).

<sup>75</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 94.

seguinte reflexão: “Qual é a relação do direito com a mudança social?”. Sua própria réplica arrazoou: “não há dúvida de que a função do direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-a às mudanças sociais”<sup>76</sup>.

Ocorre que os interesses da sociedade nem sempre são encampados pelo Estado-legislador, podendo ser interpretados de maneira equivocada ou simplesmente desconsiderados, circunstância comum nos temas relacionados à família, âmbito em que há divergência bastante polarizada entre as mais modernas compreensões sobre família e as concepções tradicionais. Em decorrência disso, o Legislativo, desencorajado, opta pelo silêncio ou pela omissão. Nesse sentido, faltam sintonia e sincronia entre as regras jurídicas e as regras sociais, espontaneamente adotadas pela sociedade.

A coexistência entre o direito e a sociedade estabelece o conceito de ordenamento jurídico, concluindo o raciocínio:

O ordenamento jurídico não se exaure na complexidade da sua gênese legislativa e normativa; a complexidade do ordenamento é dada pelo impacto com o sistema sociocultural ao qual pertence, que não é aspecto factual desprovido de capacidade condicionante, mas é aspecto estrutural conformativo e adequado e, portanto, realmente conteudístico do *ius*. *Societas* é cultura, e esta vive no momento aplicativo, criativo do ordenamento do caso concreto, também mediante a cultura dos operadores do direito: juízes, advogados, tabeliões, funcionários. Deste modo a experiência enriquece a norma, a modela e a torna efetiva<sup>77</sup>.

Ademais, o sistema jurídico brasileiro, construído ao molde do tipo hierarquizado e fechado, possui, na vigente Constituição Federal, de caráter rígido, a garantia da unidade do ordenamento, ainda que o sistema seja marchetado ou entremeado pelo modelo em rede, que admite as matérias supraestatais.

Vale complementar que o sistema piramidal e fechado por vezes não se acomoda cabalmente, como em outros tempos se acomodava, às exigências da sociedade contemporânea, caracterizada pela dinamicidade e pela complexidade. Ensina a Professora Elza Boiteux que a profusão de normas afetas ao direito internacional, as concepções de respeito ao multiculturalismo e a ideia de ausência de fronteira dos direitos humanos, que interessam a toda a humanidade, não se conformam ao sistema jurídico fechado, proposto pelo modelo piramidal. Em consequência disso, novas concepções foram desenvolvidas acerca da teoria dos sistemas com orientação em um modelo que se efetiva de forma

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 94.

<sup>77</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195-196.

reticular, o sistema jurídico em rede, que considera a “sobrevivência e desenvolvimento dos povos em igualdade de direitos”<sup>78</sup>.

Nessa proposta, os modelos piramidal e em rede coocorrem. São distintos, mas igualmente essenciais. Portanto, o sistema jurídico é fechado, mas admite abertura. Nas palavras da professora, “o sistema é fechado operativamente, não se submete a qualquer princípio fundador ou metanorma exterior a ele, mas recebe influência cognosciva do ambiente que compõe o entorno”<sup>79</sup>.

É importante ressaltar que a supremacia da norma constitucional não se limita a um caráter formalista ou procedimental para se fazer obedecer na produção das demais normas presentes ou pretendentes a compor o complexo ordenamento. Como suma fonte, os valores insertos no texto constitucional devem ser igualmente observados pelo sistema normativo como um todo. Nesse sentido refere-se, sobretudo, à lógica substancial da Lei Maior, isto é, “os valores e à sua correspondência à filosofia da vida presente no modelo constitucional: é o instrumento mediante o qual o sistema normativo assegura a efetivação dos próprios princípios”<sup>80</sup>. Os valores jurídicos, nessa senda, advêm da norma constitucional, e sua admissão no sistema tomou vulto com a queda da neutralidade valorativa pregada pelo positivismo no pós-Guerra. Segundo o eterno mestre Miguel Reale:

---

<sup>78</sup> Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo: Saraiva, 1994. p. 89. *Apud* BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 509-533, jan./dez. 2010. p. 517.

<sup>79</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 509-533, jan./dez. 2010. p. 518.

<sup>80</sup> A completa doutrina de Pietro Perlingieri, embora se valha da realidade italiana, adéqua-se à do Brasil. Segundo o autor, “o respeito à Constituição, fonte suprema, implica não apenas na observância de certos procedimentos para produzir a norma (infraconstitucional), mas também na necessidade que o conteúdo da referida norma seja conforme aos valores presentes (e organizados) na própria constituição” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 324).

Não há dúvida que o ordenamento não é homogêneo nem inteiriço, podendo mesmo conter conflitos e até mesmo contradições, conflitos esses que podem ser tanto de fatos e de interesses como de ideias, mas que devem ser obrigatoriamente resolvidos e normativamente superados para que a ordem jurídica subsista. No fundo, pois, prevalece um imperativo axiológico de coerência do ordenamento como um postulado da convivência social<sup>81</sup>.

Fundamental no ordenamento jurídico, a Constituição<sup>82</sup>, como fonte primária, delinea a forma e inspira a matéria ou o conteúdo, tanto assim que se consagrou o princípio da supremacia da Constituição. Seus princípios se convertem em fundamento da ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Os princípios são normas, e por normas compreendem-se tanto os princípios como as regras, o que avança em relação às concepções positivistas, que conferiam aos princípios uma função subsidiária, posto que a corrente sustentava a compreensão do direito em um sistema de leis, com exclusão dos valores e o aspecto axiológico dos princípios. Entretanto, o estudo da teoria contemporânea dos princípios<sup>83</sup> demonstra que são dotados de normatividade, sendo espécie do gênero norma.

A consagração da força normativa dos princípios, explícitos ou implícitos, na Constituição dirime o problema colocado pelo entendimento de que o direito é um sistema composto exclusivamente de regras jurídicas. Melhor dizendo, não havendo regra jurídica aplicável a um caso complexo, *v.g.*, o juiz acabará sendo discricionário na tomada de decisão.

De outro modo, se ao lado das *regras jurídicas* (que, na perspectiva da validade, se valem, são aplicadas em sua inteireza; se não valem, não são aplicáveis) há os *princípios* (estes, ao contrário daquelas, apresentam outra dimensão, o peso), o julgador poderá aplicá-los ao caso concreto. Nota-se que os princípios não oferecem solução única, no sentido de tudo ou

<sup>81</sup> Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo: Saraiva, 1994. p. 89.

<sup>82</sup> Irineia Senise, ensina que, “com efeito, Constituição, estabelece, faz surgir, uma ordem jurídica nova, com normas próprias, relativas aos poderes do Estado, à sua forma de governo, à distribuição de suas competências entre a União, os estados e os municípios (como no caso brasileiro) ou a outras eventuais esferas políticas autônomas, a direitos e a deveres de seus cidadãos, entre outras matérias, visando ao bom funcionamento e à manutenção dos laços federativos” [SENISE, Irineia Maria Braz Pereira. Formação de Estados federados. 2011. Orientador: Sérgio Resende de Barros. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12092012-152420/publico/Dissertacao\\_de\\_Mestrado\\_Irineia\\_Maria\\_Braz\\_Pereira\\_Senise.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12092012-152420/publico/Dissertacao_de_Mestrado_Irineia_Maria_Braz_Pereira_Senise.pdf). Acesso em: 15 maio 2021].

<sup>83</sup> A matéria sobre o conceito de norma jurídica, composta por regras e princípios, suscita muito dissenso na literatura, não sendo pretensão do trabalho adentrar no debate, mas apenas registrar a existência de infindáveis controvérsias. Como observado por Virgílio Afonso da Silva, as discussões sobre a distinção entre os princípios e as regras partem, muitas vezes, das orientações teóricas de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que comungam “da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico”. Este trabalho, portanto, parte da concepção de caráter normativo do princípio (SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003. p. 3).

nada, não havendo que se indagar acerca de sua validade<sup>84</sup>. No caso de colisão entre princípios, terá “prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico”<sup>85</sup>.

Virgílio Afonso da Silva destaca que há um enorme dissenso na literatura jurídica brasileira sobre a definição dos princípios e das regras jurídicas, explicando que, convencionalmente, os princípios são definidos como “mandamentos nucleares”, ou “disposições fundamentais de um sistema”, ou ainda como “núcleo de condensações”<sup>86</sup>.

Com definição mínima e precisa, Fábio Konder Comparato ensina que “os princípios são normas de extrema generalidade e abstração, em contraste com as regras, cujo conteúdo normativo é sempre mais preciso e concreto”. O mestre considera que a “função social da regra consiste em interpretar e concretizar os princípios, à luz do ideário vigente, em cada época histórica, nas diferentes culturas e civilizações”. Para o autor, há um cuidado permanente, vigiar para que “os princípios éticos não sejam sufocados por regras de aplicação mesquinha ou anacrônicas”<sup>87</sup>.

Os princípios, por exprimir os valores aspirados pela sociedade, permite a adaptação do direito conforme são reorganizados os valores daquela, sem que para isso seja necessária a modificação ou revogação das regras jurídicas, muitas vezes engessadas no modelo codicista. O conteúdo do princípio, de certa maneira, é moldado a cada época e momento histórico, e essa característica de adaptabilidade evita a obsolescência que afeta as regras jurídicas.

Luiz Edson Fachin orienta que governo dos princípios jurídicos coopera para com a regulação social inclusiva e emancipatória, partindo de duas premissas: a primeira, de que são “normas vinculantes que se aplicam direta e imediatamente nas relações sociais, públicas ou interprivadas”, e a segunda, de que possuem função “nuclear, distinto do clássico lugar dos princípios gerais de direito, e correspondem a um patamar destacado e relevante na constitucionalização do direito privado”<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Conforme assentado pela teoria de Dworkin, crítico do positivismo jurídico (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010).

<sup>85</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003. p. 5.

<sup>86</sup> O jurista considera que, ainda que sejam variadas as terminologias, a ideia costuma ser a mesma: “princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental” (SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003. p. 6).

<sup>87</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 511.

<sup>88</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentido, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 185.

Cabe registrar a lição de Paulo Bonavides acerca da relevância dos princípios e dos valores que neles se inserem:

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional<sup>89</sup>.

Nesse sentido, não há fundo jurídico que impeça a aplicação direta (quando não houver lei ordinária ou especial que regule a questão concretamente) ou indireta (sempre que houver lei disciplinadora da circunstância posta) dos princípios constitucionais como fonte normativa em uma relação interpessoal.

No tocante às adversidades percebidas no âmbito do direito de família, “a solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam”<sup>90</sup>.

Ademais, a propósito da consagração do valor normativo dos princípios constitucionais (mormente da dignidade, como uma cláusula geral de tutela da pessoa – CF, art. 1º, inciso III), foi expandida a concepção de direitos da personalidade<sup>91</sup>.

Segundo Pietro Perlingieri, a personalidade consiste em um valor fundamental que se encontra na base do ordenamento, como uma categoria aberta às situações existenciais<sup>92</sup>. Para o autor, não é possível estabelecer uma enumeração de hipóteses, posto que tutelado é “o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”. Nesse sentido, acrescenta que a “elasticidade torna-se instrumento para realizar

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 295.

<sup>90</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 175.

<sup>91</sup> Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, analisando os direitos da personalidade no Brasil (segundo a enunciação feita pelo legislador ordinário), em crítica, considera que, diante do vasto movimento mundial do último quarto do século XX, que cuidou de orientar o direito no sentido da proteção integral da pessoa humana, restou destoada a tímida proposição civilista, que os reduziu a número e à categoria dos direitos subjetivos. Quiçá sua proposição tenha se descuidado da amplitude do sentido da proteção integral e irrestrita à pessoa humana, em face do histórico valor que a dogmática privatista prestou, e presta, à propriedade e aos contratos (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 126).

<sup>92</sup> Pietro Perlingieri critica a concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundadas sobre a distinção entre os interesses de natureza patrimonial e os de cunho existencial (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 760).



formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”<sup>93</sup>.

Pois bem, os direitos da personalidade, compreendidos como uma categoria aberta por força de seu valor fundamental, para além dos preceitos firmados pela enunciação civilista (CC, arts. 11 a 21), conferem proteção a todos os direitos da pessoa integralmente considerada, que emanam de variadas circunstâncias juridicamente relevantes. Nas palavras de Perlingieri, das *situações subjetivas existenciais*<sup>94</sup>.

Note-se que essa ampliação deriva da superação da oposição entre o direito público e o privado e da efetivação da metodologia civil-constitucional, que concede supremacia à Constituição Federal e radica normatividade a seus princípios.

#### 1.4 A constitucionalização do direito civil

A *teoria do direito civil na legalidade constitucional* é representativa do denso estudo e do pensamento de Pietro Perlingieri, teórico do método, cuja obra, que estampa o nome da teoria no título, *Il diritto civile nella legalità costituzionale: secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, foi traduzida para a língua portuguesa e organizada pela jurista e Professora Maria Cristina De Cicco, que manteve o título principal, *O direito civil na legalidade constitucional*.

Há uma variabilidade de nomenclaturas utilizadas pela doutrina para referenciar a teoria, sendo, ao menos, “direito civil-constitucional”, “constitucionalização do direito civil”, “nova ordem civil e constitucional” e “constitucionalização do direito privado” as que mais se popularizaram e foram difundidas no cenário brasileiro<sup>95</sup>.

A forma universal com que o autor italiano abordou as questões (dentre tantas, a unidade do sistema jurídico, o centralismo constitucional, a normatividade dos princípios, as relações familiares), bem como algumas semelhanças entre as normas dos países, permitem que sua doutrina seja analisada no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>93</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 155-156.

<sup>94</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 760.

<sup>95</sup> Para fins deste estudo, todas as expressões serão consideradas umas equivalentes às outras, ou seja, terão o mesmo e único sentido. No entanto, objetivando ser fiel ao pensamento de seu teorizador, será utilizado o nome de batismo “direito civil na legalidade constitucional”, o que não exclui a possibilidade de utilizar as demais expressões para manejo da linguagem escrita ao longo do texto.

Sob a perspectiva estrutural, os códigos civis dos países guardam similitude, tanto assim que *Il Codice Civile Italiano*, de 1942, é decomposto em sete partes, além de uma seção de introdução geral da disciplina (Disposizioni sulla Legge in Generale, arts. 1º a 16), seguida por seis livros (Delle persone e della famiglia, arts. 1º a 455; Delle successioni, arts. 456 a 809; Della proprietà, arts. 810 a 1.172; Delle obbligazioni, arts. 1.173 a 2.059; Del lavoro, arts. 2.060 a 2.642); e Della tutela dei diritti, arts. 2.643 a 2.969), e concluído com um item que dispõe sobre questões de feitos transitórios (Disposizioni di Attuazione, arts. 1º a 256).

Por sua vez, o Código Civil brasileiro, um tanto mais jovem, visto que aprovado em 2002, é composto por três livros na Parte Geral (Das pessoas, arts. 1º a 78; Dos bens, arts. 79 a 103; Dos fatos jurídicos, arts. 104 a 232) e cinco livros na Parte Especial (Do direito das obrigações, arts. 233 a 965; Do direito de empresa, arts. 966 a 1.195; Do direito das coisas, arts. 1.196 a 1.510-E; Do direito de família, arts. 1.511 a 1.783-A; Do direito das Sucessões, arts. 1.784 a 2.027) além de um Livro Complementar (Das Disposições Finais e Transitórias, arts. 2.028 a 2.046). Por fim, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem propósito equiparável às Disposições sobre a Lei em Geral do diploma italiano. Embora os diplomas não sejam idênticos, a começar pela distinta quantidade de artigos, admitem alguma semelhança estrutural.

No que tange à matéria, ambos os diplomas foram idealizados a partir da concepção de que as relações privadas são substancialmente patrimonialistas, em face da proposição individualista do século anterior. Nesse contexto, surge a necessidade de um método que compreenda o ordenamento em sua complexidade, em que os valores constitucionais sejam reunidos à dogmática civilista, tratando com desimportância a tradicional separação entre os direitos público e privado.

A teoria de Perlingieri instrumentaliza a reconstrução da legislação infraconstitucional a partir dos princípios e valores constitucionais na concepção do sistema aberto, ou seja, para além do Direito Civil – “para a vida além do Código, na tentativa de abrir o sistema e buscar conteúdo normativo dos preceitos codificados a partir do compromisso constitucional da sociedade”<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 20.

Segundo o jurista, “o direito é antes de tudo a cultura de uma determinada sociedade”. Sua doutrina sustenta que “não basta o conhecimento das leis, a interpretação da disposição legislativa, nem reconstruir os institutos, os conceitos e então o sistema; é necessário confrontar o sistema com o fato, a realidade social, os problemas concretos”. Nesse sentido, “a norma não pode ser compreendida fora da sociedade, historicamente determinada, e a relevância da sociedade civil não pode ser valorada separadamente da norma”<sup>97</sup>.

Em seu magistério, destaca que a interpretação da norma, “clara ou não, deve ser conforme aos princípios e aos valores do ordenamento e deve resultar de um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme às escolhas de fundo do ordenamento”<sup>98</sup>. Obviamente a profundidade do pensamento e a extensão de sua obra, composta por mais de mil laudas, não se revelam na sintética transcrição escolhida dentre tantas reflexões e proposições do mestre, mas é precisa por conferir a possibilidade de releitura dos institutos tradicionais disciplinados pelo direito civil à luz dos princípios e valores constitucionais. Portanto, a Lei Maior assume relevância no processo interpretativo, bem como no integrativo, na prática de definir e limitar categorias jurídicas.

Nesse sentido, a tradicional concepção de liberdade patrimonial assegurada ao proprietário e ao contratante – normada pelo direito civil – é ampliada para uma feição que permite a promoção da liberdade substancial e a autonomia existencial<sup>99</sup> na legalidade constitucional.

Por efeito da constitucionalização do direito civil, segundo Gustavo Tepedino, “o modelo teórico, racional e abstrato, desvinculado da práxis, cede lugar ao pensamento tópico-sistemático, atento à realidade social, com características fenomenológicas diversas da ciência jurídica anteriormente concebida em sua neutralidade conceitual”<sup>100</sup>.

Com efeito, a tese da constitucionalização do direito civil tem sido abordada com especial atenção e frequência na literatura jurídica brasileira, mormente pela doutrina

---

<sup>97</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 5-7.

<sup>98</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 597.

<sup>99</sup> Na bela análise de Luiz Edson Fachin, “da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico da afetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura para a função, e bem assim dos princípios gerais do Direito para os princípios constitucionais como normas vinculantes” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentido, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 49).

<sup>100</sup> TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 21.

familiarista<sup>101</sup>, que vem rompendo com antigos dogmas, destacando a constitucionalização dos ramos da dogmática e defendendo que compete aos civilistas, segundo o ensinamento de Perlingieri, “reler” os códigos à luz dos princípios constitucionais e, com isso, acessar uma “nova ordem científica que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea”<sup>102</sup>.

Não significa que não tenha havido resistência por parte das doutrinas civilistas mais tradicionais, que consideraram o fenômeno uma ingerência do direito público em âmbito privado, ramo de operabilidade dos princípios do direito civil, defendendo que cada um possui seu domínio, em face do temor de que o direito civil fosse banalizado e se tornasse um apêndice do direito constitucional<sup>103</sup>, hipertrofiado e colonizador do direito civil.

Outras justificativas foram apontadas por juristas mais apegados à codificação, desde sentimentos nostálgicos e históricos até a crença de que a separação dos ramos preveniria a ingerência do Estado nos espaços privados<sup>104</sup>. Em que pesem as críticas, a ideia do direito civil na legalidade constitucional não supõe a majoração de um ramo em detrimento do espaço do outro, mas propõe a renovação da dogmática civilista a partir dos valores constitucionais que destacaram a importância da pessoa humana. Nesse sentido, se houve alargamento, foi do próprio direito civilista, ao qual se concedeu atuar a partir das concepções axiológicas do direito público, normados na Constituição Federal de 1988.

---

<sup>101</sup> As escolas de Giselda Hironaka, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Maria Celina Bodin de Moraes são algumas das doutrinas brasileiras contemporâneas que analisam o direito de família sob a perspectiva da disciplina do direito civil-constitucional.

<sup>102</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 137.

<sup>103</sup> Circunstância registrada por Maria Celina Bodin de Moraes e Paulo Lôbo (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 28; LÔBO, Paulo. Constitucionalização dos institutos fundamentais do direito civil. *Gen Jurídico*, 29 jan. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/29/constitucionalizacao-do-direito-civil/>. Acesso em: 15 out. 2020).

Em crítica ao movimento denominado constitucionalização do direito civil, o civilista Otavio Luiz Rodrigues Junior menciona que existem tentativas de “superar o modelo civilista clássico pela captura do conteúdo axiológico, em geral, do valor Justiça, por predefinições do que seja adequado socialmente ou conforme ao interesse coletivo, ao bem comum ou à dignidade da pessoa humana”. Para o autor, os argumentos de ataque cingem-se ao fato de que “o direito posto, na espécie, o Direito Civil, seria retrógrado, ultrapassado, desconforme aos valores constitucionais, à dignidade humana e, por via de consequência, não ampararia os direitos dos hipossuficientes, de gênero ou das minorias” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Meritum*, v. 5, n. 2, p. 13-52, 2010. p. 51. Disponível em: <http://fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>. Acesso em: 5 de set. 2019).

<sup>104</sup> Circunstâncias registradas por Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 23).

*Verbi gratia*, na respeitável visão de um privatista do século XX, Miguel Maria de Serpa Lopes, imperava a natureza privada dos direitos civilistas, juntamente com Clóvis Beviláqua e Lafayette, que o próprio Serpa Lopes cita em sua obra, sustentando “posicionamento de vetusta tradição”, qual seja, “a necessidade de ‘preservação da índole juscivilista’”<sup>105</sup>. No entanto, desde aquele momento, o autor reconhecia “a prevalência de um conceito pontilhado de normas de direito cogente da tese publicista”.

De fato, quando da vigência do primeiro Código Civil brasileiro, o de 1916, a bipartição entre público e privado era caracterizada pela forte polarização, distância que foi sendo mitigada paulatinamente, como abordado antes, até que, no Brasil, a concepção da unidade jurídica hierarquizada, em que os princípios da Lei Maior penetram toda a estrutura normativa civilista, assumiu lugar respeitável.

O deslocamento dos princípios e valores dos tratos privados para o âmbito constitucional considera que no topo do ordenamento jurídico está a normativa constitucional. Dessa forma, os princípios previstos por aquela encadeiam uma reorganização do próprio sistema do direito privado.

Segundo Luiz Edson Fachin, se no ordenamento jurídico as leis vigentes causam dúvidas ou algum tipo de problematização, deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição, pacificando-se os entendimentos para que as diretrizes constitucionais prevaleçam. Se houver ausência de legislação, a lacuna deverá ser colmatada por meio dos princípios constitucionais<sup>106</sup>. Acrescenta o autor que, por meio deles, as questões atinentes aos litígios de família podem ser solvidas<sup>107</sup>.

A proposta da teoria de Perlingieri não se restringe à ideia de que a norma superior figure apenas como limitadora da inferior (tanto no plano formal como no material), destinada ao legislador e desqualificada, portanto, de capacidade promocional.

---

<sup>105</sup> SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil*. Continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes – 1919-2000. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. VIII: Direito de família. p. 28-32.

<sup>106</sup> Nesse mesmo sentido: “A plena vinculação e aplicabilidade direta dos princípios e normas constitucionais, nas relações privadas, são tônicas da constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, que abandona os efeitos simbólicos das chamadas *normas pragmáticas*” (LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 106); “A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da Constituição. Sua força normativa não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade – converte-se ela mesma em força ativa. [...] O direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 40).

<sup>107</sup> MINISTRO EDSON FACHIN (STF) COMENTA COMO AS MUDANÇAS NA FAMÍLIA AFETAM O JUDICIÁRIO. [Entrevista]. *Revista IBDFAM*, n. 23, out./nov. 2015. p. 5.

Mais que isso, a relevância da proposta de realizar a legalidade constitucional está na interpretação constitucional da legislação ordinária. Em apropriados termos, a legislação ordinária “adapta os próprios instrumentos hermenêuticos à exigência primária de realização dos valores fundamentais”<sup>108</sup>. Todavia, essa proposta teórica de releitura da legislação ordinária à luz das normas fundamentais, mais que utilizar a norma constitucional como “instrumento hermenêutico de um enunciado ordinário, na realidade ela se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação”<sup>109</sup>. Em complemento:

As normas constitucionais, que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial e não meramente interpretativa; o recurso a elas, também em sede de interpretação, se justifica, como qualquer outra norma, como expressão de um valor ao qual a própria interpretação não se pode subtrair. É importante constatar que os valores e os princípios constitucionais são normas<sup>110</sup>.

A teoria propõe que a realização da legalidade constitucional está na interpretação constitucional da legislação ordinária por meio de seus valores fundamentais, visto que os valores axiológicos do ordenamento tornam-se parte integrante da norma destinada a regular uma relação concreta<sup>111</sup>.

Nesse sentido, alguns preceitos teóricos dessa doutrina referem-se: (i) à natureza normativa da Constituição Federal e de suas normas, decaindo a ideia de que sua finalidade seja pragmática; (ii) à natureza unitária e complexa do ordenamento jurídico, diante da pluralidade de fontes de direitos; (iii) à ideia de uma teoria da interpretação jurídica aperfeiçoada, que não seja formalista e considere os valores e fins a serem aplicados. Em substância, havendo dúvida ou não acerca da clareza da norma, cabe sempre ao intérprete fazê-lo segundo os princípios e valores constitucionais. Essas premissas exigem que a argumentação seja pautada em um processo argumentativo axiológico, que tem no princípio da dignidade humana o impulso original<sup>112</sup>.

A Constituição Federal de 1988, além de conceder amparo constitucional às famílias não compostas apenas pelo casamento, centraliza a proteção na pessoa de seus integrantes quando estabelece como princípio fundamental da República a dignidade de todo ser.

<sup>108</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 573.

<sup>109</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 579.

<sup>110</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 580.

<sup>111</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 573.

<sup>112</sup> LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 106.

A envergadura valorativa do princípio atinge todo o tecido normativo do ordenamento jurídico. Nesse ínterim, os valores existenciais, que suplantam qualquer outro no sistema, devem ser considerados sob todos os aspectos. Ou seja, a teoria do *direito civil na legalidade constitucional*, para além da concepção de *delimitação da legislação ordinária* e da *importância interpretativa* que assume, propõe a *aplicabilidade indireta* (quando há norma civil específica à circunstância) e *direta* (quando falta legislação ordinária) da norma constitucional no caso concreto. Dessa forma, como *norma de comportamento*, funcionaliza os valores da norma constitucional<sup>113</sup>, mormente aqueles imbricados na concepção de dignidade humana para os integrantes das famílias, seja coibindo as violências em todas as suas facetas, seja tutelando o exercício da autonomia da vontade.

Entendimento contrário à teoria da constitucionalização do direito privado, em especial no que tange às relações íntimas, tem de Gustavo Tepedino duras, porém, verdadeiras, críticas:

Intensas e robustas se apresentaram as resistências contra o que seria a contaminação do direito civil pelas normas de ordem pública constitucional, notadamente do direito de família, reduto da intimidade da vida privada, com sua tradição milenar. Ironicamente, contudo, em nome da liberdade, que tanto prezamos, e dos espaços de não ingerência na vida privada, permitiu-se ao longo do tempo o aviltamento da personalidade da mulher e dos filhos em favor do predomínio masculino, autoritário, sexista e misógino, que estabeleceu em torno do modelo monogâmico do casamento verdadeira poligamia masculina velada *vis à vis* da sexualidade quase angelical feminina, ameaçada pela chibata do desprezo social diante do menor desvio de conduta em face do paradigma dominante. A constatação do fracasso da bandeira da não ingerência nos espaços de liberdade, sem uma ordem pública que garanta a igualdade do viver livremente às relações existenciais, certamente contribuiu para a admissão da força normativa das normas constitucionais nas relações privadas<sup>114</sup>.

Não raras vezes, o direito civil positivado é censurado e considerado ineficiente ou insuficiente para solver as situações que decorrem de relações privadas animadas pela

<sup>113</sup> “A relação direta entre o intérprete e norma constitucional tenta evitar o isolamento desta última do restante sistema normativo, confirmando a unidade do ordenamento e a conseqüente superação da tradicional contraposição entre público e privado. Abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe à realização de objetos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de fato à legitimação etc.), em um esforço de modernização do instrumentário e, especialmente, da teoria da interpretação. Muitas das investigações já realizadas nesse sentido indicam que a estrada traçada é rica de resultados, destinados, na sua totalidade, a dar uma nova feição ao direito civil, contribuindo à criação do direito civil constitucional” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 590-591).

<sup>114</sup> TEPEDINO, Gustavo. Liberdade para amar, solidariedade nas famílias. *Jusbrasil*, 2016. Publicado por Flávio Tartuce. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/369169388/liberdade-para-amar-solidariedade-nas-familias>. Acesso em: 20 set. 2019.

liberdade e indiferentes à tradição. Nesse contexto, são criticadas as normas ordinárias vigentes, censurada a omissão e o anacronismo do Poder Legislativo no desiderato de renová-las, fomentando os debates relacionados ao problema da baixa representatividade das minorias naquele espaço de poder. No final, resta a impressão de que o direito, em sua neutralidade conceitual, no modelo abstrato e desvinculado da práxis, não se compatibiliza com algumas realidades sociais.

No entanto, a perspectiva de que “o direito é antes de tudo a cultura de uma determinada sociedade” compreende a noção de que ele próprio seja a condensação, a síntese dos “problemas e de suas soluções, pacíficas ou contestadas [...] um universo de possíveis soluções, desde que caracterizado pelo rigor do método e pelo respeito aos cânones lógico-positivos do argumentar jurídico, fundamento da teoria da interpretação em função normativa”<sup>115</sup>.

Portanto, depreende-se que a *ciência jurídica* não se separa da *realidade social* e que o *direito* possui um vínculo de interdependência em relação aos *atos*. À primeira, pela circunstância de que a definição e a delimitação da própria norma jurídica dependem do fato social, doravante compreendido como fato jurídico e capaz de produzir desejáveis efeitos na seara do direito. Além disso, sendo a realidade fática o pressuposto da norma jurídica, cabe à ciência do direito, por sua experiência normativa, acessar toda vivência social, sendo, ao menos, discricionário considerar algumas situações desprovidas de importância para o direito.

Nas palavras do mentor da teoria do direito civil na legalidade constitucional:

A tarefa da ciência jurídica é extrair uma ordem do caos legislativo e da grande quantidade dos textos de relevância jurídica e normativa e expressá-la em um sistema que nunca seja fim a si mesmo, que nunca tenha a pretensão de ser definitivo, mas que, ao contrário, tenha somente a função de composição tendencial e contingente das diversas partes, como construção do conjunto de elementos e de razões ao qual fazer referência para o controle das disposições vigentes que concorrem na individuação do próprio sistema.

---

<sup>115</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 5-6.



O que deve ser reafirmado com muita convicção é que o constitucionalismo transformou a configuração tradicional do sistema jurídico, transferindo o baricentro do próprio sistema, fundado atualmente sobre valores fortes, hierarquicamente prevaletentes e unitários para todo o ordenamento: valores que não devem mais ser emprestados da legislação ordinária caracterizada, como é, pela inconstância e, ainda por cima, pela natureza preponderantemente privatística e patrimonial<sup>116</sup>.

A aplicabilidade da teoria do direito civil na legalidade constitucional radica na pessoa humana os valores propostos pelo princípio da dignidade, o que atualiza e recompõe a dogmática civilista brasileira, particularmente as regras jurídicas afetas aos direitos das pessoas que integram as sociedades familiares.

Ocorre que o reconhecimento doutrinário da aplicabilidade da teoria e dos princípios constitucionais nas relações familiares não encerra a questão, uma vez que, frequentemente, o reconhecimento ou não de eventuais direitos depende de um decididor. Ou seja, caberá ao magistrado o papel de determinar as categorias e estabelecer certos conceitos jurídicos (sem a garantia de que o juiz que analisará o dissídio familiar será o “homem culto” de Aristóteles, que age com a devida “prudência”<sup>117</sup>).

---

<sup>116</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 592.

<sup>117</sup> Segundo a Professora Elza Boiteux, “para determinar o caminho a ser seguido para a solução do conflito, Aristóteles responde que o homem capaz de agir com prudência é o *homem culto*, aquele que tem conhecimento e vivência para agir. Em outras palavras, o homem prudente é aquele que se dedica à descoberta do significado e do propósito da vida, é aquele que observa e procura entender tudo que acontece, sem se preocupar com o poder ou com a riqueza” (BOITEUX, Elza. *Variações sobre o conceito de equidade*. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 332).

## 2. O PODER JUDICIÁRIO E A REORGANIZAÇÃO DA FAMÍLIA

### 2.1 O ato de julgar

Desde sua concepção como um poder por herança do pensamento liberal da teoria da Separação de Poderes, de Montesquieu<sup>118</sup>, o Judiciário ascendeu notadamente, consolidando sua posição e expandindo suas competências, mormente no que concerne à extensão da propriedade interpretativa do julgador.

Fundada na ideia de que o poder deveria controlar o poder, a teoria montesquiana almejava equilibrar os poderes do Estado para que um não se assenhorasse dos outros, estruturando suas três funções em torno da lei. Ao Legislativo conferiu especificamente elaborar a *lei*; ao Executivo, administrar sob a égide da *lei*, e ao Judiciário, aplicar a *lei*.

A centralidade e a autoridade da norma na estrutura, que coexistiu com o pensamento jurídico positivista, notabilizou o princípio da legalidade e a relevância do Poder Legislativo, ante sua função típica, e exclusiva, na tarefa de elaborar normas e criar direitos. Ademais, sua posição destacada relacionava-se também ao fato de ser essencialmente o órgão de representação popular.

Todavia, conforme observado por José Levi Mello do Amaral Junior, o “arranjo de poderes constante do capítulo VI do Livro XI de *O Espírito das Leis* deve ser compreendido no seu respectivo contexto histórico. Isso porque ele cumpriu um propósito específico: prevenir o absolutismo, que fora derrotado nas revoluções liberais”. Complementando que “na lógica de *O Espírito das Leis* o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar. A sentença do julgador já está na lei. O poder de julgar limita-se a realizá-la em concreto. Montesquieu objetivava, com isso, garantir segurança jurídica”<sup>119</sup>.

Essa supremacia da lei irrompeu da necessidade de abrigar um regime moderado, um governo com leis, em oposição ao despotismo, os governos que não se adstringiam aos limites legais. Por consequência, quanto mais o governo se aproximava de uma República,

---

<sup>118</sup> “Nos Estados que mantêm a tradição romanística, o reconhecimento da existência de um Poder Judiciário data da Revolução Francesa, pois, no período absolutista, não existia uma teoria sobre o Poder Judiciário independente das prerrogativas reais” (BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 35). Segundo Alfredo Attié Junior, Montesquieu foi o “criador das estruturas e das ideias mais caras ao pensamento político-constitucional” (ATTIÉ JÚNIOR, Alfredo. *Montesquieu: tópica das paixões e estilo “moraliste”*. Lisboa: Chiado Books, 2018. p. 15).

<sup>119</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de *O espírito das leis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, fev. 2008. p. 54.

dando maior valor à liberdade, tanto mais a maneira de julgar se aproximava de uma atividade mecânica. A garantia da liberdade necessitava que o povo, assim como o juiz, não tivesse autonomia. Ao juiz cabia apenas pronunciar a lei. Portanto, “concebido num clima de desconfiança, o Poder Judiciário, em sua origem, nasceu como um poder limitado e controlado”<sup>120</sup>.

Acerca das limitações prescritas à função de julgar, observa a Professora Elza Boiteux:

A doutrina de Montesquieu salientou a característica protetora-repressiva do ordenamento jurídico liberal. As noções jurídicas eram vistas numa perspectiva puramente negativa e como desestímulo ao comportamento contrário aos fins estabelecidos. [...]

A desconfiança dos Constituintes para com o juiz impôs o uso de métodos lógicos e formais para a função de julgar, considerando-a como um simples comentário das regras inseridas no sistema. Ao juiz era vedado criar novas regras; ele devia indicar as existentes e interpretá-las<sup>121</sup>.

No entanto, com a evolução do Estado-providência, ao formalismo jurídico foi agregada a preocupação com o valor e a justiça segundo o princípio da legalidade. Mais que isso, a organização do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição equilibraram os Poderes entre si e os subordinaram a esta. A nova ideia sobre os Poderes reequilibrou-os e mitigou o acanhamento inicial do Poder Judiciário, que teve a atividade jurisdicional reconhecida pela Constituição.

Desse novo equilíbrio de poderes, o Judiciário foi o maior beneficiário. Usando da atividade jurisdicional recebida da Constituição, o Poder Judiciário devia proteger as liberdades face aos abusos eventuais do legislador. Tornou-se um poder de limite situando-se acima da lei embora abaixo dos princípios constitucionais. O Legislativo perdia as suas virtudes; o Judiciário, o verdadeiro protetor dos cidadãos, através da equidade, ganhava prestígio<sup>122</sup>.

O Poder Judiciário, subordinado à Constituição e não mais subserviente aos demais Poderes, passou a assegurar aos indivíduos acesso aos novos interesses sociais não internalizados pelo Legislativo. A ideia de acesso à justiça redimensionou seus limites, outorgando-lhe mais espaço de atuação. Além disso, foram introduzidos instrumentos que

<sup>120</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 43.

<sup>121</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 108.

<sup>122</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 49.

potencializaram o exercício da jurisdição<sup>123</sup>. De uma função estritamente jurídica, o julgador passou a também exercer uma função política, assumindo responsabilidades que ultrapassam a aplicação dos direitos predeterminados, como os relacionados à conservação e promoção de interesses socioeconômicos.

Aperfeiçoaram-se os entendimentos de que as normas jurídicas deveriam ter em vista a necessidade de transformação e a concretização dos objetivos sociais; que o juiz deveria “colaborar com o legislador na concretização dos planos e programas sociais” e que sua atividade principal não seria interpretar o direito, mas buscar um direito por fazer; e admitiu-se que o significado da norma legal não está conectado à vontade do legislador, mas “depende do lugar e da função do direito, na sociedade na qual se vive”<sup>124</sup>.

A rígida distribuição de funções e restritas hipóteses de interpenetração de competências, originalmente propostas pelo princípio da separação, satisfaziam o cenário de um Estado que combinava a *proteção da liberdade* com a *construção da igualdade*, ainda em fases prefaciais<sup>125</sup>. No entanto, as múltiplas funções assumidas pelo Estado e a necessidade de eficiência no desenvolvimento destas admitiram certo compartilhamento funcional.

No Estado contemporâneo a ciência do direito clássica não solve todos problemas e questões com fundamento na dogmática jurídica, visto que os valores superiores conduzem a atividade do julgador. Em melhores termos, leciona a Professora Elza Boiteux que “a função de julgar é uma atividade, a demonstrar que a ciência do direito não pode corresponder apenas às regras formais, mas deve englobar valores e princípios que decorrem dos fatos sociais que fundam as regras do sistema”<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Por exemplo, a doutrina do controle jurisdicional de constitucionalidade, implantada no Brasil quando da promulgação da primeira Constituição Republicana brasileira, em 1891 (que tornaria efetivo princípio da supremacia da constituição), e a admissão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e do mandado de injunção (MI), contribuíram para a ampliação das funções do Poder Judiciário. A esse respeito, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho mencionou, em uma referência ao julgador, que “no caso de controle de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade fazem dele um legislador negativo, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se um legislador ativo” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, p. 1-17, out./dez. 1994. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v198.1994.46407>. Disponível em: <http://biblioteca.digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46407/46734>. Acesso em: 6 dez. 2020).

<sup>124</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 109.

<sup>125</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

<sup>126</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 109-110.

De tanto que se transformou, o Poder Judiciário adquiriu a reputação de garantidor dos direitos, com tal intensidade que o debate hodierno é sobre os limites da função de julgar<sup>127</sup> e a demarcação normativa da discricionariedade judicial, confinando a liberdade de escolha conferida ao juiz às possibilidades exegéticas existentes para solução do caso concreto<sup>128</sup>.

Atualmente, em face dos novos direitos subjetivos dos indivíduos, “o juiz doravante faz obra política, em sentido amplo, ele não é mais o agente da conservação dos textos em vigor”, tendo se transformado “em coautor das mudanças jurídicas”<sup>129</sup>.

Não se trata de desrespeitar a atividade legiferante e os procedimentos inerentes à criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações, tampouco de atentar contra a legitimação democrática. Todavia, na circunstância em que a demanda do cidadão não alcança o âmbito de debate do Legislativo, a obtenção de uma interpretação judicial favorável representa uma vitória política<sup>130</sup>. No momento da aplicação do direito pode ocorrer de surgirem elementos de uma realidade complexa não identificada pelos representantes do Poder Legislativo. Com efeito, a concepção da força normativa da Constituição e as inúmeras pautas sociais justificam muitas das situações postas sob o exame das instituições jurisdicionais atualmente.

A ampliação do acesso aos direitos na contemporaneidade pôs em evidência as instituições judiciárias e os magistrados, que adquiriram maior liberdade interpretativa para a construção racional de suas arguições legais, opondo-se à concepção original de que o juiz deveria ser tão somente a “boca da lei”. Nesse sentido, as circunstâncias afetas às tomadas de decisões e a racionalidade dos magistrados ocupam importante espaço no debate doutrinário, ante a crescente jurisprudência que se firma para além do saber puramente

<sup>127</sup> Muitos estudos abordam questões sobre os limites ao exercício da função jurisdicional, sendo intensa a assimetria nos entendimentos. Dessas análises emerge o fenômeno do ativismo judicial, que, desde a expressão, produz contradições, havendo doutrinas que categorizam o excesso da atividade jurisdicional sob uma perspectiva positiva – v.g., Luís Roberto Barroso – e outras que pautam sua nocividade – v.g., Elival da Silva Ramos (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 25; e RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 324).

<sup>128</sup> Em crítica à forma como a discricionariedade vem sendo utilizada, com mera subjetividade e pré-conceitos por parte do intérprete, Lenio Luiz Streck considera que a “decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá com um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98).

<sup>129</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 100.

<sup>130</sup> TOMELIN, Georghio. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 117.

dogmático. As decisões judiciais fundadas nos princípios, subjetivos por natureza, exigem do julgador maior comprometimento com a argumentação.

Tércio Sampaio Ferraz Junior ensina que a decisão judicial é um discurso racional, posto que exige fundamentação, condicionada à prova, embora tal circunstância não exclua a possibilidade de dissenso<sup>131</sup>.

Por assim dizer, em uma decisão jurídica que encerra, ao menos formalmente, os conflitos, muito significa o fato de ter sido argumentada em todo o seu processo de tomada de decisão. Esse desenrolar que erige a decisão sobre argumentos é resultado do raciocínio jurídico, fornecendo a argumentação os motivos racionais para solver o problema. Ou seja, raciocinar juridicamente é uma maneira de argumentar. Por sua vez, argumentar é dar motivos ou razões dentro de uma forma para solver um problema levado à deliberação jurídica, ante a incompatibilidade instalada.

Segundo Chaïm Perelman, “apenas a sentença motivada nos fornece o conjunto dos elementos que nos permitem pôr em evidência as características do raciocínio jurídico”<sup>132</sup>, posto que a motivação será composta por elementos de fato e de direito. Nesse sentido:

O dispositivo da sentença, a parte que contém a decisão do juiz, é precedido pelo enunciado dos considerandos, ou seja, das razões que que motivaram essa decisão. O raciocínio judiciário se apresenta, assim, como o próprio padrão do raciocínio prático, que visa a justificar uma decisão, uma escolha, uma pretensão, a mostrar que elas não são arbitrárias ou injustas. A sentença será justificada se resultar dos considerandos que ela é conforme ao direito<sup>133</sup>.

Pois bem, a análise crítica de José Rodrigo Rodriguez sobre a forma como decidem as cortes brasileiras adverte que as decisões judiciais no Brasil têm a característica de serem opinativas, julgando-se “em função da agregação de opiniões e não com base na fundamentação sistemática e racional”. Complementa o autor que a jurisdição brasileira é personalista, admitindo e estimulando os juízes a emitirem opiniões e não decisões bem fundamentadas<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 287-288.

<sup>132</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 480-481. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5610639/mod\\_resource/content/1/3.3%20PERELMAN%2C%20Chaïm%20-%20Etica%20e%20Direito%20473-516.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5610639/mod_resource/content/1/3.3%20PERELMAN%2C%20Chaïm%20-%20Etica%20e%20Direito%20473-516.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020.

<sup>133</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 480-481.

<sup>134</sup> Em complemento, o autor considera que a fundamentação das decisões judiciais no Brasil “é um aspecto menor do funcionamento de nossa jurisdição [...]”. Entende que há “padrões decisórios, especialmente por meio de ementas e súmulas que não incorporam a fundamentação da decisão dos problemas jurídicos de que tratam. Os acórdãos escritos dos tribunais são meros registro dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão final do tribunal. A decisão é tomada por agregação da opinião dos juízes dos órgãos colegiados e não dá qualquer destaque às razões para decidir” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 107-108).

Para além dessa questão, uma pesquisa feita pelo jurista Virgílio Afonso da Silva<sup>135</sup> sobre as percepções dos próprios ministros acerca da quantidade de divergências de votos no Supremo Tribunal Federal revela que os julgadores não entendem como um problema a quantidade de votos individuais que são proferidos nos julgamentos coletivos, cada qual firmando seu posicionamento, antes mesmo do debate.

O Judiciário deve dar as respostas aos conflitos que lhe são apresentados. A atividade do julgador de identificar e particularizar a norma que melhor se adéque à circunstância concreta consiste em processo interpretativo complexo, para o qual se espera um entusiasmo mínimo do julgador, que deve extrair das normas, explícita ou implícitas, do ordenamento jurídico os fundamentos para solução das demandas submetidas ao Judiciário, não cabendo, naturalmente, negar-se a dirimi-las. Portanto, o julgador deve examinar as controvérsias, eleger a solução jurídica e proferir a decisão motivada acerca do litígio. Para tanto, deve valer-se de argumentos para convencer que aquela decisão é a melhor maneira de solver o desacordo.

Nesse sentido, ao que parece, a melhor resposta jurídica é aquela comprometida com a relevância da fundamentação<sup>136</sup>. Em outros termos, quem fundamenta explica a própria decisão. Há que se certificar de que todos os argumentos relevantes foram considerados na sentença, que deve ser fundamentada com riqueza. Dessa forma, com base nos valores e normas do direito<sup>137</sup>, a sentença que adota argumentos jurídicos racionais como fundamento da decisão desvincula a resposta das opiniões ou dos valores pessoais, por vezes inadaptáveis às próprias razões do direito, circunstância que pode marcar julgamentos que examinam temas progressistas do direito das famílias.

<sup>135</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47 p. 205-225, jul./dez. 2015. <https://doi.org/10.17808/des.47.605>. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>136</sup> Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, a superação da situação conflituosa, em que cada um é dono da “sua verdade”, depende da “fundamentação jurídica, por isso, deve ser persuasiva enquanto apresentação de motivos de decisão. Vê-se por aí o caráter específico do discurso jurídico e sua técnica de tratamento de problemas, que permitem a apresentação como corretas de decisões obtidas de premissas e informações que eram mais ou menos obscuras, inseguras e discutíveis” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 91).

<sup>137</sup> Humberto Ávila observa que, quando o juiz deixa de fundamentar suas decisões no Direito e passa, de forma retórica, desarticulada e emotiva, a lançar mão da linguagem, “deixando de cumprir com sua função de proteger o direito do indivíduo de se submeter, sem surpresa e engano, ao império do Direito, e não ao império da vontade do julgador”, o direito do indivíduo deixa de ser um direito, tornando-se mera pretensão (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 28. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5610647/mod\\_resource/content/1/05.1%20%C3%81VILA-%20Humberto%20Fundamentos%20do%20Estado%20Constitucional.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5610647/mod_resource/content/1/05.1%20%C3%81VILA-%20Humberto%20Fundamentos%20do%20Estado%20Constitucional.pdf). Acesso em: 9 dez. 2020).

Ademais, a motivação racional da decisão, delineada pelo direito em vigor, pode conciliar os valores de equidade<sup>138</sup> e a segurança jurídica<sup>139</sup> quando pautada em argumentos jurídicos claros e organizados.

Acerca desse recurso racional argumentativo, a Professora Elza Boiteux<sup>140</sup>, em estudo realizado acerca da variabilidade de sentido que o termo “equidade” pode expressar no âmbito jurídico, consigna na conclusão do trabalho que, quando um julgador elege uma solução jurídica que acredita satisfazer, ao menos, a maioria dos interessados, conduzida ao *bem comum*, deve observar os elementos “objetivos do direito e não os subjetivos do julgador”. Em outros termos, ao examinar o caso, o julgador “não pode aplicar o seu código de valores”. Complementa que, ante a tensão que pode haver entre o caso em julgamento e a regra, surge a equidade na vida do direito e em seus vários campos, em decorrência da “constitucionalização dos direitos e os princípios de justiça”. Em melhores termos, ensina a autora:

Ao julgar o caso, o juiz não pode aplicar o seu código de valores ele tem que se referir ao conteúdo objetivo da norma vigente na época. Mas é possível que, ao deliberar sobre valores e proferir um julgamento ético ele ultrapasse o critério objetivo da norma. A referência aos valores morais deve ser motivada, indicando-se o fundamento legal, pois o sistema moral preserva valores que se tornam invariantes axiológicas dentro da ordem normativa. Desta forma, é possível falar em objetividade da moral, como forma de argumentação, como um ideal a ser alcançado, ainda que só possa ser atendido de forma variável. Ela não oferece uma solução única e ótima para todos os casos, mas é um recurso racional argumentativo que pode dar conteúdo às convenções em torno de valores<sup>141</sup>.

Decerto, os temas polêmicos afetos ao direito das famílias que envolvem percepções ideológicas, de religiosidades ou conceitos intrincados na sociedade que poderiam afetar a decisão do julgador são imparcializados a partir do momento em que determinado argumento

<sup>138</sup> Acerca da variabilidade de sentido que o termo *equidade* pode expressar, o trabalho sobre as *variações do conceito de equidade* de Elza Boiteux aponta caminhos precisos para sua compreensão. Segundo a autora, “equidade é o *procedimento* empregado para corrigir a generalidade da lei, bem como as lacunas decorrentes da omissão do legislador. É um procedimento que se aplica em decorrência do erro ou falha da *justiça legal*: por esta razão é superior a ela”. Complementa que é “uma *forma de julgamento* com natureza corretiva; não só para ajustar a lei ao caso concreto, mas também por corrigir a ordem jurídica na falta de norma aplicável” (BOITEUX, Elza. *Variações sobre o conceito de equidade*. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 332).

<sup>139</sup> “Segurança jurídica existe precisamente quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente” (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 28. p. 28).

<sup>140</sup> BOITEUX, Elza. *Variações sobre o conceito de equidade*. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 332.

<sup>141</sup> BOITEUX, Elza. *Variações sobre o conceito de equidade*. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 332.



é adotado como fundamento da decisão, uma vez que, para vencê-lo, será preciso, apenas, contra-argumentar com base na racionalidade.

Sobrelevando a argumentação no processo de tomada de decisão, por consequência, haverá maior transparência, prometendo que a atividade seja pautada nas razões do decidir e não em sua opinião particular.

## 2.2 As relações de conjugalidade no ordenamento jurídico brasileiro

Os temas pautados e regulados pelo direito de família, segundo a estrutura proposta pelo Código Civil de 2002, podem ser compartimentados em decorrência da natureza dos institutos. Nesse raciocínio, o grupo da *conjugalidade* é formado pelo regime matrimonial e pela união estável; as relações de *parentesco* compreendem as disciplinas da filiação, da adoção e do poder familiar; e o direito *assistencial*, composto pelos alimentos, pela tutela, pela curatela e pela tomada de decisão apoiada.

Acerca dos vínculos que se estabelecem pela *conjugalidade*, o Código Civil retrata as mesmas estruturas expressamente dispostas no texto constitucional: o *casamento*, predicado de formalidade e tradição; e a *união estável*, caracterizada pela informalidade e plasticidade.

Na visão de Paulo Lôbo, “o casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”<sup>142</sup>. Quanto à união estável, leciona que se trata da entidade familiar<sup>143</sup> “constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres”<sup>144</sup>.

<sup>142</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 97.

<sup>143</sup> Cabe anotar que, embora diminuta atualmente, ainda existe doutrina que diferencia as expressões *entidade familiar* e *família*. V.g., para Maria Helena Diniz, *família* está relacionada ao matrimônio, e *entidade familiar*, à união estável (DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 416). Contudo, seguindo o entendimento majoritário, neste trabalho foram consideradas sinônimas (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999) e Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 12, p. 40-55, 2002).

<sup>144</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 168.

Com efeito, a condição dos institutos familiares hodiernos, decursiva da progressiva história da civilização ocidental<sup>145</sup>, exige que o jurista não se esqueça de que para cada momento vigora um complexo de normas que lhe são inerentes. Nesse sentido, o passado e as tradições não são desprezados, tampouco rompidos de forma absoluta, mas sim amoldados e aperfeiçoados aos fatos e à conjuntura social na conformidade de cada ordem histórica. A contingência da vida exige do direito mutabilidade e adaptabilidade, sendo o ramo de família sensível aos impactos advindos dos fatos humanos.

Ocorre que, em passado recente, o direito de família, além de marginalizar as relações extramatrimoniais, diferenciava filhos legítimos de ilegítimos (adulterinos e incestuosos), desprestigiava a adoção e não equiparava juridicamente homens e mulheres. O que significa que as ordens jurídicas brasileira que vigeram no último século compreendiam regras que vivificavam, inapropriadamente, o patriarcalismo, franqueando a discriminação doméstica, quiçá a violência. Nesse contexto, desde o último quarto do século passado, os integrantes das famílias passaram a se utilizar de instrumentos jurídicos variados que lhes assegurassem proteção e garantissem o respeito às diferenças.

As muitas demandas judiciais que buscavam reconhecimentos de direitos de cunho familiar e as novas percepções de tutela das pessoas, em consequência da ampliação dos direitos humanos no plano internacional<sup>146</sup>, levaram o legislador pátrio a envidar esforços na tarefa de ajustamento das normas jurídicas às aceleradas mudanças sociais. Com esse espírito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu novas concepções e propósitos para o direito de família, revelando a tentativa de harmonização do direito às novas práticas.

Entretanto, algumas vezes as normas jurídicas retratam a resistência ou a dificuldade do legislador de enfrentar alguns temas novos, ainda que francamente debatidos pela doutrina ou que permeiem o cotidiano da atividade jurisdicional, com construção de variadas jurisprudências, sendo o maior exemplar normativo que se esgueirou de abordar algumas questões o próprio Código Civil de 2002, que, embora tenha sido renovado em boa parte, foi

---

<sup>145</sup> Segundo doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, sendo o estágio atual da família produto da história evolutiva no ciclo da civilização ocidental, sua condição recebeu contribuições “da cultura bíblica; da vida doméstica nas Penínsulas helênica e itálica; da estrutura germânica que importamos indiretamente através de seu impacto sobre o Império Romano ao tempo das invasões bárbaras, e diretamente por intermédio da influência visigótica na Península ibérica; da moral cristã que assinala estes dois milênios; e da tendência autonomista e liberal dos tempos modernos, especialmente no século XX, marcado por duas guerras mundiais, que na vida da família deixaram sinais inapagáveis (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5: Direito de família. Introdução).

<sup>146</sup> *Verbi gratia*, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispensou à família tratamento especial, considerando-a o “núcleo fundamental da sociedade”, e, legitimando-a à tutela estatal e da sociedade. Registrou que todos têm o direito de formar uma família e de dissolvê-la, sob a premissa de igual direitos a todos (Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. XVI, n. 1 e 3).

silente sobre situações irreversíveis e absolutamente necessárias de regulações, como a família monoparental, abordada preteritamente pela Lei Maior.

Pois bem, no plano da conjugalidade, o ordenamento jurídico atual abriga tanto a união formal – o *casamento* – como a informal – a *união estável* – como estruturas legitimamente familiares. Ocorre que a superação do monopólio matrimonial<sup>147</sup> imposta pela norma jurídica decorreu da evolução do entendimento acerca da relação *concubinária*, experiência da qual floresceu a concepção atual de união estável, compreendida como a união de duas pessoas, caracterizada pela estabilidade relacional, mas que se constitui sem a participação do Estado.

Há certa inconstância no conceito de concubinato que se altera segundo os valores dominantes de cada período. Edgar de Moura Bittencourt foi o primeiro jurista brasileiro a nominar uma relação concubinária como *união estável*. Tendo publicado sua obra 28 anos antes da promulgação da Constituição de 1988, apresentou como conceito para o concubinato “a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio”<sup>148</sup>. Note-se que o conceito aponta a *extramatrimonialidade* como condição da relação concubinária, o que era considerado uma afronta à legislação da época, que impunha a obrigatoriedade do casamento.

O autor, que compreendia a família como um fato social e defendia o reconhecimento de direitos aos que se relacionavam informalmente e aos filhos nascidos da união, desdobrou e classificou a vivência não oficial em duas modalidades: uma, predicada de estabilidade e exclusividade relacional – o *concubinato puro*, do qual, de fato, originou a união estável –, e outra que se desenvolvia paralelamente à relação conjugal – o *concubinato impuro*<sup>149</sup>.

Com efeito, uniões informais, não oficializadas pelo Estado e caracterizadas pela estabilidade relacional, sempre existiram na sociedade. Muitas vezes, em decorrência de impedimento jurídico para formalização da união (quando desquitados os envolvidos, por exemplo), outras tantas, por encadeamento natural da relação, na qual, ainda que passível de ser oficializada, as partes escolhiam a vivência informal, constituindo um lar, frequentemente habitado por filhos e, eventualmente, por demais parentes.

<sup>147</sup> O Código Civil de 1916, assim como todas as Constituições anteriores à atual, dispunham que o casamento era a única forma de constituição familiar. *V.g.*, a Constituição de 1967 firmava que: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à Proteção dos Poderes Públicos (Emenda Constitucional n. 1, de 1969).

<sup>148</sup> BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Concubinato: família natural. Direitos da concubina. Investigação de paternidade. Guarda de filhos. Acidentes do trabalho e Previdência. Outros efeitos da união livre*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 1980. p. 40.

<sup>149</sup> BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Concubinato: família natural. Direitos da concubina. Investigação de paternidade. Guarda de filhos. Acidentes do trabalho e Previdência. Outros efeitos da união livre*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 1980. p. 28-30 ou 42.

O dogma matrimonial irrompeu um processo de fragilização à medida que a informalidade começou a ser considerada. Entretanto, ainda que união informal não encontrasse impedimento, sendo uma relação de duas pessoas livres e desempedidas, o fato de não possuir a chancela do Estado associava-a à relação concubinária. Ocorre que o termo concubinato<sup>150</sup>, conforme observado por Rodrigo da Cunha Pereira, por muito tempo foi associado a atos de libertinagem. Nesse contexto, a concubina era comumente relacionada “à prostituta, à mulher devassa ou à que se deita com vários homens, ou mesmo à amante, a outra”<sup>151</sup>, veiculando um sentido pejorativo e distinto do significado técnico jurídico, em construção, que projetava uma percepção menos depreciativa da mulher e mais no sentido de um companheirismo entre o casal.

Foi a partir da primeira metade do século XIX que apareceram os primeiros sinais de mudança acerca da concepção do concubinato, quando tribunais da França apreciaram e consideraram as aspirações e os interesses das concubinas, passando a relação concubinária a ser vista sob dois aspectos: como *sociedade*, com natureza econômica, e como *obrigação natural*, que, quando rompida, geraria certos direitos à ex-concubina. A partir dos julgados franceses, desenvolveu-se uma nova concepção jurídica para o concubinato, que, aos poucos, foi deixando de ser examinado no âmbito do Direito das Obrigações, iniciando uma cautelosa transição para o campo do Direito de Família. Conforme o estudo realizado por Rodrigo da Cunha Pereira:

Em 16 de novembro de 1912, surge a primeira lei francesa sobre o assunto. Aquilo que era tratado somente pelos tribunais acabou transformando-se em ato legislativo. Pela primeira vez, a expressão concubinato passou a integrar uma lei civil, estabelecendo que “o concubinato notório” era fato gerador de reconhecimento da denominada paternidade “ilegítima”. Essa lei abriu caminho para várias outras e contribuiu decisivamente para a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o concubinato na França e em todo o mundo ocidental. Daí dizer-se que a França foi a pátria do “direito concubinário”<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> O termo “concubinato” deriva do latim *concubinatus* ou *concubantis*, e “significa aquele que se deita ou dorme com alguém, mantendo relação carnal” (UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO. [Definições]. Trecho da sinopse da obra *Prática no direito de família: alimentos, regime de bens, união estável e concubinato*, de Antônio Ivo Aidar e Ana Gabriela López Tavares da Silva – São Paulo: Quartier Latin, 2011. *IBDFAM*, Publicações, [s. d.]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/livros/detalhes/>. Acesso em: 6 dez. 2020). Segundo o dicionário *on-line Michaelis*, trata-se da “união estável entre um homem e uma mulher sem serem legalmente casados; concubinação, contubérnio, mancebia” (CONCUBINATO. *Michaelis*: dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=concubinato>. Acesso em: 6 dez. 2020).

<sup>151</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 198.

<sup>152</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 198.

No Brasil, os debates e o desenvolvimento dos preceitos sobre o concubinato no âmbito jurídico tardaram um tanto mais para se consolidar, muito embora, como fenômeno social, tenha sucedido desde o período da colonização portuguesa, conforme defende Luciana Brasileiro<sup>153</sup>, datando de 1549 o primeiro registro de ocorrência de uniões não matrimoniais, quando o Padre Manoel da Nóbrega relatou a circunstância ao Padre Simão Rodrigues de Azevedo<sup>154</sup>.

Com efeito, segundo dicção do ordenamento jurídico brasileiro pré-1988, as relações extramatrimoniais sempre foram marcadas pela ilegitimidade, o que reprimia os debates doutrinários. Todavia, a apatia dos juristas relacionava-se muito ao juízo de valor que eles próprios realizam sobre o concubinato, considerando-o imoral ou mesmo irrelevante juridicamente<sup>155</sup>.

Na realidade, a experiência das uniões estáveis expõe uma trajetória marcada pela discriminação, que foi agravada pelo desprezo da legislação. Enquadradas no conceito de concubinato, eram tomadas por imorais e ilegítimas, mormente pelo fato de desconsiderarem o aspecto sacro do casamento.

A religião, que muito influenciava no plano social e na esfera política, censurava e impedia que projetos de lei que atribuíam efeitos jurídicos ao concubinato avançassem<sup>156</sup>. Ademais, o fato de o divórcio ter sido incorporado ao ordenamento jurídico apenas em 1977 impunha uma união informal às pessoas desquitadas que viessem a constituir nova família, visto que não havia, até então, remédio capaz de romper o vínculo da união pretérita e desfeita faticamente.

Sendo uma realidade na sociedade brasileira, a jurisprudência precisou contornar os entraves da legislação e elaborar respostas mais justas para as questões decorrentes das relações informais, tais como partilha de bens, direito aos alimentos, guarda de filhos e demais circunstâncias.

---

<sup>153</sup> BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 32-34.

<sup>154</sup> A seguir, um breve trecho da carta do Padre Manuel da Nóbrega, que relata: “nesta terra há um grande pecado, que é terem os homens quase todos suas negras por mancebas, e outras livres que pedem aos negros por mulheres, segundo o costume da terra, que é terem várias mulheres [...]” NESTA TERRA HÁ UM GRANDE PECADO. De: Manuel da Nóbrega Para: Simão Rodrigues de Azevedo. Bahia, 9 de agosto de 1954. *Correio IMS*. Disponível em: <https://www.correioims.com.br/carta/esta-terra-ha-um-grande-pecado/>. Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>155</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 198.

<sup>156</sup> LÓBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 169.

Enfim, em abril de 1964, o Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas 380 e 382<sup>157</sup>, que redimensionaram a matéria, assentando um capítulo importante na construção do direito de família atual. Ainda que sob o abrigo do *direito das obrigações* e do *princípio que veda o locupletamento sem causa*, a maior Corte da jurisdição brasileira enxergou a relação informal, reconhecendo sua existência e os efeitos gerados na perspectiva do direito, tornando evidente a necessidade de um expediente que mitigasse as iniquidades que comumente ocorriam.

A jurisprudência da *sociedade de fato* foi uma solução possível, em face das ordens jurídicas, constitucional e legal vigentes à época, que impediam a conformação da união estável.

Sem dúvida, a tese do STF que equiparava o concubinato a uma sociedade com finalidade econômica, para além de criativa, era mais humana, pois driblava a objeção normativa acerca dos efeitos familiares.

No entanto, a inexorável reviravolta das relações informais no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por efeito da promulgação da atual Constituição Federal, dispondo no § 3º do art. 226 que, “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”. O reconhecimento do então concubinato como entidade familiar, para além de redimensionar o foro competente para exame das demandas judiciais, garantiu que as prerrogativas do direito de família alcançassem os relacionamentos.

Nesse sentido, depois da CF/88 a tese acolhida pelo STF perdeu a razão de ser, tornando-se inconciliável com a nova tutela constitucional que ascendeu a união informal à condição de entidade familiar.

Em 1994 e 1996 foram promulgadas as Leis n. 8.971 e 9.278, respectivamente, com o intento de regulamentar a união estável, cada qual se colocando a diligenciar questões específicas. A primeira preocupando-se com os direitos alimentícios e sucessórios, e a segunda ampliando o conceito da união estável, visto que seu reconhecimento não mais estava condicionado à comprovação do interstício mínimo de cinco anos. Por fim, o Código Civil, em 2002, terminou de assentar, por assim dizer, a união estável no ordenamento jurídico brasileiro como entidade familiar legítima, regulando-a nos arts. 1.723 a 1.727.

---

<sup>157</sup> Súmula 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Sessão Plenária de 03.04.1964. Súmula 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Sessão Plenária de 03.04.1964.

A nova postura suprime por completo a percepção que imperou por quase toda a história da família brasileira: a singularidade na constituição familiar, derogando definitivamente o pressuposto formal como única possibilidade legitimadora da família. A rigor, a união informal adquiriu a dignidade de ser reconhecida como entidade familiar, com todos direitos e deveres inerentes ao paradigmático casamento.

Com efeito, embora a expressão *união estável* tenha sucedido o termo “concubinato” na legislação, empregado para os relacionamentos formados por duas pessoas que vivem em posse de estado de casados, dentre outros requisitos, o Código Civil não baniu o vocábulo *concubinato* do texto normativo, entretanto utilizou-o para situação diversa.

Segundo o art. 1.727 do CC/2002, “as relações *não eventuais* entre o homem e a mulher, *impedidos de casar*, constituem concubinato”. Assim, a lei civil estabeleceu dois critérios para constituição do concubinato. O *primeiro* é a estabilidade relacional, excluindo de seu conceito os encontros casuais ou efêmeros. O *segundo* requisito é a presença de circunstância que impeça os conviventes de se casarem, ou seja, que haja impedimento matrimonial.

Não constitui união estável, mas sim relação concubinária, aquela que se desenvolve em meio a algum dos impedimentos previstos pelo art. 1.521<sup>158</sup>, “não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”<sup>159</sup>.

Segundo a legislação examinada, o concubinato (impuro) implica uma relação entre parentes impedidos de casar – *concubinato incestuoso*; ou envolve um relacionamento entre uma pessoa casada e outra não, ou entre duas pessoas casadas com outrem – *concubinato adúltero*. Em qualquer situação, será caracterizada pela estabilidade relacional.

O artigo em comento não aponta, literal e expressamente, se a relação concubinária constitui ou não uma entidade familiar, gerando controvérsia na doutrina. Para Maria Helena Diniz, que compõe a corrente majoritária, consistem em concubinato impuro<sup>160</sup> ou

<sup>158</sup> Similar ao casamento, o art. 1.521 do CC dispõe que não será reconhecida a união estável entre: (i) ascendentes e descendentes; (ii) os parentes 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.

<sup>159</sup> CC, 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. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

<sup>160</sup> Segundo Álvaro Villaça Azevedo: “Tenha-se que o concubinato será impuro se for adúltero, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinado que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 190).

simplesmente concubinato as “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”<sup>161</sup>. A autora exemplifica que o concubinato adúlterino ocorre quando o homem casado, não separado de fato, mantém outra relação em paralelo à família matrimonial.

Nessa circunstância, segundo o pensamento que predomina, a relação perde o atributo de entidade familiar e a oportunidade de ser analisada pelo foro especializado<sup>162</sup>, cabendo ao âmbito do direito obrigacional examinar os efeitos jurídicos decorrentes daquela<sup>163</sup>.

Quanto aos pressupostos caracterizadores da união estável, tomando por base o art. 1.723 do CC/02 e o § 3º do art. 226 da CF, os entendimentos doutrinários circundam por entre os seguintes elementos (essenciais e acidentais): (des)necessidade de diversidade sexual; convivência com o *animus familiae*; ostentabilidade da convivência ou publicidade; durabilidade da convivência; estabilidade; inexistência de impedimentos para o casamento; honrabilidade e coabitação<sup>164</sup>.

Seu conceito (da união estável) foi consideravelmente ampliado quando o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, consolidou o entendimento de que devem ser aplicadas às uniões homoafetivas as mesmas regras jurídicas válidas para as uniões estáveis heteroafetivas. O Supremo decidiu, por unanimidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, que o art. 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição Federal<sup>165</sup>.

Após a decisão do STF, muito se debateu acerca da possibilidade, ou não, da realização do casamento entre pessoas de igual sexo, até que, em outubro do mesmo ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos (quatro contra um), autorizou um

<sup>161</sup> DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 475.

<sup>162</sup> Entendimento compartilhado por Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 199).

<sup>163</sup> O Código Civil reafirma posição de desaprovação do concubinato em outros tantos dispositivos, sendo fiel à ideia de ilegitimidade, não admitindo, por exemplo, a doação ao(à) concubino(a) – art. 550; ou sua nomeação como herdeiro(a) ou legatário(a) – art. 1.801, III; dentre outros impedimentos que beneficiem o(a) concubino(a): art. 1.642, V; art. 793; art. 1.521, VI; art. 1.694.

<sup>164</sup> Dimas Messias de Carvalho, embora elenque muitos elementos caracterizadores da união estável em sua doutrina, esclarece que nem todos são considerados na atualidade (CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 456-460).

<sup>165</sup> O caso paradigmático decorreu do julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, realizado na sessão de 05.05.2011.



casamento entre duas pessoas do sexo feminino, dando provimento ao recurso e afastando o requisito da distinção de sexo<sup>166</sup>. Por fim, os variados entendimentos dos juízes país adentro, mesmo depois das decisões do STF e do STJ, levaram o Conselho Nacional de Justiça a aprovar uma resolução<sup>167</sup>, obstando que fossem recusados os pedidos de habilitação e celebração de casamento ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, sob pena de sanções administrativas.

O mérito e relevância das decisões judiciais não eliminam (i) as *divergências* sobre ter, ou não, o Judiciário expandido o sentido e alcance da Constituição, eventualmente excedendo sua competência para aplicá-la em casos não tratados expressamente; e (ii) as *críticas* à inércia do Legislativo, que não enfrenta o tema, franqueando, definitivamente, a família homoafetiva.

Na prática, as mencionadas decisões judiciais, somadas aos preceitos constitucionais e legais vigentes, renovaram o direito de família quando excluíram a exigência de sexos distintos.

Com isso, os *vínculos de conjugalidade*, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, podem ser constituídos tanto pelo *casamento hétero* ou *homoafetivo* como pela *união estável hétero* ou *homoafetiva*, equilibrando os direitos e deveres dos cônjuges e companheiros, mormente quanto à natureza familiar, aos eventuais filhos, ao estatuto patrimonial, aos alimentos, ao direito sucessório.

---

<sup>166</sup> Referência ao Recurso Especial n. 1.183.378/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 25.10.2011.

<sup>167</sup> Resolução CNJ n. 175. “Art. 1. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”.

### 2.3 Os desafios da ciência jurídica para estabelecer *o que, quantos, quem ou como*, em face da função social da família

Desde antes dos movimentos emancipatórios do vínculo familiar<sup>168</sup>, já havia as manifestações que pregavam o fim da família, e, a cada episódio novo que rompia com algum dogma ou tradição familiar, novamente as críticas pronunciavam o fim da base da sociedade, e, por consequência, da sociedade como um todo. Não se ignora que houve um aumento de divórcios; de famílias constituídas por uma figura parental e sua prole – monoparental; e de pessoas que escolhem como projeto de vida viver apenas consigo mesmas – unipessoal<sup>169</sup>.

Todavia, a história revelou que as mudanças não importaram em um colapso da família. Ao contrário, foi uma oposição aos valores sobre os quais, eventualmente, erigia-se a família tradicional. Nesse sentido, se houve uma crise, ao que parece, ela foi absolutamente benéfica à própria família, visto que a objeção era sobre a circunstância de ser firmada sobre as bases da desigualdade, da opressão e toda e qualquer forma de injustiça.

Na verdade, os ataques não atingiram a família, mas o casamento<sup>170</sup> e o modelo pautado na sujeição sociojurídica da mulher e dos filhos à dominação masculina. O que se viu não foi o fim da família, como renunciado, mas sua reformatação, que passou a

<sup>168</sup> Desde a conquista da possibilidade jurídica de dissolução do vínculo matrimonial, em 1977, até a real desburocratização do divórcio, em 2010, houve muito debate sobre eventual banalização do casamento. A proposta de Emenda Constitucional n. 66, de 2010, de iniciativa de juristas do IBDFAM, abraçada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413, de 2005) e reapresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33, de 2007), foi combatida pela Igreja Católica, tendo o vice-presidente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Luiz Soares Vieira, declarado que a facilitação do fim do casamento acabaria por banalizá-lo ainda mais. Nesse sentido, ao se anunciar o fim do casamento, a família estaria em crise (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53).

<sup>169</sup> A Súmula 364 do STJ, flexibilizou a questão numérica, estabelecendo que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Embora *família* suponha vivência entre, no mínimo, duas pessoas, em face da dignidade, a súmula conferiu tutela familiar às pessoas que vivem sós, estendendo-lhes a impenhorabilidade do bem de família (art. 1º da Lei n. 8.009, de 1990). Alargando conceito deste (do bem de família), outorgou efeitos adstritos a um *grupo*, para resguardar o direito de moradia da “família unipessoal”. Segundo Euclides de Oliveira, “a lei protege a unidade residencial da família como consequência do direito à moradia que a própria Constituição Federal assegura a toda pessoa humana, viva ela em companhia de outrem ou sozinha, pois em qualquer circunstância continua a merecer integral proteção do Estado” (OLIVEIRA, Euclides. Agora é súmula: bem de família abrange imóvel de pessoa solteira. *IBDFAM*, 20 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/459/Agora+%C3%A9+S%C3%BAmula%3A+Bem+de+Fam%C3%ADlia+a+brange+Im%C3%B3vel+de+Pessoa+Solteira>. Acesso: 15 abr. 2021).

<sup>170</sup> O psiquiatra David Cooper, com pensamento crítico em relação ao favor que a composição familiar presta a seus componentes, considera que o preço de um casamento feliz é o desaparecimento do ser humano. Para o autor, o casamento implica a submissão da necessidade e do tempo pessoal em favor do *nós* (COOPER, David. *A morte da família*. Tradução de Jurandir Craveiro. Revisão de Margarida M. C. Oliva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 48-52).

reconhecer a concepção plural e a valorização da igualdade. A incorporação desses valores exigiu a elaboração de novos conceitos para a família, aptos a integrar as concepções atualizadas e as novas finalidades sociais. Surgiu a expressão *entidades familiares*, que excluiu a ideia de unicidade dada pela família centrada no casamento e incluiu uma noção de diversidade de formações familiares.

No entanto, conceituar família não é tarefa fácil atualmente. A abertura dada pela concepção plural inserida nessa organização social ativa e mutável, que precisa acomodar comportamentos complexos e imprevisíveis dos seres humanos quando exercem o direito de escolher suas formas de vivência, derogou a maioria dos parâmetros que delineavam o conceito tradicional de família, tornando-o inadequado<sup>171</sup>.

Acerca da definição da família contemporânea, de natureza mais acessível, portanto menos apegada aos muitos requisitos constitutivos de outrora, observou-se que a doutrina moderna tem apontado ao menos para quatro elementos caracterizadores de uma entidade familiar: “a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos causais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) ostentabilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente”<sup>172</sup>; e d) volitividade, tomando por essencial o exercício da liberdade manifestada no querer formar uma família, a manifestação de vontade<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Isso coloca um problema que precisa ser superado para o desenvolvimento da proposta do trabalho, pois quando se compreende o cerne de um fenômeno se outorga confiança ao estudo. O desenvolvimento dessa questão buscou na doutrina brasileira a solução para a proposta apresentada, o que expôs um fenômeno interessante. Muitos dos doutrinadores estudados são membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, instituição jurídica não governamental que se propõe a “desenvolver e divulgar o conhecimento sobre o Direito das Famílias, além de atuar como força representativa da sociedade no que diz respeito às suas relações e aspirações” (informação extraída do *website* do Instituto. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam>). Sua doutrina vanguardista, pautada em ideais inclusivos, tem humanizado muito as discussões sobre família, tanto no âmbito jurídico como no político. Nesse sentido, restou perceptível, quando do exame da questão, que o Instituto tem contribuído para a produção da doutrina familiarista brasileira, o que se notou pelo volume de obras publicadas e pelo quanto são citadas nos trabalhos acadêmicos. Em face da crença de que cabe à doutrina jurídica pensar e apresentar respostas às questões complexas para subsidiar a fundamentação dos julgados, a constatação da vasta e qualificada produção intelectual brasileira foi positiva para a orientação deste estudo, obviamente.

<sup>172</sup> LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 12, p. 40-55, 2002. Com idêntico entendimento: SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (comp.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 237-254.

<sup>173</sup> Dentre os doutrinadores que imputam a imprescindibilidade da vontade, Conrado Paulino da Rosa aduz que “o elemento volitivo é peça fundamental para a constituição da família (ROSA, Conrado Paulino. *iFamília: um novo conceito de família?*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116-117).

Nessa perspectiva, a declaração concordante dada no ato da celebração do casamento demonstra, de forma inequívoca, a vontade de instituir uma família (arts. 1.514 e 1.535 do CC). Na família convivencial, ou união estável, a característica da informalidade não dispensa o elemento volitivo, visto que a parte final do art. 1.723 do Código Civil dispõe que o reconhecimento da entidade familiar depende do *animus familiae*, ou seja, do *objetivo de constituição de família*.

Em que pese a consideração dos elementos mínimos para conformação familiar, observa Anderson Schreiber que é possível haver flexibilização dos requisitos e consequente dispensabilidade, a depender do caso<sup>174</sup>, o que reforça o caráter aberto da família, a dificuldade de conceituação e a inutilidade da fixação de regras absolutas para um fenômeno social.

Em suma, os muitos requisitos constitutivos da família clássica de natureza cerrada foram sendo paulatinamente excluídos, perdendo a essencialidade de outrora, por exemplo, a diversidade sexual e a coabitação. Além disso, quando mantidos, era sob a expectativa de serem flexibilizados, exigindo uma concepção familiar de tessitura aberta e inclusiva. Por esse motivo, buscar um conceito para a família de hoje nos parâmetros que serviram ao ontem levará a uma definição que se tornará retrógrada tão logo novo fenômeno familiar se caracterize.

O direito positivo, quando estabelece parâmetros para sua existência ou pressupostos para seu reconhecimento, logo se torna desatualizado, posto que o conceito de família está no futuro, dando a ideia de que conceituá-la perpassa pelo fato de que seu conceito é justamente não o ter definido. Com propriedade:

Não nos parece possível afirmar o que a família “é”, na acepção sociológica do termo, já que nessa perspectiva as famílias sempre foram um “vir a ser”. Talvez apenas do ponto de vista de direito positivo nos seja dado, em países como o Brasil, reproduzir conceitos em voga nos muitos períodos da história. O problema surge pela obviedade de que conceituar significa limitar fenômenos pela convenção de padrões, que nem sempre estão ligados apenas à convenção da maioria, senão a dos que detêm o poder, enquanto argumento de autoridade<sup>175</sup>.

<sup>174</sup> Acerca da flexibilização dos requisitos citados, o autor exemplifica sua desnecessidade: (i) haverá entidade familiar ainda que um casal homoafetivo não ostente publicamente a condição de casal para evitar a discriminação; (ii) será família aquela em que o pai não nutre afeto pelo filho; (iii) não abalará a estabilidade familiar a relação amorosa tumultuada por muitos rompimentos e reconciliações (SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (comp.). *Direito de família e das sucessões*, cit., p. 237-254).

<sup>175</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 27-94; p. 54.

Acerca das definições de família prescritas pelo direito positivo, aquela adotada pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.304, de 7 de agosto de 2006) não se ocupou em fixar critérios rígidos. Em sentido oposto, com limites francamente permeáveis, definiu a família como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. A subjetividade da norma que não diz *o que, quantos, quem* ou *como* sugere uma vontade inclusiva, e basta. Além disso, não decreta sua própria inutilidade conceitual, situação que ocorre quando a norma traça muitos pressupostos para definir um fenômeno social altamente mutável.

Nesse sentido, mostrou ser mais coerente compreender, primeiramente, a função social da família, as finalidades que possui neste tempo, para, com base nisso, pensar-lhe um conceito. Ou seja, a construção de uma concepção jurídica depende da compreensão das necessidades e interesses de hoje.

Pois bem, “a primeira formação social foi a família”<sup>176</sup>. Sua composição primitiva se deu pela necessidade de apoio mútuo, pela necessidade de união dos indivíduos para serem respeitados pelos demais agrupamentos e sobreviverem a estes. Ademais, a natureza e os animais não podiam ser dominados sem a união dos grupos, e uns não poderiam se impor aos outros sem a solidariedade, que a conjugação de esforços já revelava. Dessa forma, a família primitiva tinha por *função* a manutenção da vida, a sobrevivência por meio do grupo.

Nos primórdios, a formação familiar era imune às restrições impostas às relações sexuais pelos costumes e compreendia uma liberdade quase que inapreensível pelas sociedades contemporâneas. Não imperava o sentimento de ciúme, tampouco a ideia de incesto, os homens praticavam a poligamia, as mulheres a poliandria e os parentes se relacionavam entre si de forma absolutamente lícita. Por consequência, havia uma inexatidão quanto ao estabelecimento da filiação paterna; apenas a maternidade era conhecida, o que lhe concedia autoridade, imperando o matriarcado.

As investigações de Lewis Henry Morgan, analisadas por Friedrich Engels<sup>177</sup>, permitiram, com base nas mudanças comportamentais das organizações mais antigas,

---

<sup>176</sup> LEME, Lino de Moraes. As transformações do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 49, 1954. p. 166. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66204/68814>. Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>177</sup> Em 1884, Friedrich Engels (com base nos trabalhos e estudos do cientista norte-americano Lewis Henry Morgan) publicou a primeira edição de *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, obra inaugural sobre economia familiar, que trouxe, dentre outros estudos, uma retrospectiva da história primitiva da família, demonstrando seus estágios e evoluções. Segundo Engels, em época remota imperava o matrimônio por grupos, em que cada mulher pertencia a todos os homens e cada homem a todas as mulheres. Apesar da dificuldade de se encontrar provas de sua existência (posto ser precedente à escrita) e

classificá-las cronologicamente em famílias consanguíneas; punaluana; sindiásmica e monogâmica<sup>178</sup>, sendo as duas primeiras famílias grupais e as duas segundas compostas por pares. A passagem da família sindiásmica à monogâmica introduziu a concepção de que, “para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade dos filhos, aquela é entregue, sem reservas, ao poder do homem: quando este a mata, não faz mais do que exercer o seu direito”<sup>179</sup>. O desmoronamento do direito materno deu espaço ao domínio do homem. A família sindiásmica, que possuía laços fáceis de serem desatados, deu lugar à família monogâmica, que continha rigidez acerca da indissolubilidade. Ao que parece, nesse contexto, a família exercia *função* dual, destacando-se seus aspectos reprodutivo e patrimonial, pois importava alcançar a segurança quanto à paternidade dos herdeiros para que estes pudessem contribuir com o trabalho e assumir os bens da família.

As considerações sobre as formações mais antigas propõem que o aspecto funcional da família foi sendo transformado ao longo do tempo, e, embora o registro de sua evolução não tenha exaurido o tema, foi suficiente para notar que a relevância dos fins *patrimoniais* e *reprodutivos*, para além de caracterizar a família de um passado muito distante, também definia a família de um tempo não tão distante assim, sendo essa, *verbi gratia*, a noção assinalada no Código Civil brasileiro anterior.

Maria Berenice Dias ensina que a família possuía formação extensiva e rural e era integrada por todos os parentes, sendo verdadeira unidade de produção que incentivava a procriação. Fato é que uma família maior importava em melhores condições de

---

da tendência à negação dessa formação (para poupar a humanidade da desonra que representaria essa “promiscuidade”), o teórico alemão considerou o matrimônio por grupos a forma mais antiga de organização familiar (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 31-32).

<sup>178</sup> Uma primeira restrição à conjugalidade foi notada na *família consanguínea*, que passou a afastar a hipótese de relacionamento sexual entre pais e filhos. Mais adiante, quiçá por obra da teoria da seleção natural, passou-se a restringir as relações entre irmãos, sendo a marca distintiva da *família punaluana*. Em etapa posterior, o regime de uniões grupais foi sendo substituído por uniões por pares, ante o incremento das limitações conjugais, originando a *família sindiásmica*. Por efeito, tornou-se possível conhecer o autêntico pai, e, pouco a pouco, a alta consideração dedicada à autoridade da mulher/mãe, que detinha o direito de dirigir a economia doméstica, foi cedendo espaço ao patriarcado. Foi o início da transição entre a família de direito materno e matriarcal, resultante dos matrimônios por grupos, que reconheciam apenas a filiação maternal, para o sistema do patriarcalismo, resultante da *família monogâmica* (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 37-62).

<sup>179</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 62.

sobrevivência de todos, na medida em que seus membros representavam força de trabalho e sua patrimonialização relacionava-se à própria sobrevivência<sup>180</sup>.

Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos explicam que a comunidade familiar desempenhava várias outras funções tradicionais que aos poucos foram sendo transferidas para a sociedade ou para o Estado. Para os juristas portugueses, as *funções religiosas* foram as primeiras a entrar em crise, em uma referência ao culto familiar característico dos antepassados, que muitas vezes era a única forma cultual de uma sociedade. A *função de defesa* de seus membros e de outras pessoas às quais a família concedia proteção (*função assistencial*) contra agressões exteriores foi sendo mitigada à medida que o Estado assumiu progressivamente o monopólio policial e jurisdicional. No que pertine à *função econômica*, a partir da revolução industrial a família deixou de ser a célula básica de organização produtiva e a divisão social do trabalho levou à formação de unidades produtivas não familiares. Dessa forma, os membros familiares deixaram de ser trabalhadores associados para se tornar assalariados independentes. Como unidade produtiva, aos poucos a família foi sendo reduzida ao serviço doméstico, transformando-se em unidade de consumo<sup>181</sup>.

Outrossim, os autores lusitanos compreendem que compete à comunidade familiar a *função reprodutiva*, mas reconhecem a contemporânea diminuição da taxa da natalidade e “a existência de casais ou de pessoas singulares que se recusam a assumir a função tradicional de cada ser humano de colaborar na reprodução física da sociedade”, anunciando o que parece desenhar uma nova época, em que as famílias (mulheres) se libertam da tarefa de procriar<sup>182</sup>.

A questão é controversa, no entanto. O relacionamento advindo da conjugalidade não está condicionado à existência de prole para ser reconhecido como família. Ademais, as uniões de pessoas que não almejam a parentalidade consanguínea ou afetiva, bem como das que não a realizam por impossibilidades outras, não são menos famílias do que aquelas que

---

<sup>180</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34. Segundo a jurista: “Os filhos necessitavam ser filhos do patriarca, pois destinados a se tornarem os herdeiros da sua fortuna. Assim a fidelidade da mulher era uma exigência, tanto que o desvirginamento da esposa, desconhecido do marido, autorizava a anulação do casamento” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 170).

<sup>181</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito da família*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. p. 45-49.

<sup>182</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito da família*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. p. 49.

habitam o lar com filhos. Dessa forma, categorizar a questão reprodutiva como uma função da família requer cautela.

Fazendo um desfecho acerca do entendimento dos juristas portugueses, destacam que, “com o adensamento da vida familiar e da intimidade entre seus membros [...], deu-se conta de uma das funções fundamentais da família: a ajuda moral e psicológica entre os membros na vida cotidiana e nas épocas de crise”<sup>183</sup>.

Pois bem, para refletir sobre o papel da família no século XXI as considerações acima expuseram uma primeira questão: o direito de família foi funcionalizado de diversas formas ao longo da história, no entanto sempre lhes pareceram caras as funções patrimoniais e reprodutivas.

Uma segunda questão, a compreensão da finalidade da família contemporânea, conecta-se com as concepções outorgadas pela Constituição Federal de 1988 às famílias, que repersonalizou o direito civil em face da primazia dos valores existenciais consagrados na Lei Maior. Nessa perspectiva, o raciocínio sugere a ideia de reformulação enérgica de preceitos promocionais, com o estabelecimento de novas funções à família.

Com suporte nesse novo entendimento, imperativo que a interpretação dos arts. 226 a 230 da Lei Maior não reduza o conceito de família à tradicional ideia de família-instituição. Com essa cautela, da leitura dos dispositivos se observa:

- i. que pouco importa se a constituição do núcleo familiar atende a requisitos formais ou não (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º), reconhecendo que inexistente hierarquia entre os modelos, tampouco há um rol limitativo das possibilidades de estruturação das famílias;
- ii. que não há vinculação do termo “família” às uniões heteroafetivas, mais uma vez revelando sua acepção pluralista, não sendo a intenção do § 3º sedimentar a ideia de *par homem-mulher*, mas sim de reforçar a necessidade de tratamento jurídico simétrico e horizontal entre os gêneros, quando forem distintos nas relações (art. 226, § 3º);
- iii. nesse sentido, nota-se que garantiu a igualdade formal de direitos e deveres entre os conviventes, não admitindo qualquer forma de hierarquização (art. 226, § 5º);
- iv. que, pela autonomia de vontade, concedeu liberdade aos conviventes para decidir *se e como* advirá a descendência ou filiação, o que chamou de direito ao planejamento familiar. No entanto, com fito protetivo aos vulneráveis e

---

<sup>183</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito da família*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. p. 49.



atribuição de responsabilidade pelas escolhas feitas aos responsáveis, destaca que o direito de planejar será fundado nos princípios da dignidade da pessoa e da paternidade responsável (art. 226, § 7º);

- v. que, ante a desigualdade de fato solidificada na sociedade machista e na assimetria de poder entre os gêneros, o texto constitucional atribui ao Estado responsabilidade para coibir violências no âmbito familiar, embora seja uma instituição privada. Preocupa-se em romper com a violência doméstica e com a submissão dela decorrente (art. 226, § 8º);
- vi. que as crianças, adolescentes, jovens e idosos merecem especial proteção constitucional, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir-lhes os direitos, o respeito, a convivência familiar e a obrigação de banir qualquer forma de negligência e violência em todas as suas facetas (arts. 227, 229 e 230).

A Carta Constitucional de 1988 rompeu de vez com a tradicional concepção de que o casamento deveria ser qualificado como um ente institucional e com a ideia de que sua não preservação ou a flexibilização de seus dogmas levaria ao fim da família.

Na verdade, a anunciada crise da família abateu, como mencionado, apenas o *standard* formal, único e indissolúvel – o casamento –, mas não a família em si, posto que deixou de ser espaço de conformismo social para a nova ordem constitucional. Rompeu com a ideia de que seus membros deveriam suportar sacrifícios a seus direitos em favor da manutenção, a todo custo, da sociedade conjugal. Ao contrário disso, tendo se importado em tutelar as pessoas, reconheceu o núcleo familiar como o espaço viável para seus membros exercitarem seus direitos.

A forma plural como a Constituição de 1988 tratou a família, tendo, para além do casamento, expressamente incluído no rol normativo a união estável e a família monoparental, não se encerra na literalidade do texto, estando todas as demais entidades constitucionalmente incluídas implicitamente e devidamente protegidas<sup>184</sup>. Tampouco o posicionamento usado no dispositivo traduz alguma hierarquia entre as diversas formações familiares.

---

<sup>184</sup> “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo Direito de Família e jamais pelo Direito das Obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que a integram” (LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 12, p. 40-55, 2002).

O exame dos dispositivos constitucionais revela uma preocupação com os membros das entidades familiares, mormente com aqueles que apresentam alguma vulnerabilidade, estabelecendo as premissas de sistemas protetivos que aos poucos foram sendo regulamentados no ordenamento jurídico. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei Maria da Penha, como ficou conhecida, são amostras dessa tendência.

A Constituição Federal transferiu a tutela jurídica da instituição familiar (do casamento, como se ente personalizado fosse) para os integrantes da entidade. Esse movimento alterou em absoluto a concepção de família, uma vez que, ao se dedicar à igualdade formal entre os cônjuges e entre os filhos, à responsabilidade compartilhada pelo cuidado com as crianças, adolescentes, jovens e idosos e à necessidade de proteção contra as violências praticadas em asilo doméstico, desvelou a intenção de tornar o núcleo familiar espaço a serviço do crescimento individual e da autoafirmação de seus membros. Em melhores termos, a família deve ser o instrumento do desenvolvimento das personalidades das pessoas que a integram, com especial atenção à formação dos filhos.

De família-instituição, passou a família-instrumento. Tornou-se o “núcleo *intermediário* de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes”, conforme leciona Gustavo Tepedino<sup>185</sup>. A percepção de que o núcleo familiar deva prover o desenvolvimento da personalidade e propiciar as condições para a realização pessoal e espiritual de seus integrantes torna-se a própria razão de ser da família, que passou a ser funcionalizada para esse objetivo promocional. Sem dúvida, assumiu uma função mais digna.

Ademais, é evidente que o escopo que patrimonializava a relação familiar tradicional perdeu a categoria de finalidade essencial quando a Constituição Federal de 1988 fez prevalecer os valores existenciais como fundamentos das uniões interpessoais, colocando em prática o ensinamento ético de que não é cabível que a proteção patrimonial exceda a tutela jurídica das pessoas.

Longe de uma proposição individualista mesquinha em que cada um se ocupe opressivamente de buscar a realização dos projetos pessoais, a essência da família

---

<sup>185</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *E-GOV – Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

constitucionalizada propõe uma dicção eudemonista<sup>186</sup>, lastreada pelo convívio livre, cuja manutenção está condicionada ao interesse afetivo mútuo. A relação familiar assume a responsabilidade de instrumentalizar o acesso conjunto à felicidade.

As relações familiares mudaram, encarregaram-se de novas funções, como visto, sendo inútil tentar enxergá-la sob a lupa do conservadorismo. Fato é que: “Mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis”<sup>187</sup>.

O remodelamento da família e, conseqüentemente, de sua função social pode ser refletido a partir das ponderações feita por Diogo Leite de Campos, que conjuga o direito em *eu*, o direito em *eu-tu* e o direito em *nós*.

Com efeito, o direito em *eu* afirma, apenas e tão somente, o primado do indivíduo, suas vontades e seus interesses, com a possibilidade de exploração dos *outros*, que, até então, inexistem para o direito. Esse *sujeito de direito* tinha a propriedade e o contrato como os instrumentos de poder para excluir ou predar ainda mais os *outros*<sup>188</sup>. No direito de família, os *outros* eram as mulheres, os filhos e os homossexuais.

Na conjugação do direito em *eu-tu*, a onipotência do *eu* foi sendo substituída, primeiramente pelo reconhecimento da existência do *outro*. Em seguida, pela percepção de que o *outro* é igual ao *eu*. O *outro* foi descoberto como um *tu*, digno de respeito, do respeito que se dá a todos. O direito avançou, senão em sentido ao amor pelo *outro*, ao menos para a igualdade<sup>189</sup>. No direito de família, reconhece-se a equidade de direitos dos *outros*.

Por fim, conjugar o direito em *nós* avança para o primado da pessoa humana, e não mais do indivíduo; para a igualdade coexistente à solidariedade; e para a autonomia da pessoa como estabelecadora do direito, “visto este cada vez mais como um tecido de relações

---

<sup>186</sup> “Eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentimento de busca pelo sujeito de sua felicidade” (CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69). Em complemento, mas com o mesmo entendimento: “O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: ‘o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram’” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 148).

<sup>187</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 153-167, jan./dez. 2006. p. 156.

<sup>188</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *A felicidade somos nós: pessoa, contrato e matrimônio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 274-277.

<sup>189</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *A felicidade somos nós: pessoa, contrato e matrimônio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 274-277.

interpessoais e menos como uma estrutura racional, abstrata e impositiva”. Nesta fase, são destacados os direitos das minorias, dos idosos, das crianças, de um meio ambiente saudável, enfim, “de todos a tudo”<sup>190</sup>. Na perspectiva do direito de família, a ideia harmoniza-se com sua natureza promocional, visto que àquele compete a tutela das pessoas que compõem o núcleo familiar, tornando-o espaço de desenvolvimento de suas personalidades. Conquanto, invariavelmente, sobre preceitos isonômicos para a realização espontânea das escolhas de vida, pelas quais responderá na medida de sua responsabilidade.

O direito atual orienta a tutela da família na pessoa de cada um de seus integrantes, e nesse sentido “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 à felicidade”<sup>191</sup>.

#### **2.4 Os princípios e valores fundantes da família funcionalizada**

Os valores e conceitos subsidiados pelos dispositivos constitucionais dedicados às famílias<sup>192</sup> revigoraram o direito de família, mormente por dois aspectos: pelo tratamento promocional outorgado àquilo que não tem preço, ao ser humano em sua dignidade<sup>193</sup>; e pela ênfase dada à responsabilidade de todos os envolvidos no projeto familiar – o Estado, a sociedade e, principalmente, a própria família, por meio de seus integrantes –, disciplinando que todos são responsáveis em decorrência da natureza solidária que mobiliza a entidade, se não pela perspectiva da moralidade e da eticidade, pelo viés coercitivo da juridicidade.

Além dessa resignificação como fruto da incursão direta dos dispositivos constitucionais, não há como perder de vista as renovações geradas pelos preceitos da teoria do direito civil na legalidade constitucional, que ascenderam ao patamar constitucional os princípios do direito civil, que legitimaram a vinculação e a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações privadas e que reconheceram a força dos preceitos axiológicos expressos e implícitos na Constituição que devem instruir todo o sistema jurídico.

---

<sup>190</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *A felicidade somos nós: pessoa, contrato e matrimônio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 274-277.

<sup>191</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 10.

<sup>192</sup> Referência aos arts. 226, 227, 228, 229 e 230 da Constituição Federal de 1988.

<sup>193</sup> “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” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Edições 70, 2019. p. 82).

Nessa perspectiva, as concepções do direito de família se amoldaram à dicção constitucional que consagrou como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Dessa forma:

É pela dignidade que os direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade tocam e redesenham o Direito de Família, agora repersonalizado, solto das amarras do direito de castas, do privilégio, da desigualdade, do individualismo e do poder, para se prender agora ao direito das pessoas, da equidade, da solidariedade, do pluralismo<sup>194</sup>.

Na concepção do princípio, o indivíduo é o fundamento da sociedade e do Estado<sup>195</sup>, devendo ambos se comprometer com sua realização e com a promoção de condições existenciais dignas para todas as pessoas que habitam este planeta, simplesmente em razão de serem seres humanos.

Em que pese o preceito moral da dignidade humana ter assumido o caráter de autoridade jurídica no Brasil em 1988 com base na Constituição Federal, que a consagrou como princípio fundamental, em verdade, desde 1948 já era anunciada no mundo como uma ordem suprema. O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamado pelas Nações Unidas em 1948 e motivado pelas consequências do pós-Segunda Guerra, por ocasião da reestruturação da ordem mundial, declarou: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Com efeito, no Brasil, foi concebido como base da ordem jurídica democrática.

Os méritos do princípio atingem todos os planos do sistema jurídico. Nesse âmbito, passa a proteger, com prioridade, aqueles (indivíduos ou grupos) que por alguma razão estejam em condição de fragilidade ou vulnerabilidade. *Verbi gratia*, as crianças e adolescentes, os idosos, as mulheres, os afrodescendentes, as pessoas com deficiência, os indígenas, dentre tantos outros indivíduos e grupos vulneráveis.

A autoridade da dignidade reorganizou os valores, priorizando os elementos existenciais em desfavor dos patrimoniais, naturalmente inconciliáveis com os méritos

<sup>194</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 65.

<sup>195</sup> Nos precisos termos: “a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como uma espécie de ‘alfa e ômega’ do sistema dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e abertura material do catálogo de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 523).

daquele norte. Dessa forma, acabou por emancipar o ser humano das premissas que coisificavam as pessoas. Em sede de direito de família, desoprimiu as mulheres, os filhos e os homossexuais enquanto integrantes da entidade.

Nesse sentido, contraria ao princípio tudo que converte uma pessoa na condição de objeto. Em melhores termos, “a dignidade da pessoa humana é atingida sempre que a pessoa concreta for rebaixada a objeto, tratada como coisa, ou seja, sempre que a pessoa for desconsiderada como *sujeito de direito*”<sup>196</sup> Para ser de fato *sujeito de direito*, é imperioso que se tenha “a capacidade de ser autor da própria identidade e da própria vida, agindo consciente e livremente para definir os próprios desígnios e as próprias responsabilidades, com estas arcando inteiramente depois de agir”<sup>197</sup>.

Pois bem, a família atual, não mais tutelada em si, mas funcionalizada para promover os projetos de vida daqueles que são agentes dos seus próprios destinos, deve ser o espaço de afirmação dos direitos de todos. Nesse sentido, a família “está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram”<sup>198</sup>.

No entanto, a repersonalização da família, hoje conformada para atender à individualidade dos seus, não sugere o egocentrismo. A ideia é bem outra: o desenvolvimento da personalidade apenas se torna possível com a reciprocidade, com o apoio racional e com a interdependência social, circunstâncias que se opõem ao individualismo. Do espectro da moralidade e da eticidade, a solidariedade<sup>199</sup> foi provida ao patamar da juridicidade, na condição de princípio constitucional, a partir da Carta de 1988, com base no inciso I do art. 3º.

Solidariedade implica responsabilidade. Não só dos poderes públicos, mas da sociedade e de cada um dos indivíduos, em um movimento em que todos possuem obrigações para com a existência social dos demais membros da sociedade. Portanto, não pressupõe apenas uma perspectiva de dever positivo do Estado para que organize suas ações, mas, similarmente, importa em deveres recíprocos entre as pessoas. “Para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres

---

<sup>196</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O direito ao esquecimento: uma lacuna na LGPD*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5766181/mod\\_resource/content/1/01%20Direito%20ao%20esquecimento%20LGPD-%20Elza.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5766181/mod_resource/content/1/01%20Direito%20ao%20esquecimento%20LGPD-%20Elza.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>197</sup> ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 28. p. 11.

<sup>198</sup> LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 112.

<sup>199</sup> “A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social” (LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2007).

inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.”<sup>200</sup>

Em sede de direito de família, o princípio da solidariedade estabelece uma parceria com o da dignidade da pessoa humana, sendo estruturantes e fundantes da sociedade familiar, posto que, se por um ângulo há a dignidade da pessoa enquanto ser humano e a obrigação dos demais para com seu desenvolvimento, tal circunstância afeta cada um dos seus membros, portanto cada um é credor e devedor dos mesmos direitos e dos mesmos deveres.

A solidariedade se revela na família de maneira espontânea, com substrato na moralidade, pois na atualidade as pessoas se relacionam pelo afeto, presumindo-se que a cooperação entre seus membros seja corolário lógico. Outrossim, a ordem constitucional atribuiu-lhe juridicidade, impondo-a como dever do Estado, da sociedade e da família, por intermédio de seus membros, a responsabilidade de um para com todos e de todos para com um, conforme se extrai dos dispositivos constitucionais que impõem a proteção do grupo familiar (art. 226 da CF); a proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227 da CF) e a proteção ao idoso (art. 230 da CF).

Em decorrência dessa imperatividade, o cuidado no direito de família torna-se um dever passível de ser exigido coercitivamente, com natureza de ordem pública. *Verbi gratia*, a cooperação entre seus membros é um dever (art. 1.513 do CC); assim como a mútua assistência material e moral (art. 1.566); a adoção, que surge do sentimento solidário (art. 1.618); o aspecto de *múnus*, que sobressai em relação ao poder familiar exercido na parentalidade (art. 1.630); o dever de prestar alimentos (art. 1.694); dentre outras circunstâncias.

Sob a perspectiva dos vínculos que se fazem pela parentalidade, sua presença reguladora das relações paterno-materno-filiais é categórica e inafastável, não exige convivência e sequer exige o sentimento de afeto nos vínculos formados pela consanguinidade ou pela socioafetividade, como ocorre nos casos de adoção e na multiparentalidade, por exemplo.

Nos vínculos estabelecidos pela conjugalidade, a assistência mútua é composta pelas dimensões materiais e imateriais. O auxílio moral se traduz por atitudes recíprocas de cuidado na doença, de carinho na tristeza, de atenção nas crises psicológicas, de estímulo à vida profissional e de conforto espiritual. São as ações esperadas daqueles que se unem em

---

<sup>200</sup> LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

virtude do amor. Agindo de forma destoante ou contrária, no cotidiano, a relação pode ser conduzida a uma progressiva ruptura. Portanto, em sede de assistência moral, o princípio da solidariedade atribuiu juridicidade às ações do bem-querer.

Não resta dúvida de que a pedra angular da família contemporânea seja o afeto, tanto que a afetividade foi alçada à condição de pressuposto para a configuração de entidade familiar. Pelo afeto as relações de conjugalidade e companheirismo se iniciam e se mantêm. Com sua finitude, nada obriga um casal a conservar a união.

São duas dimensões de afetividade envolvidas. Uma se relaciona com o aspecto espiritual ou psíquico, justamente o que mobiliza as pessoas e desperta os relacionamentos familiares – o sentimento. A outra toma os fatos da vida e os normatiza juridicamente – o princípio da afetividade. Nas relações parentais, o princípio da afetividade, como dever jurídico de cuidado, zelo, sustento, assistência material ou moral, atua independentemente da ocorrência do sentimento de afeto, haja vista a jurisprudência em construção sobre indenização por abandono afetivo proposta pelos filhos em face da ausência do genitor. Sua incidência independe da natureza do vínculo, se originário da consanguinidade ou da socioafetividade (como ocorre na adoção ou posse de estado). De igual forma, não está condicionada à convivência parental.

A doutrina de Paulo Lôbo sustenta que a

[...] constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontra-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família<sup>201</sup>.

Dos dispositivos constitucionais (art. 227, §§ 5º e 6º; art. 226, §§ 3º, 4º e 6º) depreende-se que a adoção, como escolha afetiva, concede igualdade de direitos aos filhos, independentemente da formação familiar, e que os parceiros têm liberdade para romper o vínculo matrimonial ou dissolver a união estável sempre que o afeto faltar. Embora haja

---

<sup>201</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 12, p. 42, 2002.



entendimento contrário<sup>202</sup> à sua categorização como princípio<sup>203</sup>, hodiernamente resta evidente seu reconhecimento como condição conceitual das relações, visto que não mais servem às expectativas patrimonial ou de procriação.

Para Paulo Lôbo:

O Princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade<sup>204</sup>.

Ademais, como elemento constitutivo das entidades familiares, o afeto possui perspectiva funcional, uma vez que a realização do indivíduo está associada à possibilidade de exercer a afetividade sem as barreiras do preconceito.

Nesse sentido, Sérgio Resende de Barros destacou que “a dignidade humana é o critério-mor pelo qual a Constituição proporciona a proteção do afeto”. Complementa o jurista que “a realização da personalidade humana segundo os padrões de dignidade já alcançados na atualidade histórica da civilização é o princípio e fim da tutela constitucional do afeto”<sup>205</sup>.

No século XXI, a família formada livremente encontra nas lições de Pietro Perlingieri as palavras certas para respaldar seu novo papel.

<sup>202</sup> “Se princípio jurídico fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula os sujeitos. Assim sendo, a afetividade permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nela baseadas (como a concessão da guarda para quem demonstra maior afetividade ou mesmo o reconhecimento de uma filiação em decorrência de sua presença). Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. v. 6. 4. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2012. p. 72).

<sup>203</sup> Segundo Condado Paulino da Rosa, “o Projeto de Lei n. 2.285, de 2007, que prevê a criação do Estatuto das Famílias, a partir de uma iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Famílias, elenca, em seu art. 5º, como um dos princípios fundamentais para a interpretação e aplicação da legislação a afetividade, ao lado da dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente” (ROSA, Conrado Paulino. *iFamily: um novo conceito de família?*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102).

<sup>204</sup> LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 119-120.

<sup>205</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: FAMÍLIA E DIGNIDADE HUMANA. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 8. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/42.pdf#:~:text=%C3%89%20uma%20liberdade%20constitucional.,cujo%20C2%A7%20o%20do%20art.&text=Da%C3%AD%2C%20por%20que%20o%20direito,fatos%20que%20o%20direito%20protege>. Acesso em: 6 dez. 2020.

A família como formação social, como sociedade natural, é garantida pela Constituição, não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências individuais, como lugar onde se desenvolve a pessoa. A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: **ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem**<sup>206</sup> (destaque nosso).

A lição de que a família é “finalizada à *educação* e à *promoção* daqueles que a ela pertencem” propõe duas reflexões: (i) o indivíduo familiar, pela simples condição de ser humano, é dotado de potencial capacidade para desenvolvimento; (ii) o ambiente familiar, primeiro espaço de integração social humana que se conhece desde o nascer, é o local onde se inicia o processo de socialização, que se expande para inúmeras formas de interação.

Essas reflexões evidenciam a relevância da função promocional da família contemporânea, posto que a perspectiva instrumental ou intermediária de propiciar as condições necessárias para que seus membros se desenvolvam tem um valor infinito para a sociedade, qual seja: não se trata de servir de instrumento ao desenvolvimento individual tão somente, mas de, a partir desse mote, promover e educar os indivíduos para que convivam com os demais seres humanos e integrem a sociedade de maneira edificadora. Portanto, uma finalidade social para si e para além de si.

Note-se que são dois vieses no papel promocional da família. Um aspecto de efeito endógeno, relativo à satisfação existencial do indivíduo em sua dignidade, dirigido por sua autonomia privada, a fim de que se torne realizado intimamente, desenvolva suas potencialidades e, por consequência, seja feliz. E outro, de impacto exógeno, que permite a inserção na sociedade de indivíduo que também seja capaz de promover o desenvolvimento dos demais seres humanos, colaborativamente.

Nesse raciocínio, a família dá aos seus integrantes lições de cidadania, “onde os homens, em relação uns com os outros, ao mesmo tempo exercem direitos e assumem responsabilidades”<sup>207</sup>.

Há uma permanente conexão entre os dois efeitos, pois é na relação mantida com o outro que o indivíduo consegue desenvolver suas potencialidades. Com isso, a família assume não apenas o encargo de zelar por seus integrantes, mas também de orientá-los ao bom convívio social e à ideia de colaboração para com o desenvolvimento dos demais. Essa

<sup>206</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 972.

<sup>207</sup> CAVALCANTI FILHO, José Paulo. Primeiras lições de democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república*: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 603.

percepção gera benefícios tanto para o indivíduo como para sociedade, pois promove a convivência social sobre os valores humanos.

Pensar a família de hoje como uma célula social absolutamente isolada do resto da sociedade é uma ficção. A natureza social do ser humano, verificada na antiguidade por Aristóteles<sup>208</sup> e confirmada pela história, ensina que as pessoas não querem só existir, mas também coexistir. A convivência com o outro é essencial, a integração social é inevitável.

Monica Herman Caggiano, sobre o caráter associativo dos indivíduos, ressalta que “o ser humano, por sua própria natureza, apresenta sociabilidade como qualidade própria e peculiar. A vida em sociedade é indispensável para seu progresso e ilusória se afigura a possibilidade do isolamento, como na fantástica e lendária ilha de Robson Crusoe”<sup>209</sup>.

Nessa perspectiva, além da família ser o espaço de desenvolvimento das personalidades, de realização existencial, de exercício do afeto, equilibrando todos os direitos e deveres de seus integrantes, como bem observado por Dalmo de Abreu Dallari<sup>210</sup>, a família também tem responsabilidade pela transmissão dos valores e padrões de convivência, papel que deve ser desenvolvido de forma que valorize a pessoa humana.

Em suma, está funcionalizada segundo os fundamentos axiológicos da dignidade humana e da solidariedade familiar.

---

<sup>208</sup> Como observado por Dalmo de Abreu Dallari, desde a Grécia Antiga Aristóteles havia concluído que o ser humano é associativo por natureza (DALLARI, Dalmo de Abreu. Educação e preparação para a cidadania. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 324).

<sup>209</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito – Estudos e Documentos de Trabalho*, São Paulo: Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 2011. p. 9.

<sup>210</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Educação e preparação para a cidadania. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 328-329.

### 3. DESAFIOS PARA A CIÊNCIA JURÍDICA DO SÉCULO XXI

#### 3.1 Novas famílias ou antigas relações concubinárias?

Importantes temas do direito de família têm sido levados ao Judiciário com certa regularidade. Essa constante judicialização fez da instituição judicante uma comparsa na atividade de reciclagem, ajustamento e atualização dos direitos das famílias atuais, construindo farta jurisprudência sobre variados dissensos do âmbito familiar.

Um passo notável, hoje visto com alguma incredulidade pela criatividade do julgador, foi o *reconhecimento da sociedade de fato* das relações informais, que abriu caminho para a legitimação da união estável, como explanado.

Outras decisões mais recentes, sobre questões não antevistas pelas regras jurídicas e de impactantes efeitos jurídicos, podem ser lembradas, para além da também já mencionada *conjugalidade homoafetiva*<sup>211</sup>, tais como a possibilidade de *adoção pelo casal homoafetivo*<sup>212</sup> e o reconhecimento de *parentalidade simultânea* entre as filiações consanguínea e afetiva<sup>213</sup>. Os exemplos sugerem quão revolucionário pode ser o resultado de uma demanda judicial, especialmente quando os fundamentos decisórios partem das alçadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em face da influência destes em recomendar ou prescrever os parâmetros para todo o sistema de justiça.

Nesse sentido, ante os desafios que algumas questões representam para o direito, tornou-se significativo analisar os posicionamentos dos julgadores, bem como os argumentos por eles lançados, mormente sobre situações que se contrapõem às tradições sociais e aos dogmas jurídicos.

A *família paralela* se apresenta como uma dessas circunstâncias dramáticas para o direito.

As controvérsias sobre sua natureza jurídica atravessam debates que vão desde variadas posições doutrinárias (que ora se revelam contidas, ora são predicadas de vitalidade e potência na disciplina das famílias plurais), chegando os dissensos aos mais altos Tribunais da jurisdição brasileira, apontando que a questão de fundo familiar novamente será posta pelo Judiciário.

---

<sup>211</sup> STF, ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *DJE/CNJ* n. 89/2013. p. 2.

<sup>212</sup> STF, RE 846.102/PR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 17.03.2015.

<sup>213</sup> STF, RE 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 29.05.2019.

Analisando as decisões dos Tribunais superiores sobre o tema, a primeira percepção foi a de que parte da dificuldade da atividade jurisdicional para solver os conflitos, estava na não compreensão do fenômeno sob a perspectiva pluralista do presente. Consequentemente, as respostas jurídicas eram fundadas em concepções do passado. Em outras palavras, notou-se a tentativa de enquadrar as relações afetivas paralelas, experimentadas, neste tempo, nos conceitos jurídicos e padrões normativos construídos no século passado, ante a sustentação da necessidade de tutelar *a família*, aparentemente se reportando à sua tradicional feição institucionalizada.

Com efeito, é no vínculo de conjugalidade, tanto nas relações advindas do casamento como da união estável, que se manifesta o verdadeiro sentido de comunhão de vida, mormente nos tempos de hoje, visto que consolidado no afeto. No entanto, é na relação conjugal que a manutenção do afeto se revela absolutamente instável, não havendo garantia de reciprocidade de sentimentos e exclusividade relacional.

Várias são as expressões utilizadas pela doutrina e jurisprudência para se reportar ao fenômeno, sendo as mais manejadas: famílias simultâneas, concomitantes, plúrimas e paralelas, comumente empregadas com mesmo sentido e para situações equivalentes, o que é bom registrar. Mas, afinal, como defini-las?

A compreensão de seu conceito perpassa pela diferenciação das estruturas monogâmicas, bígamas e poligâmicas, evitando equívocos terminológicos e compreendendo o valor de cada uma delas no ordenamento jurídico. Maiores desacertos ocorrem quando a relação paralela é confundida ou equivalida a categoria poliafetiva (ou poliamorismo).

O Código Penal de 1890 tipificava como *poligamia* a conduta daquele que contraísse mais de um matrimônio sem a prévia dissolução do casamento anterior por meio de sentença de nulidade, ou por morte do outro cônjuge, atribuindo ao descumpridor pena de um a seis anos de reclusão<sup>214</sup>. Noutra circunstância, quando da aprovação da Lei do Divórcio, em 1977, a palavra ressurgiu no cenário jurídico brasileiro, numa tentativa de dificultar a aprovação da norma dissolutória, classificando como poligamia sucessiva as relações futuras e subseqüentes a um matrimônio rompido, como argumento que constrangesse a pessoa pretendente a constituir novas famílias<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. *Código Penal do Império*. Art. 282.

<sup>215</sup> BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 131-132.

O Código Penal vigente também tipifica a conduta daquele que contrai mais de um matrimônio como o crime, no entanto valeu-se do termo *bigamia*, prevendo a mesma pesada sanção, de até seis anos de reclusão, ao bígamo, segundo dispõe o art. 235<sup>216</sup>. As condutas prescritas pelos dois diplomas repressivos, embora tratadas com nomenclaturas distintas, são similares, não havendo exclusão do tipo penal concernente à prática poligâmica na concepção da atual legislação pelo fato de usar o termo “bigamia”.

Nesse sentido, a distinção entre poligamia e bigamia parte das concepções etimológicas dos termos, significando, em suas literalidades, *muitos casamentos* (*polys*, muitos e *gamia*, casamento) e *dois casamentos* (*bi*, dois e *gamia*, casamento), respectivamente<sup>217</sup>. No âmbito da doutrina familiarista são apontados traços das estruturas multimodos, confrontadas às características da formação monogâmica, notadamente pelos dissensos que envolvem a natureza das *relações paralelas*.

A família poligâmica (e, por logicidade, a bígama), embora admitida em algumas culturas, sendo, por exemplo, uma tradição dos muçulmanos, não se apresenta como uma opção de entidade familiar no sistema brasileiro, visto que existem obstáculos jurídicos para sua constituição formal ou seu reconhecimento. Portanto, sua admissibilidade ou impedimento muito se relaciona, antes de tudo, à cultura de cada povo, retratada, via de regra, em seus regramentos jurídicos.

Segundo Paulo Lôbo, “a família poligâmica é constituída de múltiplos casamentos formais, autorizados pela lei”<sup>218</sup>, portanto, no entendimento do autor, sua caracterização está associada a um ato jurídico solene que marca indubitavelmente sua Constituição. Tendo o art. 1.521, VI, do CC determinado que a pessoa casada não pode se casar, a legislação civil impediu a constituição tanto da família poligâmica (muitos casamentos) como da bígama (dois casamentos), ao menos pela modalidade formal.

O fato de o crime de bigamia ser disciplinado no contexto dos *crimes contra a família* no diploma penalista, que foi aprovado há mais de meio século e sob a regência da Constituição Federal de 1967, bem como a circunstância do seu exercício ser por ação penal pública incondicionada e não por ação penal privada, denota que o interesse do Estado era blindar a família tradicional, ainda sem possibilidade legal de dissolução. Portanto, o delito

<sup>216</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 15 maio 2021. Art. 235.

<sup>217</sup> Cf. BIGAMIA. In: *Michaelis*: dicionário brasileiro da língua portuguesa. Online. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=amRB>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>218</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 190.

não foi tratado pela norma como uma ofensa à pessoa, na eventualidade de sua boa-fé, mas como uma investida contra o próprio casamento. Uma vez que sua constituição depende da chancela do Estado, parece adequado pensar que o crime de bigamia atenta mais contra a fé pública, especialmente no pós-88, a partir de quando a tutela foi redirecionada da proteção da entidade familiar para as pessoas que a compunham.

Ademais, o Código Civil veta, sob pena de nulidade absoluta (art. 1.548, II, do CC), a celebração de casamento de quem não teve resolvido o elo matrimonial precedente, seja pelo divórcio ou pela morte do outro cônjuge. Essa imputação de nulidade ao casamento realizado com a inobservância do impedimento válida, portanto, a ideia de que a monogamia possui valor jurídico marcante, além de demonstrar o interesse em proibir a ocorrência da bigamia.

Em que pese a orientação da norma legal brasileira, em certa oportunidade, a diretriz monogâmica foi excepcionada e os efeitos de uma relação poligâmica foram homologados judicialmente no Brasil, sob o fundamento do multiculturalismo. Trata-se de caso famoso no âmbito do direito de família, como bem notado por Luciana Brasileiro, em que, no Estado do Amapá, o índio Parara Waiãpi se casou com três irmãs, segundo a tradição da tribo. “O casamento se deu porque o sistema de casamento na tribo é o sororato, onde um índio se casa com irmãs de uma mesma família, em poligamia”<sup>219</sup>. Ocorre, que, por ter vínculo empregatício, quando do seu falecimento, surgiu a dúvida sobre quem seria legitimada para receber a pensão por morte e resgatar os valores relativos ao FGTS.

O Ministério Público Federal, em decorrência da sua função institucional, propôs, em 2004, ação civil ordinária, perante a Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Amapá<sup>220</sup>, pleiteando a liberação do FGTS de forma compartilhada entre as três viúvas e o pagamento da pensão por morte às três, juntamente com os filhos menores. Tendo havido dúvidas sobre a competência do juízo e impetração de recurso, o Ministério Público propôs outra ação perante o Juizado Especial da Seção Judiciária do Amapá<sup>221</sup>, âmbito em que a

---

<sup>219</sup> BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 133.

<sup>220</sup> Processo n. 2004.31.00.000799-6, 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá.

<sup>221</sup> Processo n. 2005.31.00.700374-6, 5ª Vara JEF/AP. Consultado em: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*. Organização Conpedi-UFS. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 446. *E-book*. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/zwSy00m4p9262yCi.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

questão foi definida em 2005, por meio de um acordo firmado entre as viúvas que assentiram com a divisão dos valores, acordo este homologado pela justiça<sup>222</sup>.

A situação levanta o debate acerca da extensão da monogamia, fragilizando o pensamento que a toma por regra absoluta no ordenamento brasileiro, propondo reflexão sobre a natureza jurídica da relação poliafetiva, estrutura que não deve ser confundida com as uniões paralelas, sempre bom lembrar.

Segundo a doutrina renovadora<sup>223</sup> da jurista Maria Berenice Dias, a distinção entre aquelas formações (poliamor e paralelismo) é de “natureza espacial”, visto que a poliafetividade ocorre “quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes”<sup>224</sup>, comumente denominado *trisal* pela doutrina, quando composto por três pessoas.

Embora, em decorrência do preceito monogâmico, a poliafetividade seja analisada com cautela pela doutrina e total retração do Legislativo, um episódio ocorrido em 2012 colocou a questão em debate, e, em meio a muito dissenso, levou o Conselho Nacional de Justiça a se pronunciar sobre a questão<sup>225</sup>.

Um relacionamento formado por duas mulheres e um homem foi registrado, por meio de uma Escritura Declaratória de união poliafetiva, no Cartório de Notas da cidade de Tupã, no interior do Estado de São Paulo<sup>226</sup>. O documento, além de apontar o regime de bens concernente à união, informava que o trio se mantinha, num relacionamento afetivo e sob mesmo teto, havia três anos. O acontecimento desencadeou uma série de pedidos de registros em outros cartórios, Brasil adentro, tendo muitos sido lavrados e outros tantos recusados. Note-se que o primeiro trio não buscou o reconhecimento da união como entidade familiar, mas tão somente a constituição de direitos por meio do registro notarial.

<sup>222</sup> ARAUJO, Fabiola Souza; RESENDE, Ana Catarina Zema de. Pensão por morte e poligamia indígena: retribuição ou reconhecimento? Artigo apresentado no XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/C453F22Zmld7QvK8.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>223</sup> Segundo Maria Berenice Dias, “a monogamia não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas. Embora a uniconjugalidade disponha de valor jurídico, não passa de um sistema de regras morais” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 45).

<sup>224</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 143.

<sup>225</sup> Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. DJE/CNJ n. 89/2013, de 15 de maio de 2013.

<sup>226</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 233.



A circunstância levou a Associação de Direito de Família e Sucessões – ADFAS a solicitar à Corregedoria Nacional de Justiça – CNJ<sup>227</sup> que tais registros fossem proibidos, arguindo a inconstitucionalidade do ato perante a diretriz monogâmica imperante no ordenamento.

Embora o pedido de providência tenha sido julgado procedente, o voto do Conselheiro relator João Otávio de Noronha apontou uma percepção do direito familiar constitucionalizado, quando considerou o legado constitucional da pluralidade de entidades familiares, abarcadas por “diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las”. O Conselheiro ponderou que “a família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico”. Contudo, ressaltou que “a sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união ‘poliafetiva’”<sup>228</sup>, motivo pelo qual votou pela procedência ao pedido. O Conselheiro, acompanhado pela maioria, ressaltou a necessidade de maior amadurecimento social e jurídico da temática.

Segundo Luciana Brasileiro, a decisão do CNJ foi política, visto que, embora tenha expressado clara “discordância da Corregedoria com o conteúdo do pedido formulado pela ADFAS”, a decisão, “pautada numa posição cultural e não jurídica”<sup>229</sup>, deu procedência ao pleito, vedando a lavratura de escritura de união poliafetiva.

O voto divergente do Conselheiro Luciano Frota chama a atenção pela visão moderna e destoante, tendo aduzido:

Proibir que se formalizem perante o Estado uniões poliafetivas com base em um conceito vetusto de entidade familiar, não abrigado pela Constituição, significa perpetuar uma situação de exclusão e de negação de cidadania que não se coaduna com os valores da democracia. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “A intervenção do estado no âmbito da família, porém, deve se dar apenas no sentido de proteção, nos precisos termos da Constituição Federal, não em uma perspectiva de exclusão.” [...] não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que

<sup>227</sup> CNJ. Pedido de Providências – Corregedoria n. 0001459-08.2016.2.00.0000. Ministro Relator: João Otávio de Noronha. Sessão: 48ª Sessão extraordinária. Data do julgamento: 26.06.2018. “Ementa: Pedido de providência. União Estável Poliafetiva. Entidade familiar. Reconhecimento. Impossibilidade. Família. Categoria sociocultural. Imaturidade social da união poliafetiva como família. Declaração de vontade. Inaptidão para criar ente social. Monogamia. Elemento Estrutural da sociedade. Escritura pública declaratória de união poliafetiva. Lavratura. Vedação.” Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>228</sup> Voto do conselheiro Relator João Otávio de Noronha (CNJ. Pedido de Providências – Corregedoria n. 0001459-08.2016.2.00.0000. Ministro Relator: João Otávio de Noronha. Sessão: 48ª Sessão extraordinária. Data do julgamento: 26.06.2018).

<sup>229</sup> BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 138.

se pode constituir, mas apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade. Por todas as razões expostas, julgo improcedente o presente Pedido de Providências<sup>230</sup>.

Com efeito, a *união poliafetiva*, tal qual a família formada pelo trisal mencionado, não é correspondente à *relação simultânea* ou ao *paralelismo*, notadamente pelo aspecto de que, na primeira, os interesses dos envolvidos possuem iguais expectativas e mesmos desígnios, todos compartilham do intento de constituir uma única relação afetiva, ainda que incomum, visto que não é formada por um par.

As uniões paralelas, por sua vez, comumente são caracterizadas por propósitos ou interesses antagônicos, pois *existem estruturas familiares distintas* em que apenas uma pessoa relaciona-se com outras duas, pertencentes a unidades diferentes. Suas ocorrências são simultâneas.

Giselda Hironaka define, tangivelmente, as famílias paralelas como a circunstância

[...] na qual alguém, que já possui um vínculo de conjugalidade ou de união estável com seu cônjuge ou convivente, adquire, sem cessação ou extinção daquele primeiro vínculo, uma outra união estável com uma terceira pessoa, com quem o primeiro também constitui família<sup>231</sup>.

A duplicidade de relacionamentos apontada no conceito não se refere aos relacionamentos furtivos, eventuais, caracterizados pelo descompromisso e pela não pretensão de constituição de família, frequentemente com propósitos sexuais. Este pode ser tomado por uma aventura, um flerte ou tão somente um *caso*, que, em regra, não reverbera consequências jurídicas, exceto quando do romance suceda prole ou se motive o rompimento da conjugalidade originária. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, são os “encontros ou relações que não têm o condão de constituir uma família. São as(os) amantes. A outra e o outro”<sup>232</sup>. Portanto, referem-se a “uma relação de amantes e da qual não há consequências jurídicas”<sup>233</sup>.

<sup>230</sup> Voto do conselheiro Relator Luciano Frota (CNJ. Pedido de Providências – Corregedoria n. 0001459-08.2016.2.00.0000. Ministro Relator: João Otávio de Noronha. Sessão: 48ª Sessão extraordinária. Data do julgamento: 26.06.2018).

<sup>231</sup> Nesse sentido: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas: visão atualizada. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019.

<sup>232</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 231.

<sup>233</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 233.

Por seu turno, nas uniões paralelas, o *relacionamento extraconjugal* caracteriza-se pela estabilidade, fazendo da *não eventualidade a primeira* condição para sua concreção. Muitas vezes, faz-se público e ostensivo, com assunção de direitos e deveres, sustento material e apoio moral de parte a parte, caracterizando uma efetiva comunhão de vida, podendo ser ampliado por filhos.

Ocorre que esse espírito de conjugalidade se apresenta nos dois lares, fazendo da intenção de constituição de família, do *animus familiae*, o *segundo* elemento característico da união paralela.

Sua singularidade está na circunstância de partilhar, entre os lares, a convivência do consorte ou do companheiro comum, formando verdadeiro triângulo afetivo em lares distintos.

Não há ruptura do vínculo precedente ou dissolução judicial, tampouco, *separação de fato*. Do contrário, a segunda união estável seria legítima e deveria se sobrepor ao casamento ou à união estável pretéritos, visto que teriam se tornado mera reminiscência cartorial, conforme o § 1º do art. 1.723 do Código Civil, segundo o qual não há óbice para a constituição de união estável de pessoa casadas, desde que separadas de fato. Essa concomitância é uma realidade formal, mas não fática, inexistindo duplicidade familiar, posto que o espírito de conjugalidade é uno.

Na dicção do art. 1.727 do Código Civil “as relações *não eventuais* entre o homem e a mulher, *impedidos de casar*, constituem concubinato”<sup>234</sup> (destaque nosso). Nesse sentido, a relação afetiva que se firmou *a posteriori* tradicionalmente é considerada uma relação concubinária, que, para além da não eventualidade, possui *impedimento* que obstaculiza sua concreção por via casamentária.

Assim sendo, Luciana Brasileiro aduz que “o concubinato é uma relação estável, pois a não eventualidade lhe impõe essa condição e lhe diferencia de pessoas que se relacionam pontualmente”<sup>235</sup>.

Em suma, ainda que seja *estável*, o *concubinato* não é qualificado pela regra jurídica como uma *união estável*, em face da circunstância de não ter ocorrido a separação, judicial ou de fato, da relação que lhe precede, o que configura um impedimento para o casamento (art. 1.521, VI, do CC).

---

<sup>234</sup> Referência ao art. 1.727 do Código Civil.

<sup>235</sup> BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 113.

Com efeito, para a regra civilista, o concubinato representa mais que um simples *caso*, mas não chega à condição de *união estável*. O limbo em que a regra do Código Civil a acomodou deixa uma dúvida: não havendo mencionado expressamente se sim ou se não, o concubinato do art. 1.727 pode representar uma relação de natureza familiar? Pode ser reconhecido como entidade familiar? Pode ser reconhecido como uma *união estável* paralela à outra família?

É o desejo por obter essa resposta que leva as pessoas em paralelismo a confiar ao Poder Judiciário a solução sobre quem tem as prerrogativas do direito de família. Apenas uma, ou as duas são entidades familiares?

### 3.2 Argumentos jurídicos *favoráveis* à legitimidade familiar das relações paralelas

Por 37 anos, Joana da Paixão Luz viveu uma relação paralela, da qual advieram nove filhos, com Waldemar do Amor Divino, que, por sua vez, era casado com Raimunda Conceição Santos, com quem teve outros onze descendentes.

O caso emblemático<sup>236</sup>, muito lembrado pela doutrina familiarista, foi julgado em 2008 pelo Supremo Tribunal Federal, que não reconheceu como entidade familiar a união informal, tampouco concedeu direitos materiais à mulher desta. Originalmente, a demanda, proposta no Estado da Bahia, era uma ação de reconhecimento de união estável, ajuizada por Joana, após a morte de Waldemar, cumulada com pedido de divisão da pensão entre ela e Raimunda.

Por ocasião do julgamento, o STF traçou a distinção entre união estável e concubinato, reafirmando a condição de ilegitimidade deste. Por consequência, deliberou que a titularidade para o recebimento da pensão seria apenas da esposa viúva, não podendo ser beneficiária a concubina. O Ministro Relator, Marco Aurélio, apoiado na regra do diploma civilista (art. 1.727 do CC), concluiu seu voto considerando a união paralela

---

<sup>236</sup> “EMENTA: Companheira e concubina – Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável – Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão – Servidor público – Mulher – Concubina – Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina” (referência ao RE 397.763, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008).

“simples concubinato”, incapaz de produzir “efeitos jurídicos ante a ilegitimidade”<sup>237</sup>, tendo sido acompanhado pela maioria<sup>238</sup>.

Em sentido oposto, o voto divergente do Ministro Carlos Ayres Britto foi desenvolvido na perspectiva do direito civil constitucionalizado. Partindo da noção de família funcionalizada ao desenvolvimento de seus integrantes e da concreta afetividade binária presente no caso, confiou aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da afetividade os fundamentos para o reconhecimento da relação paralela como uma união estável<sup>239</sup>.

Os estudos contemporâneos sobre as relações paralelas apontam três correntes doutrinárias, que sustentam suas posições sobre os seguintes pressupostos: (i) no *preceito monogâmico*, para negar o reconhecimento da relação paralela como união estável; (ii) na *teoria da união estável putativa*, para reconhecê-la como união estável, e (iii) no *princípio da afetividade*, que, no direito de família contemporâneo, abriga as uniões formadas com base no afeto, reconhecendo a legitimidade da união paralela, portanto<sup>240</sup>.

Nessa perspectiva, os argumentos jurídicos relevantes para que *se reconheça a legitimidade* da família paralela são o *princípio da afetividade* e a *teoria da união estável putativa*, ambos decursivos de uma visão constitucionalizada do direito familiarista.

Nos tempos atuais, a tutela jurídica do afeto expressa que a família assumiu sua função elementar, a de unir-se por razões afetivas, de tal maneira que foi atribuído o *status* de princípio à afetividade, precisamente o “que fundamenta o Direito de Família na

<sup>237</sup> Referência ao voto do Ministro Relator no RE 397.763, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008. No mesmo sentido e com ementa idêntica: RE 590.779, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 10.02.2009, DJe 27.03.2009.

<sup>238</sup> “EXTRATO DA ATA: DECISÃO: Por maioria de votos, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator; vendido o Ministro Carlos Britto. Primeira Turma, 03.06.2008. Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito” (referência ao RE 397.763, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008).

<sup>239</sup> Referência ao voto divergente do Ministro Carlos Ayres Britto no RE 397.763, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008. Em seu voto, o Ministro Carlos Ayres Britto discorre sobre sua percepção de família: “A família como espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, efetivamente, convivência humana. Depurada expressão de gregarismo doméstico. Com força, portanto, de transformar anódinas casas em personalizados ‘lares’ (§ 1º do art. 230). Vale dizer, a família como ambiente de proteção física e aconchego amoroso, a se revelar como a primeira das comunidades humanas. O necessário e particularizado pedaço de chão do mundo. O templo secular de cada pessoa física ou natural, a que a Magna Lei apõe o rótulo de ‘asilo inviolável do indivíduo’ (inciso XI do art. 5º). Logo, a mais elementar ‘comunidade’ (§ 4º do art. 226) ou o mais apropriado *locus* de desfrute dos direitos fundamentais à ‘intimidade’ e à ‘privacidade’ (art. 5º, inciso X), porquanto significativo de vida em comunhão (comunidade vem de *comum unidade*, é sempre bom remarcar)” (voto Ministro Carlos Ayres Britto. RE 397.763, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008).

<sup>240</sup> Nesse sentido: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas: visão atualizada. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019.

estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”<sup>241</sup>.

Para Sérgio Resende de Barros, o direito ao afeto é a liberdade de um indivíduo de afeiçoar-se a outro. Em suas palavras, “o afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos”<sup>242</sup>. O autor refina seu pensamento em outro artigo:

Os indivíduos podem locomover-se, comunicar-se, reunir-se, associar-se, etc. Iguamente, podem conviver, amar, casar, afeiçoando-se uns aos outros. Em suma, todos os indivíduos têm o direito de praticar os atos básicos da vida, sem os quais não se pode viver. Conseqüentemente, também a afeição – o afeto – é um direito individual, que não pode ser negado<sup>243</sup>.

Segundo Giselda Hironaka, na perspectiva da família eudemonista, o valor jurídico do afeto legitima os vários modelos relacionais, visto que,

[...] a busca pelo *eudemonismo* que fundamenta a família contemporânea decorre daquela convivência interpessoal marcada pela afetividade e pela solidariedade mútua, normalmente dentro de ambientes considerados *familiares*, pelas novas visões do que sejam entidades familiares<sup>244</sup>.

Essa perspectiva moderna guia o entendimento de que a relação paralela pode ser reconhecida como entidade familiar, concluindo por sua licitude e conseqüente igualdade de direitos e deveres aos viventes entrelaçados no afeto, mas fixados em lares distintos.

Em 2015, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também não foi reconhecida, por maioria de votos, a legitimidade de uma relação paralela que perdurou por mais de 40 anos. Originária do Estado do Rio Grande do Sul, a ação de reconhecimento e dissolução de união estável com pedido de partilha de bens e alimentos e/ou indenização por serviços prestados foi ajuizada pela mulher em face daquele que, mesmo casado com outrem, fora

---

<sup>241</sup> Para Paulo Lobo, “a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida” (LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 119 e 120).

<sup>242</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *O direito ao afeto*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>. Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>243</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: FAMÍLIA E DIGNIDADE HUMANA. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 8.

<sup>244</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas: visão atualizada. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019.

seu companheiro. Embora a Corte não a tenha reconhecido como união estável, concedeu à “concubina”, já idosa, o direito aos alimentos<sup>245</sup>.

O Ministro Relator, João Otávio de Noronha, seguido pela maioria<sup>246</sup>, advertiu, no início de seu voto, que “o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos à concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo”<sup>247</sup>. No entanto, admitiu a excepcionalidade do caso, afastando a incidência da regra civilista (art. 1.727 do CC), e reconheceu a obrigação de prestar alimentos com fundamento nos princípios da dignidade e da solidariedade.

Para tanto, o Ministro considerou que o instituto da responsabilidade civil (art. 948, II, do *codex* civilista) disciplina a questão alimentar para além das regras sobre alimentos do direito de família (arts. 1.694 e 1.695 do CC). Além disso, considerou que não há incoerência entre a aplicação dos princípios constitucionais e os dispositivos citados do Código Civil. No manejo dos argumentos, amparou-se na doutrina de Dworkin ao traçar a distinção entre regras e princípios, destacando que as regras são normas concretas de aplicação específica ao modo do *tudo ou nada* e os princípios são normas jurídicas genéricas que precisam ser interpretadas e aplicadas ao caso concreto segundo o critério da adequação. A excepcionalidade fática que reclamou solução vária encontrou na aplicação dos princípios constitucionais a solução considerada adequada ao caso.

Entretanto, noutro caso, a posição adotada pela mesma alçada foi contrária à aplicação dos princípios constitucionais, reformando a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, que havia se fundado naqueles e afastado a incidência do Código Civil (§ 1º do art. 1.723), para reconhecer a união estável paralela e seus efeitos jurídicos.

Dessa feita, por unanimidade, o STJ, além de não reconhecer a legitimidade da relação, não consignou qualquer direito de cunho patrimonial à “concubina”, advertindo que a decisão reformada afrontava a Súmula Vinculante 10, segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público,

<sup>245</sup> EMENTA: Recurso Especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de lei federal. Caso peculiaríssimo. Preservação da família x dignidade e solidariedade humanas. Sustento da alimentanda pelo alimentante por quatro décadas. Decisão. Manutenção de situação fática preexistente. Inexistência de risco para a família em razão do decurso do tempo. Comprovado risco de deixar desassistida pessoa idosa. Incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas” (referência ao REsp 1.185.337, Ministro Relator João Otávio de Noronha, julgado em 17.03.2015, DJe 31.03.2015).

<sup>246</sup> Voto divergente, Ministro Massami Uyeda, que negou seguimento por decisão monocrática (referência ao REsp 1.185.337, Ministro Relator João Otávio de Noronha, julgado em 17.03.2015, DJe 31.03.2015).

<sup>247</sup> Referência ao voto do Ministro Relator João Otávio de Noronha no REsp 1.185.337, julgado em 17.03.2015, DJe 31.03.2015.

afasta sua incidência, no todo ou em parte”<sup>248</sup>. Diversamente do paralelismo anterior, este perdurou por três anos e a ação de reconhecimento de união estável foi oposta em face da viúva adoentada, com quem o *de cuius* foi casado por 36 anos.

Com efeito, a relação estável e simultânea à outra (casamento ou união estável), alcunhada de concubinária pelo art. 1.727 do CC, quando levada ao Judiciário, em regra, busca ser legitimada na condição de união estável, a fim de conquistar as prerrogativas desta.

Por força do art. 1.723 do CC, do § 3º do art. 226 da CF e da ADI 4.277/2011<sup>249</sup>, a *união estável* se consolida quando a convivência entre pessoas (de iguais ou diferentes sexos) é predicada de: (i) publicidade, continuidade e estabilidade; (ii) objetivo de constituição de família; e (iii) possibilidade de conversão para casamento.

*A contrario sensu*, a clandestinidade, a fugacidade, a instabilidade, a ausência do elemento volitivo e a não conversibilidade para casamento atentam contra a ideia de formação de união estável.

Pois bem, a exigência de conversibilidade para o casamento impõe que não se constituirá a união estável quando presentes os impedimentos matrimoniais, dentre os quais se destaca a *proibição de celebração de casamento de pessoa já casada*. Nesse sentido, para a regra civilista, não se constituirá a união estável se ao menos uma das pessoas for casada, salvo se separada de fato ou de direito. Essa condição<sup>250</sup> obsta a legitimação da relação paralela como entidade familiar.

Na conformação da *teoria da união estável putativa*, como fundamento para legitimar a relação paralela, aos requisitos acima soma-se a *boa-fé*, ou seja, o desconhecimento de relacionamento preexistente.

<sup>248</sup> “EMENTA: Direito de família e processual civil. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Homem casado. Ocorrência de concubinato. Indagações acerca da vida íntima dos cônjuges. Impertinência. Inviolabilidade da vida privada. Separação de fato não provada. Ônus da prova que recai sobre a autora da ação” (referência ao REsp 1.096.539, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 27.03.2012, DJe 25.04.2012).

<sup>249</sup> CC, 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. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. [...]” CF, 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.”

ADI 4.277 e ADPF 132, 05.05.2011. Ação que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. <sup>250</sup> Segundo Paulo Lôbo, “é questionável a inclusão da conversibilidade para o casamento, como requisito, e só o fazemos em razão dos enunciados normativos vigentes e para demonstrar sua impropriedade. O enunciado da Constituição, que tem servido a argumentos discriminatórios contra a união estável, é ‘devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. O que se tem aí não é requisito nem condição resolutiva” (LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 172).



Quando um indivíduo casado, ou em relação de companheirismo, mantém outro relacionamento estável, ocultando a existência da família pretérita, a doutrina moderna<sup>251</sup> tem defendido a legitimação da união, tradicionalmente categorizada como concubinária, em face da boa-fé do(a) convivente, denominando-a *união estável putativa*, em analogia ao casamento putativo (art. 1.561, § 1º, do CC). Como entidade familiar, guarda os mesmos direitos e deveres da relação familiar em curso.

Não seria uma escolha entre uma e outra, mas a constatação de legalidade das duas, em perspectiva inclusiva. Defendendo essa tese, Anderson Schreiber questiona: “por que a companheira, muitas vezes inconsciente do vínculo matrimonial do seu parceiro, deve ser privada de proteção jurídica na relação inegavelmente familiar que estabelece?”<sup>252</sup>.

Segundo o jurista, há que se admitir “a necessidade de uma interpretação sistemática do art. 1.561, § 1º, para que a união estável produza efeitos em relação à pessoa de *boa-fé*, desconhecidora do impedimento matrimonial do seu companheiro”. Em seu juízo, “se o casamento com pessoa já casada (e, portanto, impedida de casar) produz efeitos frente ao cônjuge de boa-fé, não há qualquer razão para que a união estável com pessoa casada não produza efeitos em favor do companheiro de boa-fé”<sup>253</sup>.

Com a mesma posição, Maria Berenice Dias aduz que,

[...] se são emprestados efeitos ao casamento putativo quando contraído de boa-fé, indispensável reconhecer a mesma qualificação à união estável com relação ao convivente de boa-fé. Ou seja, quando preenchidos os requisitos da união estável [...] e comprovada a boa-fé de um dos parceiros, invoca-se a analogia ao casamento putativo<sup>254</sup>.

Em 2019, o STJ analisou feito que defendia a teoria. Em sua origem, ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c pedido de arrolamento e partilha de bens sustentou a aplicação analógica do casamento putativo à união estável, pautada na boa-fé da concubina, argumento acatado pela instância de primeiro grau e pelo Tribunal estadual do

<sup>251</sup> Nesse sentido se posiciona Flávio Tartuce, conforme expresso na atualização do artigo “Famílias paralelas”, publicado em coautoria com a Professora Giselda Hironaka (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Famílias paralelas: visão atualizada*. Revista *Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019). Além do civilista, posicionam-se nesse mesmo sentido Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares*. Disponível em: [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias\\_simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias_simultaneas.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020) e Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *União estável*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016), dentre outros.

<sup>252</sup> SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares*. Disponível em: [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias\\_simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias_simultaneas.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>253</sup> SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares*. Disponível em: [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias\\_simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias_simultaneas.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>254</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 282.

Rio de Janeiro, que reconheceram a união estável e determinaram a partilha de 50% dos bens entre as duas mulheres, ressalvada a meação da viúva. No entanto, no âmbito do STJ, outro foi o entendimento do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, que reformou a decisão estadual.

O Ministro apontou que a autora e o *de cujus* “mantiveram relacionamento amoroso por 17 anos”; o falecido “era casado quando iniciou tal convívio, não tendo se separado de fato de sua esposa”, e “a falta de ciência da autora sobre a preexistência do casamento (e a manutenção da convivência conjugal) não foi devidamente demonstrada na espécie, havendo indícios robustos em sentido contrário”<sup>255</sup>.

Embora tenha reconhecido o longo envolvimento afetivo, para o Ministro não restou comprovada a boa-fé de forma irrefutável, aspecto que apontou como fundamental para caracterização do “concubinato de boa-fé”. Nesse sentido, o Tribunal, à unanimidade, não reconheceu a união estável nem qualquer outro direito.

Em que pese o valor da proposta teórica, a comprovação cabal da *ignorância* envolve tamanha subjetividade que pode inviabilizar sua aplicação, como de fato ocorreu no caso examinado, argumento sobre o qual o Ministro Salomão fundou sua decisão. Maria Berenice Dias, embora defenda sua aplicação, previu a complexidade em perquirir sobre boa-fé ou má-fé e o risco de cair em puro subjetivismo. “A linha, a fronteira a partir de onde a boa-fé passa a ser má é por demais tênue, podendo ser praticamente invisível, inalcançável, imperceptível.”<sup>256</sup>

Em outro caso analisado pelo STJ em 2006<sup>257</sup>, quando trazida a teoria pela parte interessada, o Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito considerou suficiente refutá-la argumentando que a lei não autoriza que se reconheçam duas uniões estáveis sob a justificativa de que uma delas seria putativa. Nas palavras do Ministro, “seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja, a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer

---

<sup>255</sup> “EMENTA: Recurso especial. Ação de reconhecimento e de dissolução de união estável c/c pedido de arrolamento e partilha de bens. União estável concomitante a casamento sem separação de fato” (referência ao REsp 1.754.008, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 13.12.2018, DJe 01.03.2019).

<sup>256</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 281.

<sup>257</sup> “EMENTA: União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei n. 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido” (referência ao REsp 789.293, Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 16.02.2006, DJe 20.03.2006).

entidades familiares múltiplas e concomitantes”<sup>258</sup>. Por unanimidade, não foi reconhecida a união estável ou qualquer outro direito.

A boa-fé da convivente foi arguida noutra caso<sup>259</sup> analisado pelo mesmo Tribunal, que, no entanto, foi decidido por maioria. O Ministro Relator, Nilson Naves, embora não aprofundasse a argumentação, vislumbrou hipótese de boa-fé da mulher do relacionamento paralelo considerando o fato de ter durado ao menos 28 anos, e de ter acompanhado o *de cujus* durante longo período, sempre sob sua dependência<sup>260</sup>. Trata-se de ação de reconhecimento de união estável *post mortem*, com pedido de partilhamento da pensão previdenciária com a viúva, direitos reconhecidos pelo julgador.

No entanto, divergiu acerca da boa-fé da convivente a Ministra Maria Thereza de Assis, que compreendeu que a mulher possuía ciência de que o *de cujus* mantinha relação matrimonial<sup>261</sup>, acompanhando o voto divergente do Ministro Hamilton Carvalhido, que destacou que o reconhecimento da união estável exige, dentre outros pressupostos, a ausência de impedimentos matrimoniais<sup>262</sup>. Novamente a teoria não vingou no âmbito do STJ e a união estável não foi reconhecida, tampouco demais direitos previdenciários.

Pois bem, em que pese a autoridade do *princípio da afetividade* (decursivo da constitucionalização do direito de família) e a coerência da *teoria da união estável putativa* (em analogia ao casamento putativo), embora arguidos nos dois Tribunais mais altos da jurisdição brasileira e acatados episodicamente, não foram exitosos, posto que as relações simultâneas não foram legitimadas pelos órgãos. Não há dúvida de que o paralelismo se coloca como um desafio para a ciência jurídica, mormente por afrontar um preceito tradicionalmente valorado pelo direito de família: a monogamia.

---

<sup>258</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito no REsp 789.293, julgado em 16.02.2006, DJe 20.03.2006.

<sup>259</sup> “EMENTA: Recurso Especial. Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre viúva e concubina. Simultaneidade de relação marital. União estável não configurada. Impossibilidade” (referência ao REsp 674.176, Ministro Relator Nilson Naves, julgado em 17.03.2009, DJe 31.08.2009).

<sup>260</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Nilson Naves, REsp 674.176, julgado em 17.03.2009, DJe 31.08.2009.

<sup>261</sup> Referência ao voto da Ministra Maria Thereza de Assis, REsp 674.176, Ministro Relator Nilson Naves, julgado em 17.03.2009, DJe 31.08.2009.

<sup>262</sup> Referência ao voto divergente do Ministro Hamilton Carvalhido, REsp 674.176, Ministro Relator Nilson Naves, julgado em 17.03.2009, DJe 31.08.2009.

### 3.3 Argumentos jurídicos *contrários* à legitimidade familiar das relações paralelas

Ao longo da história da família ocidental, a relação conjugal sempre foi caracterizada pela monogamia, mesmo quando o sentimento de afeto não possuía relevância para sua formação, apresentando-se permanente e estruturalmente como uma particularidade dos relacionamentos<sup>263</sup>. Tanto assim que a lei civil atual<sup>264</sup> disciplina as conjugalidades com substrato nessa orientação, assentando-a como organizadora das relações e não autorizando a coexistência de vínculos conjugais. Na condição de princípio, estabelece a exclusividade relacional aos cônjuges e aos companheiros<sup>265</sup>.

Nesse sentido, o entendimento contrário à legitimação da família paralela encontra na hegemonia monogâmica o principal argumento para resistir às novas e abertas tendências familiares.

Embora haja dissenso doutrinário sobre sua natureza jurídica, necessário registrar que prevalece o entendimento que predica à monogamia a condição de princípio<sup>266</sup>. No entanto, a condição de norma fundamental, absoluta e impositiva, conformada ao tempo em

<sup>263</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Orientador: Luiz Edson Fachin. 2003. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/59793>. Acesso em: jul. 2020.

<sup>264</sup> O Código Civil esteia a constituição do vínculo familiar na monogamia quando estabelece como impedimento matrimonial a existência de casamento precedente (arts. 1.521, VI, e 1.548, II). De igual maneira, o pressuposto da exclusividade integra o conceito de união estável, pois os mesmos impedimentos aplicados ao casamento obstaculizam o reconhecimento daquela, a menos que a pessoa esteja separada de fato ou judicialmente, segundo a disciplina da norma civilista (CC, art. 1.723, § 1º).

<sup>265</sup> Para Paulo Lôbo “a monogamia significa interdição a outro casamento, mas não a outra entidade familiar”. Em defesa de sua posição destaca que o crime de bigamia é adstrito ao casamento, não se aplicando às uniões estáveis” (LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 188-189).

<sup>266</sup> Não compreendem a monogamia como princípio Maria Berenice Dias e Giselda Hironaka. Em crítica, Maria Berenice aduz que: “não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. [...] A monogamia não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas. Embora a unconjugalidade disponha de valor jurídico, não passa de um sistema de regras morais” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 45). Segundo Hironaka, trata-se de um equívoco “considerar a monogamia como um princípio, ou como regra do direito de família, bem como do fato de se utilizar, na hipótese de aplicação de princípios, da técnica da ponderação principiológica e, por consequência, jurisprudencial” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Famílias paralelas: visão atualizada*. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019. p. 202).

Compartilham do entendimento de que a monogamia é um princípio ordenador das relações familiares tanto autores da doutrina clássica como alguns de postura vanguardista, o que revela sua predominância. V.g., Maria Helena Diniz, Orlando Gomes, Paulo Lôbo e Rodrigo da Cunha Pereira (DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 420; GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 3. p. 65; LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 55; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 230).

que família se constituía apenas pelo casamento, não se compatibiliza com a noção contemporânea de pluralidade de entidades familiares, sugerindo contemporização conceitual.

Por exemplo, para Rodrigo da Cunha Pereira, a monogamia consiste em um *princípio* organizador das relações conjugais. Embora a categorize como tal, o autor destaca que, diante do caso concreto, é preciso contrapô-la aos demais princípios, a fim de evitar exclusões. Nas palavras do civilista,

[...] não é possível deixar de ponderar o princípio da monogamia com o da dignidade da pessoa humana, solidariedade e responsabilidade, sob pena de se repetir as injustiças históricas de condenação de ilegitimidade e invisibilidade social e jurídica de quem de fato constitui famílias paralelas ou simultâneas<sup>267</sup>.

Pois bem, em certo caso de paralelismo examinado pelo STJ<sup>268</sup> em 2014, a Ministra Relatora Nancy Andrighi ponderou acerca dos valores constitucionais, entretanto firmou sua posição na prevalência do princípio monogâmico. Nas palavras da Ministra:

Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade<sup>269</sup>.

Além disso, considerou que

[...] uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais [...]<sup>270</sup>.

Por força da tradição monogâmica, o art. 1.566, I, do CC estabelece que a *fidelidade* é um dever conjugal. Na clássica visão de Caio Mário, a obrigação de ser fiel tem natureza moral e jurídica, posto que dita o comportamento do casal, não admitindo sequer a “suspeita

<sup>267</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 230.

<sup>268</sup> “EMENTA: Direito de família. União estável. Reconhecimento. Impossibilidade. Dever de fidelidade inexistente. Ausência de *animus* de constituição de família. Recurso desprovido.” A ação de reconhecimento de união estável *post mortem* proposta no Estado de Minas Gerais foi julgada improcedente na primeira instância e teve o recurso de apelação negado no Tribunal estadual. Por fim, o STJ também não reconheceu, por unanimidade, a união estável paralela que havia durado cerca de um ano (REsp 1.348.458, Ministro Relator Nancy Andrighi, DJe 25.06.2014).

<sup>269</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no REsp 1.348.458, julgado em 08.05.2014, DJe 25.06.2014.

<sup>270</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no REsp 1.348.458, julgado em 08.05.2014, DJe 25.06.2014.

de violação do dever jurídico”, sendo, também, dotada de obrigatoriedade e revestida de sanção<sup>271</sup>.

No que pertine aos deveres impostos aos companheiros, em que pese o art. 1.724 do CC não ter se valido da expressão *fidelidade recíproca*, preferindo usar os termos *lealdade* e *respeito*, não se conclui que o legislador pretendia desvincular da união estável a noção de exclusividade. Há que se lembrar que, embora predomine o entendimento de que o dever de lealdade seja englobante da fidelidade afetiva e sexual, há na doutrina moderna posição que defende que o dever de lealdade não pode servir de impedimento ao reconhecimento das uniões paralelas<sup>272</sup>.

Em meio a um ambiente doutrinário sortido, composto por posições, das mais rígidas às mais flexíveis, sobre a densidade da monogamia, da fidelidade e da lealdade, no juízo da Ministra Andriahi, “não tem o objetivo de constituir família quem, ao arrepio dos valores sociais e morais próprios de uma legítima entidade familiar, mantém relacionamentos afetivos simultâneos e paralelos, descambando para a infidelidade”<sup>273</sup>.

O entendimento que toma o *dever de lealdade* por pressuposto da união estável ficou evidente noutros votos de outros ministros do STJ que concluíram pela inviabilidade de tutelar juridicamente as relações paralelas<sup>274</sup>.

Em outro Recurso Especial, examinado em 2010<sup>275</sup>, o *de cujus* se divorciou da esposa, para apenas posteriormente constituir nova família por meio de união estável. No entanto, manteve relação afetiva com a ex-cônjuge. Dessa forma, ocorriam duas uniões informais públicas e simultâneas. A Ministra Relatora Nancy Andriahi aduziu que esquadrihar a relação paralela “sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no

<sup>271</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5: Direito de família. p. 185.

<sup>272</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 172.

<sup>273</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andriahi no REsp 1.348.458, julgado em 08.05.2014, DJe 25.06.2014.

<sup>274</sup> V.g., em defesa dessa posição que reconhece o dever de lealdade como condição, noutro processo sobre paralelismo, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão concluiu que “não fosse por isso, também não seria a separação de fato *conditio sine qua non* para o reconhecimento de união estável de pessoa casada” (referência ao voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão no REsp 912.926, julgado em 22.02.2011, DJe 07.06.2011). “EMENTA: Direito de família. Reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Impossibilidade. Exclusividade de relacionamento sólido. Condição de existência de jurídica da união estável. Exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002.” Os Ministros da Quarta Turma do STJ, por unanimidade, não reconheceram a legitimidade da união paralela, bem como demais efeitos jurídicos.

<sup>275</sup> “EMENTA: Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades [...]” Os Ministros da Terceira Turma do STJ, por unanimidade, não reconheceram a legitimidade da união paralela, bem como demais efeitos jurídicos (REsp 1.157.273, Ministra Relatora Nancy Andriahi, julgado em 18.05.2010, DJe 07.06.2010).

dever de lealdade a ser observado entre os companheiros”<sup>276</sup>. Fundamentou sua posição na doutrina de Zeno Veloso, que equipara a lealdade à fidelidade, tomando-a por “franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Em uma relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural”<sup>277</sup>. Acrescentou a magistrada que a segunda união com a ex-cônjuge não poderia ser reconhecida como união estável, em face desse impedimento, o dever de lealdade no qual está inserto o conceito de exclusividade, essencial à monogamia. Por fim, aventou a possibilidade de reconhecê-la como uma sociedade de fato, caso deduzida em processo adequado.

Com efeito, especialmente na sociedade atual, a fidelidade não traduz um valor absoluto, ante a possibilidade de o próprio casal flexibilizar a premissa da exclusividade afetiva, como ocorre nos relacionamentos *abertos*, ou ante a possibilidade de se perdoar a infidelidade, embora originalmente inegociável para o casal. Ou seja, são circunstâncias afetivas à intimidade do casal e amparadas pelo princípio da intervenção mínima do Estado. A relativização de sua densidade se mostrou efetiva quando a Lei n. 11.106, de 2005 revogou o art. 240 do Código Penal, descriminalizando o adultério. Ademais, a quebra da *fidelidade* no casamento ou da *lealdade* na união estável, se provocarem tamanhos desprazeres que tornem insuportável a vida em comum, poderão conduzir à dissolubilidade tanto do vínculo matrimonial como da relação de companheirismo.

No entanto, a concepção de prevalência da tutela jurídica da pessoa, independentemente de sua escolha conjugal, embora desgaste o caráter principiológico da *monogamia*, não lhe retira a condição de principal argumento contrário à legitimidade das famílias paralelas.

*Verbi gratia*, em outra lide sobre paralelismo afetivo analisada pelo STJ em 2018, o Ministro Luis Felipe Salomão transcreveu em seu voto a doutrina de Rolf Madaleno para sustentar sua posição sobre o mandamento monogâmico, tomando-o por “preceito básico e ordenador das relações jurídicas da família brasileira, o que justifica a censura da lei à relação extraconjugal simultânea/paralela ao casamento, ressalvada a hipótese de separação de fato”<sup>278</sup>. Além disso, ressaltou que, ao se pretender formar uma família, há que estar

---

<sup>276</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no REsp 1.157.273, julgado em 18.05.2010, DJe 07.06.2010.

<sup>277</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no REsp 1.157.273, julgado em 18.05.2010, DJe 07.06.2010.

<sup>278</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão no REsp 1.754.008, julgado em 13.12.2018, DJe 01.03.2019.

desimpedido, imputando relevo à ruptura, ainda que factual, da relação anterior, para que a nova relação afetiva seja caracterizada pela exclusividade e, portanto, tutelada juridicamente como entidade familiar<sup>279</sup>.

A posição do Ministro aponta que, além da *monogamia* e da *fidelidade*, existem outros argumentos, decursivos daquele preceito, que também fazem oposição à legitimação da família paralela, tais como *sua não caracterização como união estável* e *a concepção de ilegitimidade do concubinato*, enfatizando que a problemática está justamente na não ruptura da relação precedente. Como observado por Caio Mário, não é o fato *de já se ter* antes casado, mas *o de ser* casado, vigorando a proibição enquanto subsistir o matrimônio anterior, e desaparecendo o óbice tão logo a dissolução ocorra.

Assim, o STJ, por meio da Tese n. 5, de 2016<sup>280</sup>, firmou o entendimento de que não há problema em reconhecer uma união estável concomitante a um casamento válido, desde que haja a separação judicial ou de fato. *A contrario sensu*, não a reconhece quando não tenha sucedido a separação, ao menos faticamente. Tanto assim que em 2016 firmou a Tese n. 4, assentando a impossibilidade de legitimar as uniões simultâneas<sup>281</sup>.

A concepção de que a família paralela *não se reveste dos elementos essenciais da união estável* foi arguida por alguns ministros no âmbito do mesmo Tribunal<sup>282</sup>, que apontaram para o fato de que, estando um dos pares impedido de casar, resta impossibilitado o reconhecimento da entidade familiar, pois inexistente o *animus familiae*, considerado imprescindível e ao qual os demais requisitos da união estável se congregam. As posições consideraram, portanto, ser inconcebível legitimar uma relação que não tem aptidão de ser convertida em casamento, pois a intenção de constituir família estaria comprometida.

Em outro Recurso Especial, tramitado em 2011<sup>283</sup>, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão registrou que “a relação concubinária não pode ser alçada à condição de união estável, ausente o requisito da estabilidade na relação”<sup>284</sup>. Note-se que deprecou a

<sup>279</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão no REsp 1.754.008, julgado em 13.12.2018, DJe 01.03.2019.

<sup>280</sup> Referência a *Jurisprudência em Teses*, do STJ, edição 50, Tese n. 5, 2016: “A existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados”.

<sup>281</sup> Referência a *Jurisprudência em Teses*, do STJ, edição 50, Tese n. 4, 2016: “Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas”.

<sup>282</sup> Nesse sentido e com votação unânime, foram decididos os recursos: REsp 1.104.316/RS, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 28.04.2009, DJe 18.05.2009; REsp 1.114.490, Ministro Relator Jorge Mussi, julgado em 19.11.2009, DJe 01.02.2010; REsp 1.185.653, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 07.12.2010, DJe 01.03.2011.

<sup>283</sup> REsp 1.185.653, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 07.12.2010, DJe 01.03.2011.

<sup>284</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão no REsp 1.185.653, julgado em 07.12.2010, DJe 01.03.2011.



característica da instabilidade a uma união que durou mais de 30 anos e da qual nasceram dois filhos.

Em sua origem, essa ação de reconhecimento da união estável *post mortem* movida contra a viúva buscava o partilhamento da pensão previdenciária, alegando a convivente que, sendo ela responsável pelos trabalhos domésticos e a criação dos filhos, dependia financeiramente do falecido. Para o Ministro, o fato de jamais ter contribuído para a construção de patrimônio comum não lhe dava o direito à divisão patrimonial, tampouco à pensão por serviços prestados<sup>285</sup>.

Essa percepção do Ministro se funda no fato de haver distintos tratamentos jurídicos a depender da situação da mulher, se companheira ou se concubina, tendo sido predicada, no caso, à categoria concubinária. Portanto, se a relação afetiva paralela não se reveste dos elementos constitutivos da união estável, resta a compreensão de que tal relacionamento encontra-se no limbo do concubinato.

*Verbi gratia*, em outro Recurso Especial, analisado em 2017, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva apontou as distinções envolvidas no termo “concubinato”, considerando que, no *impuro*, a relação afetiva se desenvolve “contra um casamento preexistente de um dos concubinos ou em relação incestuosa”<sup>286</sup>, e no concubinato *desleal* a concomitância se dá com uma união estável. Complementou que o concubinato *puro*<sup>287</sup> seria a união estável propriamente dita.

---

<sup>285</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão no REsp 1.185.653, julgado em 07.12.2010, DJe 01.03.2011.

<sup>286</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva no REsp 1.628.701, julgado em 07.11.2017, DJe 17.11.2017. Votação unânime. “EMENTA: Recurso especial. Direito de família. casamento e concubinato impuro simultâneos. Competência. Art. 1.727 do Código Civil de 2002. Art. 9º da Lei 9.278/1996. Juízo de família. Separação de fato ou de direito. Inexistência. Casamento concomitante. Partilha. Prova. Ausência. Súmulas n. 380/STF e n. 7/STJ. [...] 2. A relação concubinária mantida simultaneamente ao matrimônio não pode ser reconhecida como união estável quando ausente separação de fato ou de direito do cônjuge. [...] 5. Nas hipóteses em que o concubinato impuro repercute no patrimônio da sociedade de fato aplica-se o Direito das obrigações. 6. A partilha decorrente de sociedade de fato entre pessoas impõe a prova do esforço comum na construção patrimonial (Súmula n. 380/STF)”.

<sup>287</sup> Segundo Luciana Brasileiro, “as mudanças no contexto social e a existência de relações com contorno de casamento, sem o vínculo matrimonial, foram sendo cada vez mais toleradas e se ampliou o conceito de concubinato. A necessidade de distanciar essas relações daquelas onde não havia exclusividade, aliada à imposição de uma designação de *aquiescência social* com o instituto, fez do concubinato ‘puro’ o termo utilizado” (BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 51).

Com efeito, a distinção, sem mascarar um sentido moral que possa carregar, contribui apenas didaticamente para distinguir situações fáticas, posto que no pós-Constituição de 1988, o sentido jurídico do termo “concubinato” restou adstrito, quando muito, à disciplina do art. 1.727 do Código Civil.

Contudo, consignada a posição de que a família paralela é uma relação concubinária, por efeito, não receberá o acolhimento conferido à entidade familiar. Nesse sentido, em outra situação analisada em 2007, embora o Tribunal do Rio Grande do Sul tivesse reconhecido o relacionamento extramatrimonial de 16 anos como união estável, a decisão foi reformada pelo STJ, porquanto entenderam a ministra e demais magistrados, à unanimidade, que não há como adjudicar *status* de união estável à relação que se desenvolve em concomitância, fundando a posição no art. 1.727 do CC<sup>288</sup>.

As posições tomaram a distinção entre a união estável e o concubinato, porquanto a primeira, como entidade familiar (CF/88, art. 226, § 3º), tem tutela jurídica assegurada, enquanto “o concubinato, paralelo a ambos os institutos jurídicos – casamento e união estável –, enfrenta obstáculos à geração de efeitos dele decorrentes, notadamente porque concebido sobre o leito do impedimento”<sup>289</sup>. A visão desqualifica a relação para ascender à condição jurídica de família, por não respeitar o preceito da exclusividade ditado pelo sistema monogâmico.

Outra lide sobre paralelismo tramitada no mesmo Superior Tribunal em 2009 pugnava por indenização pelos serviços prestados por 23 anos movida contra o espólio do *de cujus*, representado pela viúva, à época com 84 anos. Embora a decisão tenha registrado a indubitável ocorrência da relação extraconjugal, posto que pública e com prole, por unanimidade, não conferiu qualquer direito à convivente, destacando como argumento a necessidade de colocar a salvo o casamento, “instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito”<sup>290</sup>. Para a Ministra Andriahi:

<sup>288</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andriahi no REsp 931.155, julgado em 07.08.2007, DJe 20.08.2007. Votação unânime. “EMENTA: Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido”.

<sup>289</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andriahi no REsp 1.047.538, julgado em 04.11.2008, DJe 10.12.2008. Votação unânime. “EMENTA. Direito civil. Recursos especiais. Contratos, família e sucessões. Contrato de seguro instituído em favor de companheira. Possibilidade. – É vedada a designação de concubino como beneficiário de seguro de vida, com a finalidade assentada na necessária proteção do casamento, instituição a ser preservada e que deve ser alçada à condição de prevalência, quando em contraposição com institutos que se desviem da finalidade constitucional”.

<sup>290</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andriahi no REsp 872.659, julgado em 25.08.2009, DJe 19.10.2009. Votação unânime. “EMENTA: Direito civil. Família. Recurso especial. Concubinato. Casamento simultâneo. Ação de indenização. Serviços domésticos prestados. [...] Inviável o debate acerca dos efeitos patrimoniais do concubinato quando em choque com os do casamento pré e coexistente, porque

O concubino, por ser aquele que se une, clandestinamente ou não, a outra pessoa comprometida, legalmente impedida de se casar, fica destituído de específicas tutelas de direito, exatamente porque adviriam em frontal prejuízo ao do outro cônjuge do casamento não desfeito, popularmente concebido como aquele que foi “traído”<sup>291</sup>.

O entendimento sugere a tutela do casamento como instituição, a fim de que seja preservado e alçado à condição de prevalência, inclinada, portanto, para uma visão tradicional da família, não harmonizada com o preceito de que a proteção cabe à pessoa.

No âmbito do STF, em 2009, um Recurso Extraordinário com relatoria do Ministro Marco Aurélio<sup>292</sup>, embora tenha sido julgado por maioria de votos, prevaleceu o entendimento do relator de que a relação simultânea, por ser compreendida como concubinato, não gera efeitos jurídicos<sup>293</sup>. Com entendimento diverso, o voto dissidente do Ministro Ayres Britto reiterou os mesmos argumentos empregados no emblemático Recurso Extraordinário n. 397.763, acima citado, votando pela legitimidade familiar da união paralela que perdurou por mais de 30 anos, sustentando sua posição nos princípios constitucionais da dignidade e solidariedade familiar<sup>294</sup>.

Além dessa concepção, o Ministro Ayres Britto, valendo-se de interpretação ampla do § 3º do art. 226 da CF, que reconhece a união estável, sustentou que essa entidade familiar deve ser definida por exclusão, portanto “abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto”<sup>295</sup>, defendendo que não há concubinato para a Lei Maior.

No entanto, em regra, as decisões averiguam o cumprimento dos pressupostos da união estável delineados no art. 1.723 do CC, para apoiar suas posições. Nesse sentido, um

---

definido aquele, expressamente, no art. 1.727 do CC/02, como relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar; a disposição legal tem o único objetivo de colocar a salvo o casamento, instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito”.

<sup>291</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi no REsp 872.659, julgado em 25.08.2009, DJe 19.10.2009.

<sup>292</sup> “EMENTA: Companheira e concubina – Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável – Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão – Servidor Público – Mulher – Concubina – Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina” (RE 590.779, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 10.02.2009, DJe 27.03.2009).

<sup>293</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Marco Aurélio no RE 590.779, Primeira Turma, julgado em 10.02.2009, DJe 27.03.2009.

<sup>294</sup> Referência ao voto do Ayres Britto no RE 590.779, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 10.02.2009, DJe 27.03.2009.

<sup>295</sup> Referência ao voto divergente do Ministro Carlos Ayres Britto no RE 397.763, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008. No mesmo sentido: RE 590.779, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 10.02.2009, DJe 27.03.2009.

Recurso Extraordinário julgado em 2011<sup>296</sup>, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, por sua posição e dos demais ministros, posto que decidido por unanimidade, não reconheceu a relação paralela como união estável com base na clandestinidade (ferindo a exigência de publicidade) e na falta de prova de que o *de cujus* havia se separado de fato<sup>297</sup>.

Ocorre que, em 2012, uma decisão do Supremo Tribunal Federal alvoroçou o debate sobre paralelismo e as expectativas sobre como o tema seria posto pela Corte Maior, uma vez que reconheceu a repercussão geral por meio do Agravo em Recurso Extraordinário, processo n. 656.298, de relatoria do então Ministro Carlos Ayres Britto, estabelecendo o Tema 529, nos termos que seguem: “possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte”. Em 2017 o processo foi reautuado para RE 1.045.273 e teve a substituição do Relator pelo Ministro Alexandre de Moraes, ante a aposentadoria de Ayres Britto. Em dezembro de 2020, o Pleno do Tribunal, em sessão virtual, deliberou sobre a questão. Os autos tramitaram em segredo de justiça.

O caso discutia a possibilidade de reconhecimento de união estável e de relação homoafetiva simultâneas com o propósito de divisão da pensão por morte, posto que o *de cujus* mantinha, em concomitância, duas uniões afetivas, uma hétero, reconhecida judicialmente, e outra homoafetiva, por 12 anos. No julgamento, o Tribunal, por maioria de votos, sendo seis contra cinco<sup>298</sup>, negou provimento ao recurso interposto pelo homem que conviveu afetivamente com o falecido, não reconhecendo a união como entidade familiar, tampouco lhe concedendo efeitos patrimoniais. Ademais, a Corte fixou a seguinte tese:

---

<sup>296</sup> “EMENTA: 1. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito previdenciário. 3. Pensão por morte. Rateio entre cônjuge e concubina. 4. Incidência da Súmula 279. 5 Agravo regimental a que se nega provimento.” Votação unânime (RE 645.762, Ministro Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 02.08.2011, DJe 19.08.2011).

<sup>297</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Gilmar Mendes no RE 645.762, Segunda Turma, julgado em 02.08.2011, DJe 19.08.2011.

<sup>298</sup> O STF, apreciando o Tema 529 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Dessa forma, votaram contrariamente ao reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva simultâneas, com a consequente divisão da pensão por morte, os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli (Presidente), Luiz Fux e Nunes Marques. Votaram pelo reconhecimento das uniões concomitantes, porém vencidos no julgamento, os Ministros Luiz Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio (RE 1.045.273, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Plenário, sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020).

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro<sup>299</sup>.

A decisão de dezembro de 2020 sobre o Tema 529 encerra o suspense de oito anos acerca do posicionamento do Supremo Tribunal, mas não solve o debate, especialmente no âmbito doutrinário. Ao contrário, poderá aquecê-lo, máxime pelo placar da votação.

Ademais, os termos da tese fixada denotam um entendimento circunspecto ou conservador sobre as relações afetivas paralelas, posto que destacaram valores tradicionais do direito de família, tais como “dever de fidelidade” e “monogamia”, não atribuindo efeito positivo ao concubinato em circunstância processual marcada pela carga pesada da repercussão geral<sup>300</sup>.

### 3.4 Projeto de vida conjugal a três?

Numa perspectiva aberta, a família atual é sustentada pelos pressupostos mínimos de afetividade, estabilidade, publicidade e pelo elemento volitivo, como visto.

Partindo desses traços elementares, existiria espaço no conceito de família para as relações paralelas?

Valendo-se de raciocínio interrogativo, o então Ministro Ayres Britto ponderou essa questão em voto histórico:

Nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de *felicidade-a-dois* sejam ou não, desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento de *papel passado*? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de construir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementadora dos sexos e viabilizadora do amor, os mais das vezes se faz acompanhar de prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comunhão?<sup>301</sup>

<sup>299</sup> Referência à tese fixada pelo STF quando da apreciação do Tema 529 (RE 1.045.273, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Plenário, sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020).

<sup>300</sup> Outro processo com repercussão geral reconhecida será julgado pelo STF (RE 883.168, Ministro Relator Dias Toffoli). Embora a matéria se relacione ao âmbito previdenciário, impactará materialmente as uniões paralelas. Trata-se do Tema 526, que versa sobre a “possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários”. Não havia data para julgamento até o termo final de levantamento dos acórdãos.

<sup>301</sup> Referência ao voto divergente do Ministro Carlos Ayres Britto no RE 397.763, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008.

O argumento dado pelo Ministro, para respaldar sua conclusão pela assertividade das perguntas, foi sua compreensão de que a Constituição Federal (que não admite discriminação) tenha banido o concubinato de vez, aliada ao entendimento de que a união estável deve ser definida por exclusão, ou seja, abarcante dos relacionamentos afetivos outros que não o casamento e a família monoparental. No entanto, os demais Ministros seguiram o voto do Relator Marco Aurélio, que invocou o art. 1.727 do Código Civil e sustentou que “o concubinato não se iguala à união estável, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de consequências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato”<sup>302</sup>.

Os antagonismos sobre o paralelismo conjugal transitam por entre os argumentos que defendem a suficiência da afetividade para legalizá-lo até os que buscam na regra monogâmica a justificativa de sua incorreção.

Em meio a esse duelo de argumentos, um fenômeno vem sendo cada vez mais sedimentado no direito de família: a tendência a outorgar aos elos socioafetivos condição constitutiva de direitos.

O afeto, de fato, foi incorporado ao conceito de família como elemento constitutivo dos vínculos, tendo adquirido relevância jurídica quando passou a ser externado pelos membros da entidade familiar por condutas objetivas sobre as quais assentaram a convivência, condicionando comportamentos e as expectativas recíprocas<sup>303</sup>.

Tanto passou a constituir direitos que os casais homoafetivos; as famílias anaparentais; as constituídas pelos avós e netos; por tios e sobrinhos e as monoparentais obtiveram foro de comunidade familiar.

Ademais, a facilitação para constituição, dissolução e reconstituição dos vínculos conjugais conferiu à comunidade monoparental a condição de provisoriedade, democratizando o fenômeno da família reconstituída ou mosaico, definida como a “estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm filho ou filhos de um vínculo anterior”<sup>304</sup>. Vivências recompostas das quais emanaram a doutrina da multiparentalidade na filiação. Todas essas vivências foram

---

<sup>302</sup> Referência ao voto do Ministro Relator no RE 397.763, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008.

<sup>303</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, abr./jun. 2015. p. 18.

<sup>304</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, abr./jun. 2015. p. 16.

reconhecidas pela ciência jurídica e incorporadas ao conceito de família, não havendo mais importantes oposições a suas legalidades.

Todavia, embora haja considerável doutrina que sustente argumentos favoráveis para as *relações paralelas*, estas encontram posições resistentes a sua legitimação na jurisprudência e absoluto silêncio do legislador.

Dos mais elevados Tribunais brasileiros, foram analisados 22 recursos especiais e 6 recursos extraordinários sobre relações paralelas, que concluíram por não legitimá-las, (apenas, episodicamente, acolhidas por votos vencidos<sup>305</sup>), confirmando que a jurisprudência do STJ (quase sem divergência) e a do STF (com alguma divergência) não as admitem como entidades familiares, muitas vezes fundando a validade de suas posições nos julgados precedentes das próprias casas<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> Nesse sentido, organizados por ordem de ministros, a amostra analisada foi composta pelos feitos: Ministra Relatora Nancy Andrichi: REsp 1.348.458, julgado em 08.05.2014, DJe 25.06.2014; REsp 1.157.273/RN, Terceira Turma, julgado em 18.05.2010, DJe 07.06.2010; REsp 931.155, julgado em 07.08.2007, DJe 20.08.2007; REsp 872.659, julgado em 25.08.2009, DJe 19.10.2009; REsp 1.047.538, julgado em 04.11.2008, DJe 10.12.2008; REsp 605.338, julgado em 06.09.2005, DJe 06.09.2005. Ministro Relator Luis Felipe Salomão: REsp 1.185.653, julgado em 07.12.2010, DJe 01.03.2011; REsp 912.926, julgado em 22.02.2011, DJe 07.06.2011; REsp 1.096.539, julgado em 27.03.2012, DJe 25.04.2012; REsp 1.754.008, julgado em 13.12.2018, DJe 01.03.2019. Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva: REsp 1.157.162, julgado em 19.04.2016, DJe 26.04.2016; REsp 1.628.701, julgado em 07.11.2017, DJe 17.11.2017. Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito: REsp 789.293/RJ, julgado em 16.02.2006, DJ 20.03.2006. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura: REsp 1.104.316/RS, julgado em 28.04.2009, DJe 18.05.2009. Ministro Relator João Otávio de Noronha: REsp 1.185.337, julgado em 17.03.2015, DJe 31.03.2015. Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca: REsp 742.685, julgado em 04.08.2005, DJe 05.09.2005. Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti: REsp 1.658.903, julgado em 28.11.2017, DJe 04.12.2017. Ministro Relator Herman Benjamin: REsp 1.810.926, julgado em 25.06.2019, DJe 01.07.2019. Ministro Relator Jorge Mussi: REsp 1.114.490, julgado em 19.11.2009, DJe 01.02.2010. Ministro Relator Nilson Naves: REsp 674.176, julgado em 17.03.2009, DJe 31.08.2009. Ministro Relator Felix Fischer: REsp 813.175, julgado em 23.08.2007, DJe 29.10.2007. Em sentido contrário, registre-se que, da amostra levantada, os recursos especiais a seguir listados foram decididos *por maioria*, e ainda assim não reconheceram o relacionamento paralelo como entidade familiar: REsp 1.107.192, Ministro Relator Massami Uyeda, DJe 27.05.2010 (voto vencido Ministro Relator Massami Uyeda; voto divergente Ministra Nancy Andrichi, acompanhada do Ministro Paulo Furtado e do Ministro Vasco dela Giustina); REsp 674.176, Ministro Relator Nilson Naves, DJe 31.08.2009 (voto Ministro Relator Nilson Naves, vencido, acompanhado do Ministro Carlos Fernando Mathias; voto divergente Ministro Hamilton Carvalhido, acompanhado da Ministra Maria Thereza de Assis e do Ministro Paulo Gallotti); REsp 813.175, Ministro Relator Felix Fischer, DJe 29.10.2007 (voto Ministro Relator Felix Fischer, acompanhado da Ministra Laurita Vaz e da Ministra Jane Silva; votaram vencidos os Ministros Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho, que não conheciam do recurso).

<sup>306</sup> Embora a amostra pesquisada revele a pouca adoção de princípios constitucionais nas fundamentações, não representa uma regra para os demais magistrados em outras circunstâncias. Segundo a pesquisa *Quem somos*: a magistratura que queremos, realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e aplicada aos juízes, quando indagados, pela questão 58, “se deve aplicar os princípios constitucionais para fundamentar decisões a respeito de temas sobre os quais não há legislação específica”, 77,8% dos ministros de Tribunais Superiores responderam que concordam muito. Todavia, quando perguntados, pela questão 57, se “o(a) magistrado(a) deve priorizar o texto infraconstitucional à adoção de princípios constitucionais”, a maioria

Note-se que as vivências inseridas no conceito de família acima exemplificadas se relacionam aos vínculos da parentalidade, menos sujeitos às resistências, com exceção do casal homoafetivo. Embora a diversidade do sexo tenha se tornado desimportante para a conjugalidade, o mesmo não ocorreu sobre a composição em *par*. Os resultados dos acórdãos analisados e da tese firmada pelo STF, em resposta ao Tema 529, não estendeu efeitos jurídicos do direito das famílias às vivências paralelas, ratificando compromisso com o regime monogâmico.

Eventual reconhecimento de sua legitimidade, para além de admiti-la como entidade familiar, implica óbvias consequências materiais, o que parece ser menos espinhoso de ser concedido pelo julgador, posto que, de quando em quando, tem sido aplicada a Súmula 380 do STF<sup>307</sup> a fim de evitar o enriquecimento sem causa.

No contexto pré-Constituição de 1988, a Súmula 380 serviu à jurisprudência como expediente para tangenciar os entraves legais que desassistiam as uniões não casamentárias (concubinato puro) da condição de entidades familiares. Socorridas pelo direito obrigacional na figura da sociedade de fato, quando dissolvidas, conduziam à divisão do patrimônio, presumidamente adquirido por esforço comum, superando a solução pretérita, também extraída do âmbito das obrigações, de indenização pelos serviços prestados.

Esse recurso aplicado às relações paralelas, embora pareça reparar eventuais prejuízos materiais, pode não surtir efeitos, pois o *reconhecimento de uma sociedade de fato concubinária* não assegura a presunção de esforço comum para subsidiar a divisão do patrimônio amealhado. Por exemplo, em um dos Recursos Especiais analisados, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva admitiu a possibilidade da tese, considerando que “nas hipóteses em que o concubinato impuro repercute no patrimônio da sociedade de fato aplica-se o direito das obrigações”. No entanto, em seguida, declarou que “a partilha decorrente de sociedade de fato entre pessoas impõe a prova do esforço comum na construção patrimonial (Súmula 380/STF)”<sup>308</sup>; não tendo sido comprovado, não deu provimento ao Recurso Especial.

---

concordou com a assertiva (38,9% concordam pouco e 33,3 concordam muito). A pesquisa da AMB parece se compatibilizar com o resultado da pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho, posto que os ministros priorizaram a adoção da norma infraconstitucional para a fundamentação de suas decisões, qual seja, o art. 1.727 e demais do Código Civil, sugerindo a suficiência da regra jurídica para seus entendimentos (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Quem somos*: a magistratura que queremos. Organização de Luiz Werneck Viana, Maria Alice Rezende de Carvalho, Marcelo Baumann Burgos. Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 118-120).

<sup>307</sup> Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

<sup>308</sup> V.g.: REsp 1.628.701, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07.11.2017, DJe 17.11.2017.



De toda maneira, a tese do âmbito das obrigações que serviu para socorrer as uniões não casamentárias de outrora ressurge no contexto das relações simultâneas, em consequência da posição dominante, que não as reconhece como entidades familiares. Ademais, aos pleitos judiciais são cumulados pedidos de efeitos patrimoniais, como, compartilhamento da pensão por morte<sup>309</sup>; meação da indenização do seguro de vida<sup>310</sup>; arrolamento e partilha dos bens adquiridos em conjunto<sup>311</sup>; indenização pelos serviços domésticos prestados<sup>312</sup> e alimentos<sup>313</sup>.

Em meio às divergências sobre a possibilidade, ou não, de o conceito de família acomodar a união paralela, Maria Berenice Dias aponta que reconhecê-la corrige uma injustiça histórica decorrente da postura que comumente penaliza apenas a mulher pelo relacionamento adulterino<sup>314</sup>, dispensando ao homem maior tolerância.

O comportamento que censura as práticas femininas e alça o homem à posição de dominador tem raízes no período da colonização do Brasil, quando os colonizadores mantinham relações extraconjugais com as indígenas, escravas e mulheres brancas pobres, sob o comando de regras que proibiam a atribuição de efeitos jurídicos às relações, como observam Marcos Alves da Silva e Luciana Brasileiro<sup>315</sup>, reforçando que as relações concubinárias são “tão antigas como o casamento”, conforme mencionado pelo jurista Miguel Reale<sup>316</sup>.

Além disso, a família funcionalizada à procriação e formação de prole numerosa oprimia a esposa, posto que a relação sexual não necessariamente estava vinculada ao campo do prazer, mas sim ao da obrigação conjugal. Na concepção novecentista, dela – mulher – era exigida postura casta, digna de ser qualificada como *mulher honesta*<sup>317</sup>. Agindo contrariamente à tradição, a condenação moral pelo juízo social era inevitável. Por seu turno,

<sup>309</sup> V.g.: REsp 1.185.653, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 07.12.2010, DJe 01.03.2011.

<sup>310</sup> V.g.: REsp 1.047.538, Ministro Relator Nancy Andrichi, julgado em 04.11.2008, DJe 10.12.2008.

<sup>311</sup> V.g.: REsp 1.628.701, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07.11.2017, DJe 07.11.2017.

<sup>312</sup> V.g.: REsp 872.659, Ministra Relatora Nancy Andrichi, julgado em 25.08.2009, DJe 19.10.2009.

<sup>313</sup> V.g.: REsp 1.185.337, Ministro Relator João Otávio de Noronha, julgado em 17.03.2015, DJe 31.03.2015.

<sup>314</sup> Esse voto vencido da desembargadora Maria Berenice Dias pode ser conferido na *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 12. p. 110. Apelação Cível n. 70001494237, da 7ª Câmara Cível do TJRS.

<sup>315</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 100; BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 51.

<sup>316</sup> REALE, Miguel. *Variações 2*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2003. p. 37.

<sup>317</sup> O termo *honestidade* possuía acepção jurídica *sui generis* à mulher. O comportamento compreendido por *desonesto* continha conteúdos diferentes a depender do gênero daquele que os cometia, em referência ao inciso III do art. 1.744 do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071), que previa como uma das causas de deserção da descendente pelo ascendente a “desonestidade” da filha que vivia na casa paterna. Havia no conteúdo semântico de *desonestidade* a ideia de falta de desejável postura casta. Relacionava-se à opressão sexual da mulher. Outros termos pejorativos, tal qual *defloramento* da mulher, habitavam a redação da lei civil que vigeu por quase um século no Brasil.

as relações extraconjugais praticadas pelo homem eram relativizadas pela sociedade, quando muito representavam poder e virilidade. Nesse sentido, a condenação da prática adúlterina mostrava intensidades distintas a depender do gênero de quem a praticava.

No entanto, a pós-modernidade trouxe a valorização do prazer desassociada da noção de dever, fragilizando a fortaleza moralizadora dos séculos XIX e XX. Aos poucos, as condutas condenadas pelo moralismo sexual, como o “excesso de relações e passatempos amorosos, a prática sexual depois dos 50 ou 60 anos, a felação, a masturbação (mormente a recíproca), o direito ao orgasmo, a opção pelo amor livre e a prática homossexual (entre outras formas de afetividade)”<sup>318</sup>, foram se livrando da carga pecaminosa e imoral, “libertando as pessoas, não para o acesso livre e indiscriminado do prazer, mas para escolherem suas preferências e procurarem, sem essas amarras externas (e cruéis no mais das vezes), realizar os seus projetos pessoais de felicidade”<sup>319</sup>.

Nos tempos atuais a emancipação feminina, as conquistas formais de direitos iguais e a nova funcionalidade da família impuseram o tratamento simétrico entre homens e mulheres. Contudo, há muita hipocrisia nos discursos, que pregam a igualdade de gênero, mas ainda julgam com maior severidade as mulheres. Ao homem, habitual e tradicionalmente, impera, até os dias de hoje, um juízo social mais condescendente ao envolvimento extraconjugal. A questão revisita um antigo problema sociojurídico, assim dizendo, a naturalização da subordinação imposta às mulheres<sup>320</sup>.

A propósito, os recursos especiais e extraordinários analisados descreviam relacionamentos concomitantes formados, predominantemente<sup>321</sup>, por um indivíduo do gênero masculino e outras duas pessoas do gênero feminino. Com narrativas parecidas, as mulheres negavam ter ciência da outra relação vivida pelo membro comum, cada qual defendendo sua relação como a única, ou, quando muito, a familiar. O comum enredo deixa

---

<sup>318</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 153-167, jan./dez. 2006. p. 160.

<sup>319</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 153-167, jan./dez. 2006. p. 160.

<sup>320</sup> Nesse sentido, segundo John Stuart Mill, “o que é antinatural significa apenas incomum, e tudo que é costumeiro parece natural. Sendo a sujeição das mulheres aos homens um costume universal, qualquer desvio desta norma naturalmente parece antinatural” (STUART MILL, John. A sujeição das mulheres. *Gênero*, Niterói, v. 6, n. 2 – v. 7, n. 1, p. 181-202, 1./2. sem. 2006. p. 190). Para Mill, o sentimento que torna algo natural ou antinatural se constrói pelo costume, no caso, a ideia de inferioridade da mulher. Quando a opinião está enraizada nos sentimentos, nem mesmo uma robusta argumentação é capaz de abalar a convicção (p. 181).

<sup>321</sup> Exceto no Recurso Extraordinário julgado pelo STF em que o homem mantinha relacionamentos hétero e homoafetivo concomitantes (referência ao RE 1.045.273, com repercussão geral reconhecida, Tema 529, julgada pelo Pleno em sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020).

indefinido se são uniões realmente firmadas sobre as vontades ou se são constituídas à custa da sujeição de um à vontade do outro.

Outra linearidade, pouco excepcionada<sup>322</sup>, é o fato de a judicialização ocorrer quando da morte do homem, sendo demandada a viúva ou a companheira ou algum descendente daquele. Ora, se é dos vínculos afetivos, livremente formados, que decorrem as responsabilidades, estas, ao menos as não patrimoniais, não mais poderão ser atribuídas àquele que, indubitavelmente, escolheu viver concomitantes relacionamentos, quiçá o único a ter ciência do triângulo afetivo. Em uma das poucas exceções verificadas, embora a decisão não tenha reconhecido a legitimidade da relação paralela, concedeu alimentos à concubina com base no direito das obrigações (art. 948, II, do CC), pela peculiaridade do caso: relacionamento de mais de quatro décadas e absoluta dependência econômica da concubina septuagenária<sup>323</sup>. Seu diferencial, além dos argumentos lançados no *decisum*, está no fato de ter sido possível *responsabilizar* quem optou por relacionar-se com duas pessoas.

Embora não haja levantamentos reais ou estatísticas que mapeiem quantitativamente as uniões paralelas, sua facticidade é oficializada em vista dos dissídios propostos no Judiciário, além das sustentações de pesquisadores do tema, como Giselda Hironaka, Flávio Tartuce, Anderson Schreiber e Luciana Brasileiro<sup>324</sup>, que registraram que o fenômeno possui significativa frequência na realidade brasileira.

Schreiber<sup>325</sup>, inclusive, questiona se seria adequado negar efeitos jurídicos para uma realidade tão evidente. Como se tivesse pressagiado a pergunta, o Ministro Salomão, quando do exame de um caso, obtemperou que, até que o legislador opte por uma solução diferente, não há como tutelar a relação paralela, pois o concubinato é incapaz de gerar efeitos

<sup>322</sup> Em sentido contrário: REsp 1.628.701, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 17.11.2017. Trata-se de ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato e partilha de bens proposta pelo homem casado contra a mulher com quem manteve relacionamento em concomitância. REsp 1.658.903, Ministro Relator Maria Isabel Gallotti. Trata-se de ação de reconhecimento e dissolução de união estável e partilha de bens proposta pela mulher da segunda relação em face do homem com quem manteve relacionamento em concomitância ao casamento daquele. REsp 1.185.337, Ministro Relator João Otávio de Noronha. Trata-se de ação de reconhecimento e dissolução de união concubinária e partilha de bens e alimentos ou indenização por serviços prestados proposta pela mulher da segunda união contra o homem com quem viveu por 40 anos.

<sup>323</sup> Referência ao REsp 1.185.337, Ministro Relator João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 17.03.2015, DJe 31.03.2015.

<sup>324</sup> SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares*. Disponível em: [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias\\_simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias_simultaneas.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020. BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Famílias paralelas: visão atualizada*. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019.

<sup>325</sup> SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares*. Disponível em: [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias\\_simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias_simultaneas.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

jurídicos, ao menos no âmbito familiar, enquanto uma das partes estiver impedida de se casar ou, se casada, não houver se separado de fato<sup>326</sup>.

Contudo, conferir a responsabilidade apenas à outras alçadas não pacifica a questão, pois, como lembrado por José Afonso da Silva, são muitas as instituições conservadoras que paralisam debates sobre temas do direito de família, mas, dentre todas, destaca os domínios político e religioso que influenciam o Poder Legislativo, justificando sua inércia sobre específicos assuntos<sup>327</sup>.

A propósito, a posição do STF acerca do Tema 529<sup>328</sup> já repercutiu efeitos no âmbito do Legislativo, de tal maneira que se tornou a justificativa do Projeto de Lei n. 309, de 2021, em tramitação na Câmara dos Deputados, que propõe o acréscimo de dispositivo ao Código Civil de 2002<sup>329</sup>.

A proposição legislativa busca instituir como causa impeditiva da união estável a *coexistência de casamento ou de outra união estável* vivenciada por um dos pares, ressalvados os casos em que há separação de fato ou judicial. Acrescenta que, quando comprovada a existência de *sociedade de fato*, e a efetiva participação na composição patrimonial, caberá a partilha proporcional à contribuição de cada convivente.

A proposta não sugere novidade, mas a manutenção do estado atual que já busca nos direitos obrigacionais solução mínima, em decorrência do sumo princípio que veda o enriquecimento sem causa, além de revelar uma inclinação anacrônica pela utilização equivocada do termo “amante”, posto que a relação afetiva examinada pelo Supremo, que serviu de justificativa do PL, era predicada da estabilidade.

---

<sup>326</sup> Nesse sentido votou o Ministro Luis Felipe Salomão nos processos REsp 912.926, julgado em 22.02.2011, DJe 07.06.2011, Ministro Relator Luis Felipe Salomão; e REsp 1.096.539, julgado em 27.03.2012, DJe 25.04.2012, Ministro Relator Luis Felipe Salomão.

<sup>327</sup> SILVA, José Afonso da. O Estado é protetor e não tutor da família [Entrevista]. *Revista IBDFAM*, n. 27, jun./jul. 2016. p. 5.

<sup>328</sup> Relativo à tese firmada pelo STF, quando do exame de Tema 529, com repercussão geral reconhecida, que estabeleceu a impossibilidade de reconhecimento de vínculo familiar concomitante a outro, com substrato no preceito monogâmico.

<sup>329</sup> O Projeto de Lei n. 309, de 2021, de autoria do Deputado José Nelto Lagares das Mercez, filiado ao PODEGO, propõe que sejam acrescidos dispositivos à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir causa impeditiva de caracterização e reconhecimento de união estável. “Art. 1.724-A. A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvadas as hipóteses excepcionais de que trata o § 1º do *caput* do art. 1.723 do Código Civil, impede a caracterização e o reconhecimento de novo vínculo de união estável referente ao mesmo período de tempo, inclusive para fins previdenciários. Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo não inviabiliza, quando comprovada a existência de uma sociedade de fato e desde que demonstrada a contribuição para a aquisição do patrimônio, ou parte dele, o cabimento da partilha proporcional à participação de cada convivente”. BRASIL. PL 309/2021. Autor: José Nelto – PODE/GO. *Acresce dispositivos à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir causa impeditiva de caracterização e reconhecimento de união estável*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2269700>. Acesso em: fev. 2021.

Em meio aos dissensos, se por um lado há doutrinas que sustentam que a família constitucionalizada é abarcante da união paralela, como Maria Berenice Dias, Giselda Hironaka e Flávio Tartuce<sup>330</sup>, por outro, há quem se oponha, assentando que a legitimidade da relação reside na possibilidade de “identificá-la como uma família, não duas, três ou mais famílias, preservando os valores éticos, sociais, morais e religiosos da cultura ocidental, pois em contrário, [...] seria subverter todos os valores que estruturam a estabilidade matrimonial e que dão estofo, consistência e credibilidade à entidade familiar”<sup>331</sup>, como compreende Rolf Madaleno.

Em suma, à vista dos elementos ordinários, tidos por essenciais para conceituação de família (afetividade, publicidade, estabilidade e o elemento volitivo ou *animus familiae*), muitos dos casos analisados, mormente os de longa duração e com filhos, demonstraram contemplá-los. Bem verdade que o elemento anímico representa um ponto delicado, como visto.

Na perspectiva da união estável, entidade de referência com a qual a relação paralela busca conformidade, é imprescindível que a convivência entre as pessoas de iguais ou diferentes sexos seja predicada dos mesmos requisitos conceituais de família (acima listados), acrescidos da *conversibilidade para o casamento* (na conformidade do art. 1.723 do CC, do § 3º do art. 226 da CF e da ADI 4.277/2011). Decursiva do preceito monogâmico, essa condição representa o entrave jurídico da relação paralela, como notado nos recursos judiciais analisados.

Por sua vez, na família funcionalizada à promoção da dignidade de seus membros, o ideal de dignidade de cada um manifesta aspectos tão particulares quanto seus valores individuais, levando-os a construir suas personalidades segundo seus padrões. Dessa concepção decorre a expectativa de cada um em “constituir família a partir do ‘modelo’ ou da ‘ausência de modelo’ que bem atenda às necessidades de livre desenvolvimento da personalidade e de proteção de sua concepção de dignidade”<sup>332</sup>.

Para dar conta de tanta subjetividade, o direito de família contemporâneo precisou se apoiar em normas principiológicas que endossam a diversidade de entidades familiares e a “igualdade material entre todas elas, quer se trate de uma família tipificada na legislação ou

---

<sup>330</sup> Hironaka e Tartuce advertem que o direito não pode permanecer alheio às mudanças pelas quais passam as famílias, pois, cerrando os olhos para essa realidade, “significa cultivar a hipocrisia e ser conivente com a omissão que o Legislativo e o Judiciário têm repetidamente deixado acontecer, em uma era que já não mais se coaduna com as histórias guardadas a sete chaves” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas: visão atualizada. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019).

<sup>331</sup> MADALENO, Rolf. *A união (ins)estável* (relações paralelas). Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-união-ins-estavel-relações-paralelas>. Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>332</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, abr./jun. 2015. p. 18.

não, evidenciando a historicidade das estruturas familiares que são necessariamente procedimentais, exigindo constantes problematizações por parte das ciências”<sup>333</sup>.

Em meio à densidade da regra e à abstração dos princípios, aflora a noção de que as entidades familiares do século XXI precisam ser sustentadas por pilares ético-jurídicos, capazes de harmonizar os conflitos que surgem quando se busca uma solução justa.

Celso Lafer, com peculiar diplomacia, pondera que “esta natureza problemática não elimina a força das aspirações da justiça, que surge como um valor que emerge da tensão entre o ser das normas do Direito Positivo e de sua aplicação, e o dever-ser dos anseios do justo”.

Remata o autor que “a justiça, numa sociedade, tende a se completar quando o direito como a paz da ordem, aperfeiçoado pela igualdade, enseja a fruição da liberdade”<sup>334</sup>.

---

<sup>333</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, abr./jun. 2015. p. 18.

<sup>334</sup> LAFER, Celso. *Filosofia e teoria geral do direito: um percurso no direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3. p. 176.

## 4. A FAMÍLIA DO SÉCULO XXI SOBRE NOVOS PILARES ÉTICO-JURÍDICOS

### 4.1 A liberdade e a autonomia

Nos autos sobre paralelismo familiar escolhido para *leading case*, duas pessoas mantiveram uma união estável por mais de 10 anos. Quando da morte de um deles, o companheiro sobrevivente propôs *ação de reconhecimento de sociedade de fato homoafetiva, com pedido de declaração de efeitos previdenciários*. Todavia, previamente já havia sido reconhecido, pela Justiça brasileira, a união estável heteroafetiva do falecido com outra pessoa. As relações afetivas se desenvolveram concomitantemente. Por resultado, o STF confirmou o compromisso com a monogamia, excluindo a possibilidade de coexistência de entidades familiares, e não admitiu efeitos jurídicos à união homoafetiva<sup>335</sup>.

Cabível a menção de outro caso famoso, que, embora não tenha acontecido no Brasil, pode ter sua solução pensada, hipoteticamente, a partir do ordenamento jurídico brasileiro<sup>336</sup>. Neste, dois irmãos biológicos que se conheceram quando *ele* já era adulto e *ela* saía da adolescência casaram-se e tiveram filhos. O matrimônio foi possível, visto que *ele* havia sido adotado por outra família quando ainda muito criança, levando à alteração do seu registro civil. Após explicitação do fato, por efeito, o casal foi afastado, houve nulidade do casamento, os filhos foram custodiados ao Estado e foi decretada a prisão *dele*, posto que na Alemanha o incesto é crime<sup>337</sup>.

Os fatos se prestam à reflexão e ao questionamento: em que medida, no contexto do Estado Democrático de Direito, seria legítimo à ordem pública interferir na autonomia privada?

Apesar de o direito ter recepcionado novas dinâmicas familiares, incorporando-as ao conceito de família, a disciplina dos *impedimentos matrimoniais* mostra-se renitente. *Verbi gratia*, no caso brasileiro, vem predominando o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que a monogamia organiza as relações de conjugalidade e afasta do direito de família

---

<sup>335</sup> Referência ao RE 1.045.273, com repercussão geral reconhecida, Tema 529, julgada pelo Pleno em sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020.

<sup>336</sup> Como feito por TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

<sup>337</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 548.

algumas relações afetivas. Dessa forma, a relação paralela compreendida como concubinária (art. 1.727 do CC) acaba sendo regida pelo direito obrigacional.

Partindo do pressuposto de que todas as pessoas têm direito de casar-se, pareceu lógico ao Direito Canônico estabelecer as circunstâncias em que o matrimônio não poderia acontecer, surgindo desse raciocínio a teoria dos impedimentos.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, para a lei civil na atualidade, os “impedimentos podem ser conceituados como a ausência de requisitos para o casamento”<sup>338</sup>. O sistema está disposto no art. 1.521 do Código Civil brasileiro, que centra as coibições em certas relações de parentesco – consanguíneos, civis e por afinidade (incs. I, II, III, IV, V); na regra monogâmica – que não admitem o casamento de pessoas já casadas (inc. VI); e impede que o cônjuge sobrevivente case-se com aquele que atentou contra a vida de seu consorte (inc. VII). Há nítido caráter preventivo da norma, funcionalizada por motivos eugênicos, éticos e morais.

Pois bem, na concepção do direito civil renovado, a autonomia privada deu lugar à liberdade substancial, as titularidades exclusivas foram sucedidas pelos deveres extraproprietários e os modelos excludentes ampliados pelo valor jurídico da afetividade, reforçando a passagem da família-estrutura para a família-função e dos princípios gerais do direito civil para os princípios constitucionais<sup>339</sup>.

Nesse sentido, cabe questionar se seria razoável o prevalecimento dos impedimentos matrimoniais em detrimento das escolhas individuais sobre a vida privada das pessoas, em face do direito à intimidade que lhes concede “o poder correspondente ao dever de todas as outras pessoas de não se imiscuir na intimidade alheia”<sup>340</sup>.

Essa nova percepção reitera o questionamento feito. Ou seja, qual deveria ser a medida de participação do Estado legislador e/ou juiz nas organizações familiares? Numa perspectiva que equilibra os interesses privados e públicos, quanto seria apropriado desconsiderar a escolha pessoal de natureza existencial, em proveito de regras jurídica que, em teoria, respeitam ideais da maioria? Tais situações atentam contra o princípio da liberdade?

---

<sup>338</sup> “A lei canônica sempre foi muito minuciosa no campo dos impedimentos, tendo influenciado todas as legislações ocidentais. A lei civil suprimiu os impedimentos de índole religiosa, mantendo os que interessam à essência do instituto em prol da família e da estabilidade social” (VENOSA, Sílvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 135-193; p. 155).

<sup>339</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentido, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 49.

<sup>340</sup> HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 17-27, 2014. p. 21.



No desacerto entre *liberdade* sobre questões existenciais e a intervenção estatal, e entre a vivência fática e a regulação formal, Tércio Sampaio Ferraz Junior alude que “a liberdade, como um dado típico da espontaneidade humana, opõe-se à natureza enquanto um mundo regido por leis determinadas. Essa foi, em síntese, a herança da era moderna”<sup>341</sup>. Para o autor, há três aspectos a serem considerados na liberdade:

De um lado, como a ideia de bem se torna relativa à perspectiva dos indivíduos, o subjetivismo da vontade se separa e se contrapõe ao objetivismo da razão e da ciência: é a separação entre consciência ética e verdade. De outro, a vinculação das normas da moral e da religião restringe-se à esfera das decisões privadas da consciência, separando-se da vinculação objetiva das normas jurídicas: é a separação entre consciência moral e direito. Segue daí uma terceira separação: a consciência ética deixa de ser vista como um problema de *scientia* e passa a um problema de conduta e valoração, donde a separação entre liberdade e natureza como universos distintos<sup>342</sup>.

Em o *Discurso da servidão voluntária*, Etienne de la Boëtie defendeu vigorosamente a liberdade. Ainda que no contexto político a atemporalidade de seu pensamento consigne estima à liberdade, como bem de maior valor do ser humano, e zelo para não derogá-la por ato próprio. Sendo a liberdade outorgada à pessoa quando de seu nascimento, presumível que seja defendida e jamais contemporizada, posto que a servidão contraria a própria natureza humana<sup>343</sup>.

Segundo Fábio Konder Comparato, a liberdade sempre foi aspirada pelo ser humano<sup>344</sup>, lecionando que “a verdadeira liberdade não é uma situação de isolamento, mas, bem ao contrário, o inter-relacionamento de pessoas ou povos, que se reconhecem reciprocamente dependentes, em situação de igualdade de direitos e deveres”<sup>345</sup>. Como princípio ético, só faz sentido quando conectado ao da dignidade. Por consequência, se determinada lei ou prática violar a dignidade humana, não poderá ser sustentada em nome

---

<sup>341</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 81.

<sup>342</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 81.

<sup>343</sup> Partindo da premissa de que todos são iguais, portanto, companheiros ou irmãos, ressalta que as diferenças possuem a serventia da solidariedade fraternal, não condescendendo que o mais forte tire ou domine o mais fragilizado, ao contrário, que o ampare (LA BOËTIE, Étienne de. *Discurso da servidão voluntária*. Tradução Casemiro Linarth. São Paulo: Martins Claret, 2009. *passim*).

<sup>344</sup> Na antiguidade, para os gregos e romanos, o pressuposto da igualdade entre os cidadãos era a liberdade diante do tirano. Nesse sentido, os indivíduos julgavam-se iguais na medida em que eram livres. Na modernidade, firmou-se outro entendimento: as pessoas consideravam-se livres quando desfrutavam de um código de igualdade (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 537).

<sup>345</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 537.

da liberdade, ainda que fundada em tradição<sup>346</sup>. Portanto, o princípio de liberdade é um dos fundamentos materiais que impedem que o ser humano seja equiparado a coisa.

Ademais, para Laura Souza Lima e Brito, após o assentamento da liberdade individual na Modernidade, a ela foram dadas as garantias individuais, conduzindo à consolidação dos direitos subjetivos. A autora aduz que o surgimento “da noção de direito subjetivo, como conhecemos, destaca o caráter relacional da liberdade – livre de quê, em relação a quem”<sup>347</sup>. Nessa sequência, complementa que “tão importante como a minha liberdade de manifestação do meu querer e do meu ser, por conseguinte, é a livre manifestação da consciência alheia. Liberdade alheia essa que, menos que me limitar, me acrescenta e me completa”<sup>348</sup>.

No Brasil, desde o período da redemocratização, as novas diretrizes constitucionais buscam valorizar a autonomia das pessoas, tendo incorporado ao ordenamento as liberdades de expressão, política, religiosa e civil, nesta, com especial exaltação do ser humano e de seus direitos nas relações extrapatrimoniais. A Constituição de 1988 firmou como fundamento do Estado o compromisso com uma sociedade livre, enunciando que a existência digna depende do respeito à liberdade individual. Como um fundamental direito, foi notabilizada por todo o ordenamento jurídico, produzindo efeitos tanto no direito público como no privado.

No tempo em que essa bipartição possuía maior dimensão, no âmbito do direito privado a liberdade foi consolidada sob a expressão *autonomia privada*, concebida com uma feição individualista e patrimonialista, visto que eram os valores que predominavam na época.

Todavia, a expressão não deve ser tomada meramente como liberdade para contratar, em razão de seu sentido extensivo, que consiste na “manifestação do poder da vontade

---

<sup>346</sup> A título de exemplo, o autor menciona “o costume de mutilação genital feminina, vigente em determinadas culturas da África subsaariana”, e a “prática de infanticídio feminino, que existiu em pelo menos uma tribo indígena no Brasil” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 557-558).

<sup>347</sup> BRITO, Laura Souza Lima e. *Liberdade e direitos humanos: um estudo sobre a fundamentação jusfilosófica de sua universalidade*. Orientadora: Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux. 2010. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. p. 56.

<sup>348</sup> BRITO, Laura Souza Lima e. *Liberdade e direitos humanos: um estudo sobre a fundamentação jusfilosófica de sua universalidade*. Orientadora: Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux. 2010. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. p. 59.

individual, ou melhor, como a manifestação da vontade do sujeito de direitos em relação a todos os atos da vida civil, sejam patrimoniais ou não patrimoniais”<sup>349</sup>.

Como apontado por Pietro Perlingieri, a liberdade da pessoa (e a resultante responsabilidade) transcende a iniciativa ou comportamento de natureza econômica, visto que a comum concepção que liga a autonomia privada tão somente ao “liberalismo econômico” mudou drasticamente a partir da hierarquia dos valores constitucionais. Com sentido mais amplo seria a “liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum”<sup>350</sup>.

Pois bem, a família contemporânea é caracterizada pela autenticidade dos seus integrantes, que adquiriram maior autonomia, passando a organizá-la sob acordos privados estabelecidos aos moldes das vontades individuais, não necessariamente conformadas às prescrições das instituições.

Segundo Eduardo Tomasevicius Filho, na perspectiva das ciências sociais, as *instituições* “impõem um comportamento de grupo destinado à consecução de determinados fins importantes para seus membros, de natureza material, intelectual ou espiritual, por meio de normas, leis e valores relativamente estáveis, de mudança lenta, socialmente coercitivos, e que conferem estrutura à vida humana”<sup>351</sup>. Por consequência, a institucionalização de um padrão comportamental ocorre quando tais normas ou valores são cristalizados, no sentido de estabilidade, o que não significa sua fossilização.

A família, como instituição social, vem se adequando aos imperativos de cada época e aos interesses dos indivíduos. Como grupo, almeja satisfazer as necessidades e vontades de seus integrantes, que vão sendo revistas e atualizadas permanentemente.

---

<sup>349</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 189-191.

<sup>350</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 17.

<sup>351</sup> Embora tenha sido mencionado o sentido de *instituições* sob o viés sociológico, visto que atendia ao objetivo da abordagem deste trabalho, o autor conclui que há semelhanças entre os conceitos sociológico e jurídico: “ambos decorrem de uma evolução histórica, da coletânea de experiências ao longo de décadas ou séculos. O enfoque normativo também é outra característica. Tanto do ponto de vista sociológico, quanto do ponto de vista jurídico, as instituições visam o controle da conduta humana, a fim de obterem-se determinados fins. O descumprimento destes comportamentos sempre provoca sanções. As diferenças entre ambos os conceitos são de enfoque: enquanto a sociologia se concentrará no grupo, o direito se concentrará nos efeitos do comportamento e suas consequências” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 59-65).

No entanto, o nível de institucionalização de um modelo específico está condicionado ao (i) grau de aceitabilidade e (ii) de interiorização de suas regras pelos indivíduos, e (iii) ao *quantum* de controle social e (iv) de sanção que se consegue imprimir à entidade<sup>352</sup>.

O vínculo da conjugalidade constituído pelo casamento (como *instituição social*<sup>353</sup> sedimentado pela tradição) passou a ter a coparticipação da união estável, que surgiu espontaneamente do comportamento social, seguido do reconhecimento jurídico de sua legitimidade. Todavia, de quando em quando outras relações originárias da livre escolha, do afeto, do desejo, do amor romântico podem não se conformar aos modelos institucionalizados socialmente. Sem aceitabilidade, podem ainda localizar-se a uma boa distância de serem interiorizadas pela sociedade, sendo alvo de sanções. Consequentemente, ainda que seja difícil exercer qualquer controle social, correm o risco de não serem legitimadas pela jurisdição, como visto nas famílias paralelas.

Certa pesquisa que trata da hipótese sociológica de desinstitucionalização familiar sustenta que partir de 1960 a família passou a ser denominada *contemporânea*, época desde a qual as pessoas passaram a buscar intimidade e felicidade. Para tanto, começaram a fazer escolhas, transformando a ideia de instituição, no sentido de algo imposto. Nesse segmento, “as relações familiares, especialmente as conjugais, deixaram de ser regidas por instituições para se organizarem como pactos”. A autora do trabalho aborda *instituição* no sentido de norma pública, não necessariamente jurídica, que se impõe aos indivíduos e que é interiorizada naturalmente por estes. Como *pacto*, entende o acordo privado feito entre os interessados, em que o particularismo é mais evidente. Compreende que a família deixou de ser guiada apenas por normas jurídicas e consuetudinárias, tendo os integrantes adquirido autonomia para atuar no domínio privado. Os padrões ou modelos de outrora perderam a força, e surge a ideia de emancipação dessas referências, que são substituídas por aquelas

---

<sup>352</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 59-65.

<sup>353</sup> A menção ao casamento como instituição *social* sugere que seja esclarecido que, em sede de natureza *jurídica*, existem opiniões doutrinárias bastante divergentes. Para os *institucionalistas*, o casamento “constitui um conjunto de regras impostas pelo Estado, que forma um todo e ao qual as partes têm apenas a faculdade de aderir”. Aderindo, seus efeitos são automaticamente produzidos. Os *contratualistas* defendem que “o casamento é um contrato civil, cuja validade e eficácia decorrem da vontade das partes, aperfeiçoando-se com o consentimento dos nubentes, que há de ser recíproco e manifestado por sinais exteriores. A corrente *eclética* considera o casamento um ato complexo, ‘contrato na formação e instituição no conteúdo’” (CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 159).

ditadas pelos indivíduos, sendo o lar um ambiente adequado para o exercício dessa autonomia, aparentemente ilimitada, segundo os mais radicais<sup>354</sup>.

Todavia, a ideia de autonomia como expressão da liberdade individual propõe que, não estando o ser humano sozinho, ele a exerce *em face* dos demais indivíduos, mas, com maior intensidade, exerce-a *juntamente* com os outros, porquanto a liberdade para governar os relacionamentos da vida privada está condicionada à verificação de igualdade entre aqueles que se relacionam, a fim de que não haja sujeição ou submissão.

No âmbito do direito de família, o mérito do princípio da liberdade é justamente garantir que as pessoas possam exercer a liberdade de escolha. O direito de escolher unir-se afetivamente a alguém ou não; escolher a modalidade familiar, sem imposições; optar por ter filhos ou não; escolher se divorciar ou dissolver a união estável ou não; escolher o regime de bens; o direito ao livre planejamento familiar; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; à livre escolha dos valores culturais e religiosos, dentre outras. Entretanto, inexoravelmente, segundo os preceitos da dignidade humana, que subtrai da liberdade o agir com desrespeito e os atos de violência contra a integridade física, mental e moral do outro.

No contexto da pluralidade e dos novos ideais da família, o princípio garante autonomia para a realização das escolhas pessoais, em que os projetos de vida são traçados segundo as vontades dos interessados. Essa autonomia possui duas orientações, a primeira relacionada à liberdade *da* família, exercida externamente, em face do Estado e da sociedade, por ser característica inerente às instituições intermediárias; e a segunda que se refere à liberdade *na* família, empreendida internamente e configurada na autodeterminação que cada membro possui diante dos demais, por ser o “lugar-comunidade onde confluem os problemas dos seus componentes à procura de uma adequada e autônoma solução”<sup>355</sup>.

Fundamentando vários dispositivos do direito de família, o princípio constitucional outorga autodeterminação tanto às questões relacionadas às conjugalidades como às relativas aos vínculos da parentalidade. *Verbi gratia*, o art. 1.614 do CC prevê a possibilidade de o filho maior recusar o reconhecimento voluntário da paternidade pelo genitor, optando por manter apenas o nome da mãe em seu registro civil.

---

<sup>354</sup> CEZÁRIO, Vanessa Cardoso. *Autoridade na família democrática: crianças, “sujeitos políticos”?*. Orientador: Rinaldo Voltolini. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-18122015-093137/pt-br.php>. Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>355</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 428.

Noutra circunstância, a regra jurídica, incoerentemente, limita a autonomia, conforme orienta o art. 1.641 do CC, que coíbe que as pessoas com mais de 60 anos escolham o regime patrimonial de bens. Muitas vezes a autonomia da vontade se apresenta em meio a dissensos, questionando quão irrestrita é a liberdade sobre questões existenciais, como ocorre no debate sobre a *diretiva antecipada de vontade*<sup>356</sup>, que prescreve como deverá ser administrada a própria doença, quando não mais puder exprimir sua vontade<sup>357</sup>.

Pois bem, os dois casos reais relatados no início deste item revelam a tensão entre *impedimentos matrimoniais e as liberdades individuais*, ou seja, entre a *ordem pública* e a *autonomia privada*.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, que superou ideia de mínima participação estatal do Liberalismo, na atualidade, busca o equilíbrio entre o ente ausente e o superpresente. Pois a concepção do Estado-providência, se muito vigorosa ou indúctil, pode não atender às particularidades das pessoas, contrariando a premissa de que a tutela constitucional deve voltar-se, a elas, enquanto pessoas humanas<sup>358</sup>.

Nesse sentido, perfeita é a conclusão de Ana Carolina Brochado Teixeira acerca do casal alemão, com a qual se concorda, dispondo que

[...] o limite jurídico para tais escolhas é o texto constitucional, que contém o sistema de direitos fundamentais, oferecendo às pessoas um catálogo aberto de possibilidades para a efetivação do seu projeto de vida, que retrate a realização da sua dignidade<sup>359</sup>.

<sup>356</sup> “Trata-se da situação daqueles que, saudáveis ou já adoevidos, possuem diretivas relativas aos tratamentos médicos que se lhes devem ser aplicados (ou não) quando não puderem mais externar sua volição. Referimo-nos às diretivas antecipadas de vontade” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Diretivas antecipadas de vontade – DAVs*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/620505047/diretivas-antecipadas-de-vontade-artigo-da-professora-giselda-hironaka>. Acesso em abr. de 2021).

<sup>357</sup> Com dificuldade similar, Stefano Rodotà, acerca da realidade italiana, assenta que: “L’ autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più intenso e estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica. Parlo di libertà giuridica perché negli ultimi anni proprio qui, intorno alla portata e alla legittimità stessa della regola giuridica, si è concentrato il dibattito. Si tratta, da una parte, di individuare il perimetro della vita, dunque l’area che deve essere governata. E di stabilire quali siano i poteri legittimati a intervenire in quest’area, partendo dalla constatazione che sono state modificate le condizioni naturali della libertà” (RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, mar. 2015. p. 250). Em tradução livre: A autodeterminação sobre a própria vida e sobre o corpo representa o ponto extremo da liberdade existencial, assim como da liberdade jurídica. Falo de liberdade jurídica porque, nos últimos anos, o debate é sobre o alcance e a legitimidade da norma jurídica. Trata-se de estabelecer, de um lado, os espaços privados autodeterminados, e, por outro, de estabelecer quais são os poderes legitimados a intervir nesse âmbito.

<sup>358</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 567-568.

<sup>359</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 568.

Embora o incesto também seja um impedimento por aqui, o direito civil renovado pelos princípios constitucionais de 1988 sustenta a possibilidade de a liberdade individual conduzir as questões existenciais. Nesse sentido, por hipótese, há fundamento normativo para prevalecer a autonomia privada em detrimento da regra civilista, mormente pelas circunstâncias fáticas de Patrick Stuebing e Susan Karolewski, que, em que pese o elo genético, não tendo sido criados juntos, não desenvolveram ligações afetivas familiares, além de já possuírem quatro filhos e de Patrick já ter se submetido à esterilização voluntariamente.

Por sua vez, o impedimento matrimonial decorrente da inobservância do preceito monogâmico que regula as conjugalidades (versada no *leading case* julgado pelo STF afetado por repercussão geral)<sup>360</sup>, embora também encontre argumentos no texto constitucional para sustentar as liberdades individuais, possui uma particularidade que o distingue da situação alemã. O reconhecimento de legitimidade da relação paralela e decorrentes efeitos familiares podem reverberar consequências para além dos envolvidos afetivamente, complicando a questão.

Longe de querer interceder pela família tradicional ou defender o princípio monogâmico, pois, como tal, pode ser ponderado e relativizado em face de outros de maiores valores, na realidade, trata-se de analisar a autonomia de vontade de forma racional e dialogada, com todos os envolvidos nas questões relativas à vida privada e à intimidade, posição consubstanciada na noção de que, em regra, nada se proíbe senão em virtude de maiores direitos e legítimos interesses de outrem.

Pelo fato de a decisão sobre a relação paralela reverberar efeitos jurídicos em terceira pessoa, a análise sobre o *quantum* de participação que cabe ao Estado legislador e/ou juiz depende da análise de outros pilares ético-jurídicos que integram o conceito das famílias atuais, a igualdade e a solidariedade familiar.

## 4.2 A igualdade e a solidariedade no direito de família

---

<sup>360</sup> A decisão por maioria de votos do STF estabeleceu que a *monogamia* se entropõe tanto no casamento quanto na união estável, amainando a extensão da *liberdade individual* no contexto da relação paralela. O Ministro Relator Alexandre de Moraes argumentou que: “Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e *liberdade individual* de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsiste em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais *monogâmicos*, para o reconhecimento do casamento e da união estável”. Destaque nosso (referência ao RE 1.045.273, com repercussão geral reconhecida, Tema 529, julgada pelo Pleno em sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020).

Stefano Rodotà percebeu a histórica dificuldade de o *direito* lidar com o *amor*, pois, tradicionalmente, neutralizou-o como sentimento e conformou-o a um viés patrimonialista. Assentou que ao longo da história “el derecho ha encerrado al amor en un recinto, y solo allí, en ese reducto, ha podido ser considerado jurídicamente como legítimo, es decir, en la relación conyugal formalizada, o sea, en el matrimonio”<sup>361</sup>, o que ajuda a explicar a renitência da ciência jurídica para incorporar novas modalidades familiares e dispensar-lhes iguais direitos.

Pois bem, dentre os objetivos fundamentais da República brasileira, a Constituição de 1988 (art. 3º, I) detalhou o de construir uma *sociedade* livre, justa e solidária. Comparato (mencionando a *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles) assentou que a *igualdade* é a essência do justo, visto que “o homem injusto é aquele que viola o princípio da igualdade, pois injusto diz-se, comumente, do que é desigual”<sup>362</sup>.

A mesma Carta incumbiu à *família* (art. 226) a responsabilidade de ser a base da *sociedade*, que destacou como necessariamente livre, justa e solidária. Pelo encargo atribuído, garantiu-lhe proteção nas pessoas de seus membros.

Para o então Ministro Ayres Britto a comunidade familiar é, por vocação, amorosa e protetora dos seus, circunstância que a torna mais estável, afetiva, solidária ou espiritualizada. Refletindo sobre o que credenciou a família a ser a *base da sociedade* segundo a vontade do constituinte, o Ministro assentou que a sociedade também almeja ser “estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como ‘a Pátria amplificada’)”<sup>363</sup>. Seus membros comungam de iguais valores e interesses, partilhados em uma

---

<sup>361</sup> Em tradução livre: O direito encerrou o amor em um invólucro, e somente ali, naquele reduto, ele foi jurídicamente considerado legítimo, seja é dizer, na relação conjugal formalizada, ou seja, no casamento. RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 12. O Direito limitou o amor a um âmbito, e somente ali, naquele reduto, ele foi legalmente considerado legítimo, ou seja, na relação conjugal formalizada, no casamento.

<sup>362</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 558.

<sup>363</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. STF, ADPF 132 e ADI 4277, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5-5-2011, DJe-198, divulg. 13-10-2011, public. 14-10-2011. p. 34.



[...] vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil, são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes<sup>364</sup>.

Nesse mesmo voto, que legitimou a união estável homoafetiva (cujos argumentos adaptam-se a outros contextos), Ayres Britto arguiu que o art. 226 da CF predicou *igualdade às famílias*, competindo ao Estado e a sociedade estruturarem-se “com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição”<sup>365</sup>.

A Lei Maior brasileira, harmonizada à concepção ética da liberdade, constituiu como objetivo do Estado a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, da CF); estatuiu a igualdade como um direito fundamental; reafirmou esse compromisso em diversos dispositivos e sustentou que a existência digna depende do respeito à igualdade de todos perante a lei e às diferenças pessoais. Assim, garantiu à pessoa o direito de se colocar em paridade com aquele com quem se relaciona, impactando sobremaneira as relações familiares.

As novas diretrizes intervieram em três especiais eixos no direito de família: (i) equiparou os filhos em direitos e deveres, independentemente de suas origens; (ii) igualou homens e mulheres nas relações de conjugalidade; e (iii) estabeleceu a similaridade de direitos e deveres a todas as modalidades familiares. Por certo, a equiparação formal não extinguiu as diferenças fáticas, visto que homens e mulheres são naturalmente distintos, pais e filhos são diferentes sob variadas circunstâncias e as entidades familiares possuem qualidades inerentes a cada uma delas, tornando-as desiguais.

Enfim, a dominação masculina<sup>366</sup> na condição de *chefe* da família sucumbe formalmente a partir da dicção do § 5º do art. 226; a discriminação dos filhos por quaisquer motivos preteridos em seus direitos sucumbe formalmente a partir da redação do § 6º do art.

<sup>364</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. STF, ADPF 132 e ADI 4277, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5-5-2011, DJe-198, divulg. 13-10-2011, public. 14-10-2011. p. 33-34.

<sup>365</sup> Referência ao voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. STF, ADPF 132 e ADI 4277, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5-5-2011, DJe-198, divulg. 13-10-2011, public. 14-10-2011. p. 46 e 47.

<sup>366</sup> Segundo Pierre Bourdieu, a verdade da dominação masculina nas relações estruturais pode ser observada no fato de que, para as mulheres conquistarem altos cargos e sucesso profissional, precisam pagar o preço de ter menor sucesso no âmbito familiar (divórcio, casamento tardio, dificuldades ou fracassos com os filhos). Ao contrário, o sucesso nas relações domésticas muitas vezes depende da renúncia parcial ou total do sucesso profissional, como consequência do tratamento desigual entre homens e mulheres nos diferentes espaços sociais (BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. Tradução de Maria Helena Kuhner. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020. p. 174).

227; e a concepção de pluralidade de entidades familiares sucede formalmente à tradicional premissa da unicidade, em face do rol, diga-se, não taxativo, do art. 226, todos enunciados na Constituição Federal.

O sistema de proteção da filiação, por envolver aqueles que não podem sofrer as consequências pelos atos dos pais, enfrentou menos resistência para se estabelecer enquanto regramento jurídico. Contudo, antes de 1988, embora o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento fosse admitido, dependia da dissolução do casamento (Lei n. 883, de 1949), caso o cônjuge *inocente* não aceitasse o perfilhamento pelo genitor-cônjuge *adúltero*<sup>367</sup>.

Por sua vez, a igualdade *entre* as famílias e *dentro* delas (na perspectiva do casal formado por homem e mulher), em que pese a robustez ético-jurídica içada, ainda não logrou salvaguardar os *modelos familiares incomuns da indiferença jurídica* e não eliminou as violências de gênero<sup>368</sup> *praticadas contra a mulher no ambiente doméstico*.

A essência da igualdade está em ver no outro um ser humano digno de igual estima, atenção e respeito; salvo de tortura ou sofrimento imposto por outrem; que pode exercer seus direitos e desenvolver suas potencialidades; e conduzir sua vida privada, afirmando sua dignidade enquanto pessoa.

Em que pese tanta sublimidade, na história humana sempre predominou a desigualdade. Mesmo na democrática Atenas, a igualdade praticada na vida social entre 501 e 338 a.C. era circunstancial, pois apenas cerca de 15% dos cidadãos eram realmente livres e iguais em direitos. As mulheres, os escravos e os estrangeiros (metecos) eram subalternados e desprovidos de alguns ou de todos os direitos civis e políticos. Noutros tempos, já no mundo moderno, para além das desigualdades de classes sociais, a desigualdade jurídica era a realidade que acometia o interior dos grupos. *Verbi gratia*, na família, o *pater* exercia soberanamente, de fato e de direito, o poder sobre todos os

---

<sup>367</sup> “Com o advento do novo texto constitucional, em data de 05.10.1988, esta postura legislativa ficou sem eficácia, conforme veremos adiante. [...] Encontram-se, pois, proscritos todos os dispositivos limitadores do direito de pleitear o reconhecimento, quer fossem normas de redação original, quer fossem as alteradas por modificações legislativas subsequentes, como o DL 4.737/42, a Lei 883/49, a Lei 6.515/77, a Lei 7.250/84 ou a Lei 7.841/89” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Dos filhos havidos fora do casamento*. IBDFAM. 13 de novembro de 2011. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/17/Dos-filhos+havidos+fora+do+casamento>. Acesso em: 15 abr. 2021).

<sup>368</sup> O termo “gênero” gera dúvidas e contradições acerca de seu significado. A fim de solver as imprecisões, vale mencionar a lição de Simone de Beauvoir, que rompeu com o entendimento de dimensão unicamente definido pela biologia quando assegurou que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”. Apresentou a ideia de que ser mulher relaciona-se a uma construção social e ao papel que desempenha na sociedade que lhe é imposto desde o nascimento. A construção do gênero é, dessa forma, social e não biológica. Com isso, as atividades tidas por femininas ou masculinas não seriam consequências da natureza dos seres, mas do amoldamento dos comportamentos feitos pela sociedade. Aclara que sexo e gênero são categorias distintas (BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 2. p. 11).

familiares. Noutros contextos, a escravização dos africanos, que por séculos ocorreu sob a justificativa falaciosa de inferioridade das populações aprisionadas, e as desumanidades praticadas durante a Segunda Guerra contra os judeus, os ciganos, os homossexuais, as pessoas com deficiência, dentre outros, são episódios de violências praticadas contra o outro, por não o reconhecer, como um igual<sup>369</sup>.

As agressões decorrentes das diferenças relacionam-se à noção equivocada do eu *versus* aquele que é diferente de mim, em um fenômeno que enxerga o diferente como um indivíduo reduzido em dignidade, pensamento que, na visão do intolerante, autoriza os atos discriminatórios. Ao contrário, a igualdade consiste em reconhecer as identidades e o direito de serem diferentes segundo as raças, etnias, gêneros, culturas, crenças e demais situações, pois a visão uniformizada lhes anula ou oprime.

Por discriminação, Norberto Bobbio entende-a como uma diferenciação injusta ou ilegítima, porque contraria o princípio fundamental da justiça, segundo o qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais. Segundo o filósofo, a nocividade do ato discriminatório se consuma em três fases: na primeira, há a constatação da diversidade, o que não é reprovável, eis que as pessoas são diferentes entre si. Nesse momento ainda não há um juízo discriminante. Em uma segunda etapa ocorre um juízo de valor inserido acriticamente, em que um dos grupos considera um bom e outro mau, um civilizado e outro bárbaro, um superior e outro inferior. Na última fase, o grupo que se considera superior hostiliza, explora, destrata, escraviza, esmaga ou até mesmo elimina o grupo que considera inferior, a pretexto de sua própria conservação<sup>370</sup>.

As diferenças étnicas, de gênero e demais particularidades dos seres humanos não deveriam provocar violências e exclusões. Ao contrário, as diferenças “são valores humanos da maior importância, e que devem, por conseguinte, ser universalmente respeitados e protegidos”, conforme ensina Fábio Konder Comparato<sup>371</sup>.

Segundo Flávia Piovesan, não é suficiente conceder à pessoa um tratamento igualitário genérico, apontando que “as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias

---

<sup>369</sup> A respeito das desigualdades praticadas na história da humanidade desde a antiguidade, primorosas são as lições de Fábio Konder Comparato, da quais foram colhidas as informações referenciadas (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 558-574).

<sup>370</sup> BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade: e outros escritos morais*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 107.

<sup>371</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 573.

vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social”<sup>372</sup>. Celso Lafer adverte sobre a necessidade de distinguir a *igualdade* do *igualitarismo*, “que postula que todos devem ser iguais em tudo, rejeitando, desta maneira, a diversidade da condição humana. Numa sociedade pluralista e democrática não cabe aplicar, para se realizar a justiça, um único critério de igualdade”<sup>373</sup>.

No contexto familiar, acerca da indiferença jurídica dispensada aos modelos incomuns, Luiz Edson Fachin alerta que, desde a constitucionalização do direito, os institutos civilistas foram ressignificados pelos princípios e valores constitucionais. Em virtude disso, “não mais existe um número fechado de hipóteses tuteladas, posto que tutelado, fática e juridicamente, deve ser o valor da pessoa em concretude”<sup>374</sup>.

Para Fachin, abandonar as formações que

[...] não se amoldam aos tradicionais caixilhos familiares e rompem a barreira da predeterminação normativa implica em negar muito mais do que simples modelos: importa, verdadeiramente, em olvidar a própria condição existencial de sujeitos concretos, que vivencialmente buscam a felicidade e a si próprios no afeto para com outrem<sup>375</sup>.

Ocorre que posição aberta e absolutamente inclusiva não se faz profícua ou presente no âmbito do Estado legislador, havendo muita resistência social e jurídica, mormente quando a estrutura afetiva ignora a regra monogâmica, como visto.

Por sua vez, mesmo com toda a legislação que orienta a simetria jurídica entre mulheres e homens, a insistente desigualdade e as violências praticadas contra aquelas, mormente nos lares, confirmam que “o Direito não elimina os conflitos”<sup>376</sup>, tampouco estabelece a igualdade material.

A histórica dominação de um sexo por outro por obra do patriarcalismo determinou uma relação de poder entre os gêneros, marcando o comportamento dos indivíduos e estabelecendo padrões de condutas sociais.

---

<sup>372</sup> PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 461.

<sup>373</sup> LAFER, Celso. *Filosofia e teoria geral do direito: um percurso no direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3. p. 178.

<sup>374</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012. p. 161.

<sup>375</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012. p. 158-169; p. 161.

<sup>376</sup> LAFER, Celso. *Filosofia e teoria geral do direito: um percurso no direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3. p. 177.

Delas se espera que sejam “femininas”, isto é, sorridentes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas ou até mesmo apagadas. E a pretensa “feminilidade” muitas vezes não é mais que uma forma de aquiescência em relação às expectativas masculinas, reais ou supostas, principalmente em termos de engrandecimento do ego<sup>377</sup>.

Atualmente, a conjugação dos termos *direito* e *gênero* parte da premissa de que todos, pela simples condição de serem pessoas, são iguais. Entretanto, essa concepção jurídica relativamente nova é marcada por um passado legislativo tomado de sexismo, o que contamina comportamentos ainda hoje.

Em decorrência de um *Direito* que sempre tomou o *amor* por propriedade, como notado por Rodotà acerca da realidade italiana (que se identifica com a brasileira), desde a modernidade ocidental as relações conjugais eram firmadas sobre a ideia de que “cada cónyuge tiene derechos sobre el cuerpo del otro, por tanto, sobre su persona, y en caso extremo sobre la vida misma”<sup>378</sup>. Entretanto, essa imprecisão afetava distintamente os cônjuges:

Pero estas vicisitudes solo en apariencia afectan a ambos cónyuges por igual. Sus relaciones jurídicas se han construido obedeciendo a una “natural” asimetría, que consagra la desigualdad permanente. “La pretensión de que la mujer no lleve al matrimonio recuerdo alguno de relaciones sexuales con otros hombres, no es en el fondo más que la secuencia lógica de esse derecho a la *posesión exclusiva* que constituye la esencia de la monogamia: la extensión de este monopolio incluso a su pasado”. Así escribían los jueces italianos a principios de siglo poniendo especial énfasis en el *error virginitatis*, que se convertía en causa de anulación del matrimonio por error en las cualidades personales del cónyuge<sup>379</sup>.

A emancipação da mulher consta da construção jurisprudencial e das normas jurídicas sobrevindas ao longo do tempo, comumente nessa ordem, mostrando o galgar contra o legado discriminatório do patriarcado e a reorganização do padrão familiar. Mostra também que algumas vezes as leis serviram para manter um estado de dominação masculina e outras para realmente solver o problema<sup>380</sup>.

<sup>377</sup> BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. Tradução de Maria Helena Kuhner. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020. p. 111-112.

<sup>378</sup> Em tradução livre: Cada cônjuge tem direitos sobre o corpo do outro, portanto sobre sua pessoa e, em casos extremos, sobre a própria vida. RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 12.

<sup>379</sup> Em tradução livre: Mas essas vicissitudes apenas na aparência afetam ambos os cônjuges igualmente. Suas relações jurídicas foram construídas cedendo a uma assimetria “natural”, consagrando uma desigualdade permanente. “A pretensão de que as mulheres não levem ao casamento vivências sexuais com outros homens, nada mais é do que a lógica do direito de posse exclusiva que constitui a essência da monogamia: monopólio que inclui até mesmo o seu passado”. Assim escreviam os juízes italianos no início do século, colocando especial ênfase no “error virginitatis”, que se tornou causa de anulação do casamento por erro nas qualidades pessoais do cônjuge. RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 12.

<sup>380</sup> Para além da desigualdade de gênero na conjugalidade, em âmbito político, destaca-se o fato de que no Brasil a conquista, parcial, do direito ao voto feminino ocorreu em 1932, quando o Código Eleitoral passou

Ademais, embora prevaleça a lógica de um Estado e uma sociedade que protejam os vulneráveis, fato é que o jogo da conquista por direitos dialoga também com o quadro político e teórico. Sobre a pauta de reivindicações das mulheres, Fabiana Severi lembra que “qualquer direito pode ser apropriado para fins distintos aos inicialmente propostos ou contextualizados a partir de significados políticos distintos daqueles que motivaram as lutas pela sua afirmação”<sup>381</sup>.

Em pleno século XXI, a mulher continua sendo inferiorizada, e não raras vezes impedida de viver como pessoa de iguais direitos, mormente pelas agressões que sofre. Vítima, inclusive no ambiente virtual, os ataques expõem uma inapreensível macheza<sup>382</sup>. A persistência de assimetrias salariais e oportunidades de trabalho<sup>383</sup>, de preconceito decorrente da maternidade e as violências domésticas, dentre outras situações, contextualiza a realidade que contraria o maior legado da igualdade: o respeito às diferenças.

Todavia, há bom tempo a iniquidade é uma pauta global, sendo muitas as conquistas normativas. Dentre as primeiras, a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, de 1791, elaborada no contexto da Revolução Francesa, que, sob o mote tripartite, impôs os mesmos direitos entre homens e mulheres. Vale lembrar a Carta das Nações Unidas, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, bem como a Declaração para a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres, de 1967, e a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), de 1979. Esta última

---

a garanti-lo. Entretanto, inicialmente o direito assistia apenas mulheres casadas autorizadas pelos maridos e viúvas com autonomia de rendimentos. Apesar de a Constituição de 1934 haver confirmado o direito ao voto, restrições maculavam a desejável igualdade de direitos políticos entre os gêneros.

<sup>381</sup> SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 143.

<sup>382</sup> Um levantamento feito pela Safernet Brasil demonstrou aumento nas denúncias de discursos de ódio na internet nos últimos anos. Revelou que o maior salto ocorreu nas denúncias de violência ou discriminação contra mulheres. A ONG, que monitora a disseminação dos discursos de ódio em redes sociais, *blogs*, páginas e *sites*, recebe denúncias anônimas de atividades na internet que incitam o ódio por meio de sua plataforma digital, cooperando com o trabalho do Ministério Público Federal (MPF) em defesa dos direitos humanos na internet (SAFERNET BRASIL. *Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos*. Última atualização em 10 dez. 2020. Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/>. Acesso em: 10 dez. 2020).

<sup>383</sup> Segundo a pesquisa de Sheila Christina Neder Cerezetti *et al.*, que investigou dinâmicas de gênero na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, há no corpo docente massiva presença masculina e a naturalização de sua autoridade, contrastando com a contínua busca por autoridade da docente. A pesquisa abordou a sutileza com que as discriminações de gênero ocorrem em relação ao professorado, o que torna complexa sua análise, tanto para ser detectada como para ser combatida (NEDER CEREZETTI, Sheila Christina *et al.* *Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?*. São Paulo: Cátedra Unesco de Direito à Educação – Universidade de São Paulo (USP), 2019. p. 60. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367420.locale=en>. Acesso em: 18 jul. 2020).

reconheceu como crime contra a humanidade a violência contra as mulheres, influenciando muitas iniciativas internacionais<sup>384</sup>.

No Brasil, além do fato de ser signatário dos principais tratados internacionais, dentre as muitas agendas, cabe registrar a importância do movimento feminista conhecido como o *lobby* do batom, na revisão da Constituição de 1988; a criação das delegacias de defesa da mulher, na década de 1980; a ratificação em 1995 da Convenção de Belém do Pará no Brasil (elaborada no evento da OEA, em 1994, sediado no Brasil – Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), que se tornou parâmetro para muitas iniciativas, “principalmente porque determinou aos Estados que adotassem mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher e que criassem mecanismos legislativos a fim de efetivamente investigar e punir a violência contra a mulher”<sup>385</sup>; a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), além de muitas alterações legislativas.

Essa gradativa valorização da igualdade e do respeito ao outro foi a conscientização de que as particularidades dos seres humanos devem convergir em “direção ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de toda a vida ética”<sup>386</sup>. Nesse sentido, por expectativa de efetivação de uma vida digna, para além de livres e iguais, a pessoas *devem* ser solidárias umas para com as outras.

Sem dúvida, a liberdade e a igualdade conferem ao ente familiar a condição de debater e de ser respeitado em sua vontade. Todavia, a estruturação da família deve ser sustentada pelos valores da solidariedade<sup>387</sup>. Apenas assim, reunidas, consolidam a concepção da família democratizada.

Para Fábio Konder Comparato a solidariedade, “é o fecho de abóbada do sistema de princípios éticos”. O autor completa que, “enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum”<sup>388</sup>.

<sup>384</sup> DE TILIO, Rafael. Marcos legais internacionais e nacionais para o enfrentamento à violência contra as mulheres: um percurso histórico. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, v. 2, n. 1, p. 68-93, 2012. p. 72.

<sup>385</sup> AMARAL, Ana Paula Martins; AMORIM, Ellen Cris Rocha. A Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – como fruto dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e sua condenação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Justiça do Direito*, v. 29, n. 2, p. 179-197, 2015. p. 186.

<sup>386</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 572.

<sup>387</sup> Em alguma medida a solidariedade foi abordada neste trabalho, quando do estudo da função social da família. Em virtude disso, serão feitas apenas as incursões necessárias para o encerramento do raciocínio.

<sup>388</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 577.

Sucedendo o individualismo que triunfou no século XIX, a solidariedade surge no século XX, no pós-Segunda Guerra, como fruto da consciência coletiva que percebeu a imprescindibilidade de uma ordem global pautada na humanização das relações, ante os suplícios sociais verificados, a submissão de grupos à tirania e atrocidades e as condições de miserabilidade e doenças que acometiam muitos. As primeiras constituições que inseriram essa percepção dos direitos humanos em seus ordenamentos jurídicos foram a Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919<sup>389</sup>.

Diante da natureza de sociabilidade do ser humano, por premissa, só é possível refletir a pessoa como integrante da sociedade, denotando que o princípio da solidariedade possui vieses: inicialmente, o *fático*, posto que surge da necessidade do convívio para preservação da própria existência. O viés fático, conjugado ao *ético*, passa a ver no outro o mesmo valor que atribui a si próprio. A visão de empatia “deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’”<sup>390</sup>. Por fim, sob a ótica *jurídica*, nos termos da Carta de 1988, consiste em um dever de ordem constitucional e um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático (art. 3º, I, da CF).

O princípio da dignidade outorgou supremacia às relações existenciais, ditas não patrimoniais. Essa concepção, inconciliável com a noção individualista, promoveu a ideia de que a tutela da personalidade, para além de ser guiada pelos direitos individuais em favor exclusivo do sujeito, deve ser compreendida como instrumento para construir um meio que sirva à realização dos demais<sup>391</sup>. A solidariedade regula a natureza de sociabilidade do ser humano, pois faz oposição ao exercício desarrazoado da liberdade nas relações.

Essa noção, segundo Perlingieri, “confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondente”<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> “A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja, obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes basilares e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 237).

<sup>390</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 240.

<sup>391</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 38.

<sup>392</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 37.



No âmbito do direito civil, o princípio da solidariedade renovou as desgastadas concepções de uma liberdade ampla nos regimes dos contratos e da propriedade, destacando e aperfeiçoando suas funcionalidades sociais. Nos domínios do direito de família, outra não foi a consequência, visto que sua incursão nas relações familiares se mostrou necessária para a compleição da finalidade da família atual.

Partindo das premissas da interdependência social dos seres humanos e da concepção de comunidade familiar como organismo social (em que os integrantes estão conectados entre si, de modo que, quando um é lesado em sua dignidade, todo o grupo é afetado), enfatiza-se que a solidariedade modificou a concepção de autonomia da vontade, ante o *dever* de promoção do bem de todos.

Ademais, firmou a assunção de responsabilidade. Ou seja, na perspectiva ética, a recíproca<sup>393</sup> colaboração entre os integrantes da família é circunstância presumível. No entanto, sob o aspecto jurídico, a ordem constitucional que conferiu *status* de princípio à solidariedade e afirmou-a como dever do Estado, da sociedade, da família e de seus membros, para além da noção de eticidade, garantiu igual vida digna a todos, em face das responsabilidades, morais e materiais, imputadas.

Seu mérito harmonizador o torna essencial: o terceiro pilar ético-jurídico que sustenta as relações familiares, pois reage ao exercício da autonomia imoderada e impõe o respeito como dever, como responsabilidade pelas escolhas.

Em suma, a *igualdade formal* e a *liberdade individual* colocam os integrantes das famílias uns diante dos outros, cada qual reivindicando o que importa ao seu próprio desenvolvimento, sugerindo um comportamento egocêntrico e fragilizando a manutenção dos elos. Não obstante, a família contemporânea, longe de ter sido enfraquecida, foi reorganizada sobre novas bases axiológicas e jurídicas. A função da solidariedade foi justamente reunir as pessoas na comunidade familiar, chamando-as para, juntas, protegerem-se.

Para além de sua lógica inclusiva, a solidariedade é um pressuposto da democracia, pois admite a participação ativa e direta das pessoas de forma respeitosa no interesse do grupo. Nesse sentido, no contexto da conjugalidade, impõe que a relação amorosa se firme sobre preceitos democráticos.

---

<sup>393</sup> Interessante ponderação feita por Pietro Perlingieri sobre o significado da reciprocidade. Para o autor, “na solidariedade e no sacrifício pessoal como atos de amor, quando carentes do significado da reciprocidade, podem se esconder os perigos da sujeição e da submissão integral até total anulação da vontade e da personalidade dos sujeitos” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 249; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 980).

En el momento em que ejército mi personal derecho de amor confirmo constantemente mi apertura hacia el otro. La referencia al outro pierde así el estima que tantas veces acompaña a esta palabra y recupera plenamente el sentido de una humanidad que está formada exatadamente de *otros*. De aqui parte otra reflexión que nos acerca a otras palabras – solidaridad, reciprocidad – con las que se articulan los lazos sociales, y que hallan su más intensa expresión en la relación que podríamos llamar amorosa, en un derecho que podemos llamar de amor<sup>394</sup>.

A ideia é simples: o equilíbrio está na noção de que a vontade de um deve ser compatibilizada com os interesses do outro. Por resultado, no âmbito jurídico, equilibra os direitos e os deveres e faz do lar um espaço de diálogo e respeito.

### 4.3 A família democrática

No regime democrático, visto como aquele que serve à realização do bem comum, a soberania pertence ao povo no âmbito de um Estado e, no plano mundial, ao conjunto dos povos. Em qualquer circunstância, o exercício do poder soberano deve submeter-se às *normas jurídicas*, conforme leciona Fábio Konder Comparato<sup>395</sup>. Todavia, complementa que aquelas devem ser orientadas por *princípios éticos*, dentre os quais cita a solidariedade, a igualdade e a liberdade.

Existem relações de poder afetas ao âmbito privado, que se assemelham às do plano público, visto que algumas entidades exercem poder sobre os integrantes das organizações ou grupos, podendo influir em questões relativas à vida dos indivíduos, com poderes normativos, a exemplo das associações em geral e sindicatos<sup>396</sup>.

Nesse raciocínio, a comunidade familiar contemporânea, como grupo social privado voltado ao desenvolvimento das pessoas, ante a subjetividade destas, admite a harmonização das vontades? Está conformada juridicamente aos princípios éticos mencionados por Comparato para abrigar uma administração democrática? A família hierarquizada é lembrança do passado no ordenamento jurídico brasileiro?

---

<sup>394</sup> Em tradução livre: No momento em que exerço meu direito pessoal de amar, confirmo minha abertura para o outro. A referência ao outro perde assim a concepção que tantas vezes acompanha esta palavra e legítima plenamente o sentido da humanidade que se forma por outros. Daí resulta a reflexão que nos leva a outras palavras – solidariedade, reciprocidade – com as quais se articulam os laços sociais e que encontram a sua expressão mais intensa na relação amorosa, em um direito que podemos chamar de direito ao amor. RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 117.

<sup>395</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 665.

<sup>396</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 287.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a *família democrática*

[...] nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõem, é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo, a família *dignificada*, isto é, abrangida e conformada pelo conceito de dignidade humana é, necessariamente, uma família democratizada<sup>397</sup>.

A concepção de que não há simetria de valores entre a *organização social* e a *pessoa humana* levou a família-instituição a ser sucedida pela família-instrumento ou *entidades intermediárias*. Seu valor está em servir às pessoas que as compõem, o que lhe predica elevada importância, visto que assiste as exigências humanas<sup>398</sup>.

Na família democrática, as decisões devem contar com a participação de todos, de modo que manifestem seus interesses e participem do processo deliberativo, obviamente respeitadas as particularidades de cada um, em atenção à pouca experiência das crianças e adolescentes ou às demais circunstâncias especiais.

Pois bem, Jean-Jacques Rousseau, no início de *Do contrato social*, apontou o núcleo familiar como uma formação social política, destacando-lhe os elementos libertários e igualitários, segundo o contexto de sua época. Em suas palavras, “a família se tornou o primeiro modelo das sociedades políticas, sendo que, o chefe representa a imagem do pai, o povo representa os filhos, e sendo todos estes nascidos livres e iguais, não cedem sua liberdade a não ser em proveito próprio”. Adiante, quando o autor traça um ponto distintivo entre a família e o ente estatal, ressalta o caráter solidário e a reciprocidade de responsabilidade da família, quando menciona que “[...] o amor do pai pelos filhos é compensado pelos cuidados que lhes dedica [...]”<sup>399</sup>.

As estruturas estatais e as estruturas familiares são, por muitos motivos, distintas, a começar pelo fato de se situarem nas extremidades do que pode ser considerado o mais público dos entes e do que pode ser o organismo mais privado dentre os privados. No entanto, equipará-las permite melhor reflexão sobre a democratização das administrações hegemônicas de pequenos grupos sociais, nesta análise, nas entidades familiares.

Com efeito, toda circunstância cotidiana que contenha duas ou mais pessoas e que envolva uma decisão a ser tomada pode ser deliberada nos moldes democráticos, desde que o poder de decisão seja compartilhado. Na realidade, o homem, ao longo de sua história,

<sup>397</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 214.

<sup>398</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39 e 244.

<sup>399</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 2. ed. 2. tir. Leme: Edijur, 2013. p. 11.

sempre idealizou métodos que contivessem ou partilhassem o poder estatal com o intento de assegurar a liberdade individual, não tendo sido outra, por exemplo, a proposta do pensamento montesquiano.

Segundo a Professora Monica Herman Caggiano, “o homem, efetivamente ente detentor do *zoon politikon*, vem, ao longo da sua história, desenvolvendo fórmulas que, organizando o poder e a tomada das decisões políticas, busquem exatamente a salvaguarda de sua liberdade”<sup>400</sup>. No remate da mestra, dentre as receitas conhecidas pelo mundo, a democracia emerge como o modelo ideal.

Bobbio, com uma definição mínima sobre regime democrático, permite constatar a possibilidade de aplicação de suas premissas nos pequenos grupos sociais quando aduz que “[...] por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível de interessados”<sup>401</sup>.

A democracia como modelo de gestão para os pequenos grupos sociais: (i) representa igualdade social e civil, e a refutação da discriminação e do preconceito; (ii) representa a liberdade para decidir o curso da própria vida, protagonizando uma função no destino comum escolhido; (iii) abriga as percepções de pluralidade e diversidade cultural; (iv) vincula os membros do grupo solidariamente; (v) refere-se a um estilo de vida que interliga os diferentes grupos sociais, coexistindo pacificamente em respeitosa integração, conforme as lições de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>402</sup>.

Nesse sentido, as premissas democráticas impõem que a organização social seja fundada sobre o respeito à correspondência de direitos e deveres e sobre a autoridade da igual dignidade de todos que a compõem. Do contrário, havendo um *pater* avesso ao diálogo e intransigente na condução da entidade social, esta se aproximará de um regime autocrático, ou até mesmo autoritário, tal qual imperava nas famílias precedentes.

Segundo Pietro Perlingieri, “a única possibilidade de efetivação da democracia na sociedade bilateral é o respeito recíproco, a igualdade moral e jurídica. O princípio democrático revoluciona a noção tradicional de comunidade familiar [...]”<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito – Estudos e Documentos de Trabalho*, São Paulo: Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, p. 5-23, 2011. p. 7.

<sup>401</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade, para uma teoria geral da política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 12.

<sup>402</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 211.

<sup>403</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 40.

A indispensável igualdade, tanto moral como jurídica, não importa em perda de autoridade parental. Não é disso que se trata, pois simplesmente haverá maior abertura à conversa e à negociação. Todavia, indubitavelmente, as diretrizes democráticas aplicadas à família a renovam em face dos dogmas do passado e a ajustam aos interesses sociais contemporâneos.

As primeiras lições de democracia devem ser recebidas justamente no núcleo familiar, na infância. José Paulo Cavalcanti Filho defende que a cidadania se aprende, logo cedo, exercitando-se nos lares. Aduz que os valores democráticos estimulam o reconhecimento e a aceitação das diferenças e contribuem para a construção de uma sociedade em que as pessoas compreendam que são sujeitos iguais em direitos e deveres<sup>404</sup>.

Nessa perspectiva, questiona-se: que aprendizado de cidadania será dado à pessoa se o ambiente de desenvolvimento de sua personalidade não se fundar sobre premissas democráticas?

Ademais, não seria um paradoxo um Estado que se pretende democrático, que almeja consolidar o ideal desse regime em sua política, coexistir com uma família oprimida, logo ela a quem incumbe a missão de ser sua base? A opressão familiar advém da ingerência estatal na autonomia da vontade, que tolhe os projetos íntimos das pessoas ou do desequilíbrio entre as *vozes* dos viventes nas tomadas de decisões no espaço intrafamiliar.

Sob uma perspectiva ético-jurídica, as respostas são óbvias, visto que há que se respeitar as pessoas em suas dignidades. Para tanto, em oposição ao modelo que hierarquizava as entidades e os indivíduos, a família, além de *dever ser* uma escolha pessoal, *deve ser* espaço de respeito, especialmente do homem para com a mulher e dos pais para com os filhos, a fim de que não haja a sujeição, submissão e violência.

Pois bem, sendo a base de uma nação constituída sob o regime democrático, categoricamente anunciado pelo *caput* do art. 1º da CF, por ilação, apenas faz sentido pensar a família como um espaço em que se pratique a democracia.

A clássica expectativa de que a família deve ser consolidada em dogmas para assegurar sua estabilidade, para que, com isso, promovam-se a segurança e a perenidade da sociedade como um todo, consiste em mera ilusão no mundo atual. Sua conservação está, justamente, na aceitação das mudanças. Nesse sentido, quando a família foi declarada a base

---

<sup>404</sup> CAVALCANTI FILHO, José Paulo. Primeiras lições de democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república*: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 605.

da sociedade, ao contrário de engessar-se, outorgou-se o movimento, elemento característico de uma sociedade, mormente as democráticas.

O compromisso com a promoção e a educação desses valores em âmbito familiar, conjugado com a natureza de sociabilidade dos seres humanos, produzirá efeitos positivos, para além dos limites da sociedade familiar. Considerando que seus membros integrarão a sociedade, cabe à “família” o papel de orientação social, legando, inclusive pelos exemplos, aos que estão em fase de desenvolvimento os valores de cidadania e da boa convivência, com exaltação da pessoa humana.

Sendo espaço de prática democrática, máxime nas relações marcadas pelo histórico de desigualdade e violações de direitos, proverá a sociedade com pessoas que assimilam que são sujeitos iguais em direitos e deveres. Que, embora reconheçam as diferenças, as respeitam.

O sociólogo Anthony Giddens, a par das dificuldades das famílias moldadas na tradição, propõe que se lute por uma que seja ideal aos tempos de hoje, que fundamentalmente deve partir da igualdade entre homens e mulheres. Prescreve que a vida familiar deve combinar escolha individual e solidariedade social<sup>405</sup>.

Giddens defende que a família está se democratizando segundo o modelo da democracia do ente público, e adverte que são muitas as semelhanças verificadas. Explica que, em âmbito público, a democracia “envolve igualdade formal, direitos individuais, discussão pública de problemas isenta de violência e autoridade negociada em vez de dada por tradição”, demonstrando que compartilham das mesmas características, visto que a democratização familiar implica “igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação e resguardo de violência”<sup>406</sup>. Complementa que os pais continuarão a exercer autoridade sobre os filhos nos relacionamentos parentais, mas de forma negociada.

A família democrática idealizada por Giddens, sinteticamente, apoia-se nas seguintes premissas: (i) no reconhecimento da igualdade do casal para administração da família, o que coloca marido e mulher na mesma condição para as tomadas de decisões; (ii) na consagração de direitos e responsabilidades recíprocos nos relacionamentos; (iii) no compartilhamento

---

<sup>405</sup> GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 103.

<sup>406</sup> Para o sociólogo, não fossem as mudanças ocorridas nas nostálgicas famílias tradicionais, tais como a crescente igualdade entre os sexos, a maior participação das mulheres na força de trabalho, mudanças de comportamentos sexuais e na relação entre casa e trabalho, de fato haveria um colapso da família. Considera que a crise da família diz respeito apenas à tradicional, vendo como saudável a imposição de diversidade e escolha pelas famílias contemporâneas (GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 103).

de responsabilidade entre os pais em relação aos filhos; (iv) na autoridade negociada sobre os filhos, o que implica a abertura ao diálogo e a exposição dos argumentos que levaram à decisão; e, por fim, (v) na responsabilidade dos filhos para com os pais<sup>407</sup>.

A percepção do sociólogo, que vê na comunidade democratizada o modelo ideal, encontra no direito de família brasileiro, organizado segundo a legalidade constitucional, diretrizes normativas que estabelecem idênticos valores, possibilitando pensar o conceito jurídico da família atual segundo o princípio da democracia.

Para Pietro Perlingieri, *democraticità* “é o procedimento de decisão que requer um livre confronto de opiniões e deliberações, mediante voto não coagido, com prevalência da maioria sobre a minoria, em um quadro de direitos insuprimíveis da minoria”<sup>408</sup>. O autor reitera que o mandamento democrático inova concepção de família<sup>409</sup>, entrando em crise toda e qualquer forma de hierarquia autoritária nessa comunidade intermediária.

Essa lógica impõe que *dentro* da família haja a conciliação das autonomias de vontades, conformadas às responsabilidades civis decorrentes. Para *fora* dela, impõe que a decisão tomada pelo *querer comum*, deliberada pelos parceiros iguais em direitos e deveres, seja respeitada pelo Estado, ainda que por sua extensão jurisdicional, como último apelo para efetivação da autonomia privada.

A família guiada pela ética democrática não é um ideal; ao contrário, trata-se de uma realidade orientada pelas regras do direito civil pátrio<sup>410</sup>, renovadas pelos princípios

<sup>407</sup> GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 105.

<sup>408</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 468-469.

<sup>409</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 40.

<sup>410</sup> Alguns exemplos no Código Civil: Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos. Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. Art. 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. Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar [...] Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; [...] Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

constitucionais, por seus comandos normativos diretos e pela construção da jurisprudência<sup>411</sup>.

Os pressupostos democráticos na entidade familiar (direitos e deveres recíprocos do casal na administração familiar; compartilhamento de responsabilidades entre os pais em relação aos filhos, livre de violência e com autoridade negociada; e responsabilidade dos filhos para com os pais) estão integrados em variadas regras do Código Civil. Na CF/88, para além dos princípios constitucionais mencionados, os arts. 227 a 230<sup>412</sup> reiteram os preceitos com veemência.

Outrossim, as lutas das mulheres em busca de iguais direitos, para além de retirá-las da sobra dos homens, dissolveram o padrão que lhes impunha a exclusividade na função de cuidados dos filhos e dos trabalhos domésticos. Hoje, a repartição das obrigações intrafamiliares entre mulheres e homens de forma equitativa não é sustentada tão somente pela ética, mas trata-se de dever jurídico imposto a ambos. Nesse sentido, os *vínculos conjugais* hodiernos são parcerias consolidadas na liberdade para firmar, manter ou dissolver o elo, na igualdade e respeito e invariavelmente conformada à reciprocidade.

A emancipação jurídica da mulher foi condição para o êxito da família democrática. Mas também revelou vulnerabilidades decorrentes das iniquidades de gênero e a necessidade de intercessões protetivas do ente estatal, visto que a reciprocidade de direitos e deveres entre os parceiros precisa ser reconhecida por eles, mas tutelada pelo Estado e pela sociedade.

---

<sup>411</sup> Como mencionado, o conceito de entidade familiar foi ampliado pela decisão unânime do Pleno do STF que reconheceu a dispensabilidade de distinção de sexo na entidade familiar (ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto).

<sup>412</sup> Dispositivos da Constituição Federal: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. [...] Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.



François de Singly mencionou que o sociólogo Émile Durkheim, no contexto do liberalismo em 1892, já apontava que chegaria o momento em que o Estado passaria a intervir nas famílias, tanto para regulá-las como para tutelá-las<sup>413</sup>.

O paradoxo do Estado-ausente e do Estado-presente, no contexto da família democratizada, conforme apontou Luiz Edson Fachin, solve-se pela consolidação da ideia de que o ente deve ser suficientemente ausente, para que a intervenção e a ordem pública não sobrepujem a autonomia privada, contudo suficientemente presente, para proteger aqueles que se encontrem em vulnerabilidade. Em melhores termos:

Propor a intervenção desmesurada do ente estatal na ambiência familiar, espaço onde deve ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade humana, importa inevitavelmente em aceder ao cerceamento da construção dessa personalidade própria das pessoas que pretendem se realizar, em coexistencialidade, naquele espaço familiar.

Mas ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um “Estado ausente”, permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma *liberdade vivida*, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela *presente* intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados.

Nesse sentido, intervir é necessário quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais *vulnerável* devido às suas condições pessoais<sup>414</sup>.

Por efeito das normas vigentes, o Estado assumiu a função de tutor das pessoas vulnerabilizadas, afastando-se da concepção de único regulador das relações do âmbito privado para preservar as escolhas das pessoas. O art. 1.513 de Código Civil dispõe que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, tendo, preteritamente, o § 7º do art. 226 da CF estabelecido que “[...] o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”, e o § 8º aduzido que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Portanto, admite-se concluir que as entidades

<sup>413</sup> Singly exemplificou que no século XIX surgiram regras jurídicas que limitaram o direito de punição do patriarca, comumente irrestrito, anotando que a regulação do âmbito privado e conseqüente intervenção estatal se intensificou a partir das últimas décadas daquele século, sob variados temas familiares, desde as condições matrimoniais, o divórcio, o então pátrio poder, as filiações, até o aborto e o adultério, dentre outras (SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007. p. 16-17 e 32).

<sup>414</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012. p. 163-164.

familiares não são fragmentos estatais; pertencendo ao âmbito civil, não pode o ente tratá-las como se integrasse o domínio da política.

Nessa seara, toda pessoa possui o direito fundamental de formar uma família, não cabendo ao Estado de Direito intervir nas questões afetas à vida privada e às escolhas pessoais, salvo nas circunstâncias em que, por idade, estado de saúde ou por exposição intelectual, social ou econômica, as pessoas encontrem-se suscetíveis ao desamparo e às violências. Considerando que os fragilizados representam a maioria, o Estado, guiado pelo regime democrático (que serve aos interesses da maioria), tem o dever de tutelar aqueles.

Um caso emblemático de desarrazoada intervenção estatal no direito de constituir família ocorreu na Bélgica em 1985, envolvendo a esterilização forçada de Ingrid van Butsel, que só foi autorizada a se casar após passar pelo procedimento. Em decorrência da pobreza e da fragilidade educacional e de vivências, visto que cresceu em orfanatos, não soube se opor. Por não poder ter filhos, tornou-se depressiva. Tempos depois escreveu uma carta ao rei da Bélgica relatando o ocorrido, mas nunca recebeu resposta<sup>415</sup>.

Para além da ingerência estatal, reitera-se que os dispositivos mencionados da CF trazem à luz uma noção essencial à entidade familiar, qual seja, a de responsabilidade.

Por conclusão, responde-se afirmativamente às interrogações do início do tópico, pois a família está consolidada sobre as premissas de que “não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o *slogan* outrora revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade”<sup>416</sup>.

Nesse sentido, o padrão conjugal da família do século XXI foi reorganizado juridicamente, sendo sustentado pelo respeito, pela igualdade de gêneros e por atitudes solidárias. Para Giddens, “só há uma história para contar sobre a família hoje, e esta é de democracia”<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> MORAES, Maria Celina Bodin e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 350. Também consultado o site: Disponível em: <http://www.hartford-hwp.com/archives/60/135.html>. Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>416</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 211-212.

<sup>417</sup> GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 103.

#### 4.4 As entidades familiares no século XXI

Que elementos integram o conceito de família, “um conjunto intrincado de relações que se sabe, mas por vezes não se percebe, e que se nota, mas por vezes não se compreende”? Como costuma afirmar Francisco Cahali, o direito de família “sempre está por vir, diante da dinâmica em velocidade assustadora presenciada no mundo moderno”<sup>418</sup>.

Afinal, como integrar tanta complexidade ao direito?

Stefano Rodotà igualou o *amor* à *vida*, posto que ambos são feitos de pura subjetividade, o que conflita com a lógica de objetividade do *direito*, embora este exista para regular aquela. Lembrou que, quando Montaigne tentou definir a *vida*, relacionou-a a um movimento desigual, irregular e multiforme, que, por sua natureza, opõe-se a um *direito* irreduzível, uniforme e regular, ou seja, inconciliável com a imprevisibilidade da vida<sup>419</sup>.

A dinamicidade das composições e decomposições familiares, segundo Rodotà, mostra que essa contínua evolução, tanto das estruturas da conjugalidade quanto do sistema de parentesco, não poderá ser impedida por nenhuma autoridade. Complementa que, “frente a este incesante movimiento, la vertiente institucional aparece casi siempre como desfasada, retrasada o parcial, dejando casi siempre como irrelevante la regla jurídica”<sup>420</sup>.

Pois bem, para Gustavo Zagrebelsky, tratar cientificamente o direito atual no estilo de uma disciplina *lógico-formal* não atende às necessidades de uma sociedade dinâmica e complexa. Esta exige que o *direito* seja fundado no pluralismo dos princípios constitucionais que propõem soluções segundo os valores e condições do tempo em que se aplicam. A característica essencial do *direito* no contexto do Estado constitucional<sup>421</sup> atual, segundo o autor italiano, é a flexibilidade, nominando-o por *direito dúctil* ou *ductilidade constitucional*<sup>422</sup>.

<sup>418</sup> CAHALI, Francisco. Prefácio. In: ROSA, Conrado Paulino da. *I family: um novo conceito de família?*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11.

<sup>419</sup> RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 9.

<sup>420</sup> Em tradução livre: Diante desse movimento incessante, o aspecto institucional quase sempre se revela desatualizado, atrasado ou parcial, quase sempre tornando irrelevante a norma jurídica. RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 82.

<sup>421</sup> Os direitos, de a forma geral, foram afetados pelas transformações ocorridas no constitucionalismo, notadamente no pós-Segunda Guerra, em vista da passagem do Estado de Direito para o Constitucional. Neste, busca-se o equilíbrio entre leis e direitos, entre legislador e juiz (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 122).

<sup>422</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 14.

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal<sup>423</sup>.

O direito, como disciplina prática, está necessariamente vinculado à realidade. Nesse sentido, a proposta de uma dogmática jurídica fluida busca a solução mais adequada às legítimas expectativas jurídicas das pessoas, nos princípios constitutivos do ordenamento. A perda de centralidade das categorias tradicionais impõe que a ciência jurídica desenvolva outras, sem significados preestabelecidos, levando à conclusão de que, hodiernamente, os conceitos não são dados, mas desenvolvidos segundo o contexto cultural e os valores jurídicos de cada época.

A constitucionalização do direito promoveu a ressignificação dos institutos civilistas. No âmbito familiar, a dogmática fluida solve questões da vida social moderna<sup>424</sup>, visto que fundada na subjetividade dos princípios e dos valores constitucionais. Todavia, a compreensão de que não há um elenco de estruturas ou modelos predefinidos pelo ordenamento deixou em aberto o desafio de estabelecer os elementos conceituais das famílias plurais da atualidade, cada qual com suas particularidades.

Como visto anteriormente, dentre os vínculos formados pela conjugalidade, para além do *casamento* e da *união estável hétero* ou *homoafetivos* previstos pelas normas ou

---

<sup>423</sup> A coexistência de valores e princípios, sobre os quais uma Constituição deve necessariamente se basear para não se tornar incompatível com sua base pluralista, exige que seus valores e princípios não sejam assumidos com caráter absoluto, a fim de que sejam compatibilizados com os outros com os quais deve conviver. Apenas assume caráter absoluto o metavalor que expressa o imperativo do pluralismo de valores (quanto ao aspecto substancial) e a lealdade no seu confronto (quanto ao aspecto processual). Esses são, no fundo, os requisitos constitucionais supremos de qualquer sociedade pluralista que queira ser e se preservar como tal. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 14-15.

<sup>424</sup> “La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de las posibilidades y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un a priori de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener constituciones abiertas, constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática.” Em tradução livre: A suposição do pluralismo em uma Constituição democrática é simplesmente a proposta de possíveis soluções e de convivência, e não um projeto rígido ordenador que estabelece uma política de cima para baixo. Só assim poderemos ter constituições abertas, constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a liderança política, condições para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 14).

reconhecidos pela jurisprudência, as doutrinas mencionam, ao menos, as *famílias eudemonistas*, as *poliafetivas* e as *simultâneas* ou *paralelas*<sup>425</sup>.

A reorganização da conjugalidade, mormente pela ressignificação da função relacional e da autonomia dos viventes, dentre tantas mudanças, nem sequer exige que estes estejam sob o mesmo teto para conceber uma família<sup>426</sup>. Noutras vezes, ainda que tenham uma relação afetiva e convivam na mesma casa, podem não caracterizar uma entidade familiar, mas sim o relacionamento que vem sendo denominado pela doutrina e jurisprudência como o *namoro qualificado*. Ou seja, “aquele que se prolonga por muito tempo, mas não chega a apresentar todos os requisitos essenciais para que a família presente esteja configurada”<sup>427</sup>. Nesse sentido se posicionou a Ministra Nancy Andrighi:

Na relação de namoro qualificado os namorados não assumem a condição de conviventes **porque assim não desejam**, são livres e desimpedidos, mas não tencionam naquele momento ou com aquela pessoa formar uma entidade familiar. Nem por isso vão querer se manter refugiados, já que buscam um no outro a companhia alheia para festas e viagens, acabam até conhecendo um a família do outro, posando para fotografias em festas, pernoitando um na casa do outro com frequência, ou seja, mantêm verdadeira convivência amorosa, porém, sem objetivo de constituir família<sup>428</sup> (destaque nosso).

De considerar que, em muitos casos, a linha que separa um namoro de uma união estável pode ser demasiadamente tênue, visto que os namorados podem partilhar contas e residência para diminuir despesas, viajar juntos e fazer planos para comprar o imóvel em que residirão quando se casarem, por exemplo. Nesses casos, segundo Euclides Oliveira, “será uma quase união estável ou aos menos uma garantida ‘sociedade de fato’, a exigir

<sup>425</sup> Como visto, nos vínculos familiares entre os parentais, além da *monoparental*, as estruturas encontram menos resistência para se estabelecerem, sendo consideradas, aos menos, as *anaparentais*, as *reconstituídas*, as *multipartais* e as *extensas* (nova redação do art. 25 do ECA, dada pela Lei n. 12.010, de 2009). Mais recentemente, as *coparentais*.

<sup>426</sup> Nesse sentido, dispõe a premissa n. 2, publicada na edição n. 50 da *Jurisprudência em Teses*, do STJ: “A coabitação não é elemento indispensável à caracterização da união estável”. Precedentes: STJ, AgRg no AREsp 649.786/GO, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04.08.2015, DJE 18.08.2015; AgRg no AREsp 223.319/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18.12.2012, DJE 04.02.2013; AgRg no AREsp 59.256/SP, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18.09.2012, DJE 04.10.2012; AgRg nos EDcl no REsp 805265/AL, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª Turma, julgado em 14.09.2010, DJE 21.09.2010, REsp 1.096.324/RS, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), Quarta Turma, julgado em 02.03.2010, DJE 10.05.2010, e REsp 275.839/SP, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02.10.2008, DJE 23.10.2008. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%20E3o%20Est%E1vel.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%20E3o%20Est%E1vel.pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>427</sup> TARTUCE, Flávio. União estável e namoro qualificado. Migalhas, 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/277227/uniao-estavel-e-namoro-qualificado>. Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>428</sup> STJ, REsp 1.263.015/RN, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19.06.2012, DJE 26.06.2012.

partilha dos bens no caso de rompimento do dito namoro, para que não haja enriquecimento sem causa do titular (aplicável a súmula 380 do STF)<sup>429</sup>.

Por efeito de não exibir *todos* os requisitos essenciais de uma entidade familiar, embora as vivências afetivas se assemelhem, receberão tratamentos jurídicos bastante distintos, visto que o namoro poderá, quando muito, ser tratado como sociedade de fato, ao passo que à união estável serão conferidas prerrogativas do direito de família.

A questão que se coloca é: quais são os elementos essenciais de uma entidade familiar na perspectiva da conjugalidade?

Pelos estudos realizados, conclui-se que são quatro os pressupostos conceituais mínimos a se verificarem: como requisito impulsionador, a *afetividade*; como requisitos distintivos, a *estabilidade* e a *ostentabilidade*; como requisito fundamental, a *volitividade* ou o *animus familiae*. Note-se que a *vontade de ser família* foi o elemento faltante, segundo entendimento da Ministra Andrighi, no caso transcrito, que não predicou a condição de família à relação.

Embora Rodotà tenha notado o sacrifício do *direito* em lidar com o *amor*, ocorre que, atualmente, menos indiferente aos sentimentos, o *direito de família* está revendo sua tradição. Como elemento constitutivo das conjugalidades, o afeto passa a ter valor jurídico, como visto, tornando-se argumento decisivo para reconhecimento judicial em alguns elos familiares<sup>430</sup>.

Do ponto de vista da conjugalidade, a família se inicia pelo amor associado aos propósitos e fins comuns, para desse ponto em diante estabelecer, “por seu diuturno convívio, um conjunto já preexistente de recíprocos direitos e obrigações, tudo com vista na repartição do seu amor e de sua felicidade, por eles e por seus eventuais filhos, que agregam novas emoções”<sup>431</sup>.

“O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.”<sup>432</sup> Por efeito da lição de Pietro Perlingieri, conclui-se que a família de hoje preocupa-se mais com a qualidade do convívio e menos com sua forma.

---

<sup>429</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar*. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/13.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>430</sup> Como mencionado, a família homoafetiva (conjugalidade) e a multiparentalidade (filiação).

<sup>431</sup> MADALENO, Rolf. *A união (ins)estável* (Relações Paralelas). Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-uniao-ins-estavel-relacoes-paralelas>. Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>432</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 244.

Rodotà afirmou a posição secundária do *formato* ou *modelo* familiar nos tempos atuais, diante da autoridade do amor, que alterou a concepção da sociedade, influenciando-a de tal maneira que o casamento monogâmico, indissolúvel e heterossexual passou a não satisfazer as dinâmicas renovadas, o que não compreende como um fator de desordem institucional, mas como consequência da impossibilidade de restringir a vida a esquemas que neguem sua riqueza e que, ao final, estão condenados à revogação. O problema não está no casamento, mas sim na imposição, supondo-o adequado a todos. A força do afeto representa justamente o *fato* desafiando o *direito*, mostrando-lhe seus limites e incapacidade para assimilar a vida das pessoas em sua intimidade<sup>433</sup>.

Por sua vez, os requisitos da *estabilidade* e da *ostentabilidade* importam em traços que distinguem a entidade familiar dos relacionamentos afetivos menos comprometidos. O primeiro afasta as uniões episódicas. Apenas a convivência minimamente estável ou duradoura é capaz de conferir assistência cotidiana, todavia não se trata de critério objetivo, posto que a lei não mais mensura em tempo, mas nas atitudes dos viventes, a verificação, ou não, da estabilidade. O casamento, por sua própria natureza, abriga a ideia de não eventualidade; por sua vez, o art. 1.723 do CC a impõe como pressuposto da união estável.

Note-se que *estabilidade* não significa *perpetuidade*, característica que, desde 1977, nem sequer é associada ao casamento. A qualquer momento uma relação estável pode se tornar instável e rumar à dissolução do vínculo, o que não obsta que se a reconheça como entidade família pelo período precedente e legitimada aos efeitos decorrentes daquela.

Nesse mesmo sentido, Rodotà sustentou, acerca da realidade italiana:

Puede suceder que incluso una relación de breve duración merezca ser considerada desde el punto de vista de la regla jurídica cuando existan compromisos recíprocos que no pueden ser dejados al arbitrio de uno de los componentes de la pareja. Ese conjunto de situaciones en las que uno de los componentes ha contribuido en parte al patrimonio común de la pareja y al que luego se le niega alegando que esa contribución era una consecuencia implícita de la relación afectiva ha sido definido irónicamente, aunque con realismo, como penalidades del amor. El reconcimiento en el terreno económico debe ser una necesidad frente al riesgo de prevaricaciones, frente a las asimetrías de poder<sup>434</sup>.

<sup>433</sup> RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 84-85.

<sup>434</sup> Em tradução livre: Pode acontecer de que mesmo uma relação de curta duração mereça ser considerada do ponto de vista da norma jurídica quando existam compromissos recíprocos que não possam ser deixados a critério de um dos membros do casal. Essas situações em que um dos componentes contribuiu para o patrimônio comum do casal e que posteriormente lhe é negado têm sido ironicamente definidas como penalidade do amor. O reconhecimento no âmbito patrimonial deve ser uma necessidade diante do risco de abuso e das assimetrias de poder. RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 82-83.

A condição da ostentabilidade, relacionada à ideia de apresentar-se publicamente, melhor se assimila se pensada na perspectiva da ausência de furtividade. Para Maria Helena Diniz, há que se aplicar a teoria da aparência, obviamente, às uniões estáveis (art. 1.723 do CC), pois nas matrimoniais a notoriedade advém da chancela estatal. Na doutrina não são encontradas grandes divergências sobre a natureza destas, sendo sustentado desde a clássica escola de Maria Helena Diniz, como mencionado, até o moderno entendimento de Conrado Paulino da Rosa, que aduz que a relação de conjugalidade, embora estável, se

[...] mantida às ocultas, sem ampla recognoscibilidade pública, não se afigura como de natureza familiar. Trata-se de relacionamento sexual, que pode ser fundado no afeto, mas que não extrapola o restrito espaço dos sujeitos que o compõem, não se explicitando como relação afetiva perante o meio social<sup>435</sup>.

O elemento volitivo é condição nuclear concretizada no *querer ser família* manifestado pelos viventes, sem o qual se conclui pelo namoro, podendo encaminhar-se para sociedade de fato, quando “qualificado” e se exigir reparação de prejuízos, como visto antes.

Sua essencialidade é evidente no contexto familiar atual, sustentado pela ampla liberdade concedida à autonomia das vontades, concluindo-se com facilidade que, havendo vontade, haverá família; a inocorrência daquela obstará a verificação desta. No casamento, os arts. 1.514 e 1.535 do CC destacam a relevância da manifestação de vontade de forma expressa.

Na união estável, embora o art. 1.723 do mesmo *codex* preveja o *objetivo de constituição de família* como condição, a verificação do *animus familiae* é demasiadamente subjetiva, visto que comumente não é marcada por *contrato de convivência*<sup>436</sup> ou qualquer outra formalidade. Sendo decursiva das manifestações tácitas dos companheiros, representa alguma dificuldade na apreciação da intenção de cada um, que será identificada pelas atitudes. Note-se que as condutas podem revelar mais sobre o verdadeiro intento que as palavras ditas ou escritas, haja vista que a ausência dos requisitos da união estável derroga um *contrato de convivência* e a presença daqueles, infirma um *contrato de namoro*.

<sup>435</sup> ROSA, Conrado Paulino. *iFamily: um novo conceito de família?*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116.

<sup>436</sup> Pelo contrato de convivência, segundo Conrado, “os integrantes de uma união estável promovem a autorregulamentação do seu relacionamento, no plano econômico e existencial, e a contratação escrita do relacionamento de união estável não representa a validade indiscutível da convivência estável, porque o documento escrito pelos conviventes está condicionado à correspondência fática da entidade familiar e dos pressupostos de reconhecimento (art. 1.723 do CC), ausentes os impedimentos previstos para o casamento (art. 1.521 do CC), porque não pode constituir união estável quem não pode casar, com as ressalvas do § 1º do art. 1.723 do Código Civil” (ROSA, Conrado Paulino. *iFamily: um novo conceito de família?*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117).



Seguramente, a verificação da presença de vontade em *querer constituir família* é tarefa complexa, todavia é impensável tê-la sem vinculá-la ao livre e consciente intento dos viventes.

Embora na doutrina haja quem classifique a família convivencial como um *ato-fato jurídico*<sup>437</sup>, tal posição não se conforma às premissas da família democrática. Referência familiar atual, na democrática, o princípio da liberdade destaca a relevância da autonomia da vontade na formação familiar. Nesse sentido, as atitudes dos viventes reveladoras do *animus* são as manifestações que preenchem o plano de validade dos negócios jurídicos. Ademais, afigura-se incongruente classificar a união estável como um ato-fato jurídico e admitir a manifestação de vontade como elemento constitutivo para celebração do contrato de convivência.

Pois bem, com suporte nesses requisitos mínimos<sup>438</sup> que integram a entidade familiar contemporânea, coligados a sua finalidade e aos preceitos da família democrática, cabe conceituá-la como a comunidade intermediária originada do afeto e da vontade das pessoas em constituir uma família, organizada na reciprocidade de direitos e deveres e caracterizada pela estabilidade e não clandestinidade, cujo objetivo principal é servir ao desenvolvimento de todos os seus integrantes.

Por efeito da constitucionalização do direito, o conceito de família foi alargado, como ocorreu, *v.g.*, quando a diversidade sexual foi desincumbida da condição de requisito, reconhecendo uma família que ainda encontra resistência em outros ordenamentos jurídicos.

Todavia, a realidade de vida manifesta outras dinâmicas que seguem desafiando o direito. Embora tendente à ductibilidade, conforme proposto por Zagrebelsky, não significa que todas as regras jurídicas tradicionais tenham sido transpostas. Um bom exemplo é a *relação afetiva simultânea*, que tem provocado muito debate doutrinário, mormente pelo aumento da judicialização<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> Para Paulo Lôbo, a união estável “é uma situação que se inicia, juridicamente, sem qualquer ato jurídico para configurar sua constituição ou para sua dissolução. Como o direito lhe empresta efeitos jurídicos próprios, é fato jurídico, cujo suporte fático – ou hipótese normativa – é integrada por elementos em que se traduzem os requisitos referidos” (LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias. p. 97).

<sup>438</sup> Os elementos da afetividade, estabilidade, ostentabilidade e volitividade são tomados por requisitos mínimos para configuração familiar, contudo não os são em caráter absoluto, podendo ser flexibilizados, salvo quanto à manifestação de vontade.

<sup>439</sup> Vale lembrar que o RE 883.168-SC, com repercussão geral reconhecida, ainda será analisado pelo STF. Tema 526: “Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 201, V e 226 § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra pessoa”.

Pois bem, a partir do conceito acima pensado, a *relação afetiva paralela* encontra espaço no conceito de família? É possível integrá-la ao âmbito do direito de família ou existem obstáculos *ainda* intransponíveis no ordenamento?

Diante de dois relacionamentos estáveis simultâneos, como visto, predomina o entendimento de que ao primeiro resta garantida a condição de família, e ao segundo, a categoria concubinária.

Ocorre que este último pode ser originado do *afeto*, ser *estável*, não *ser clandestino* e até mesmo ser público, eventualmente com filhos, existir por longo período e estar fundado na subjetividade do *animus familiae*, tanto quanto a relação anterior. Sua ilegitimidade funda-se na regra da monogamia que assenta os *impedimentos matrimoniais* abrangentes do casamento e da união estável, entendimento predominante no Judiciário.

Na doutrina, o dissenso é geral, inclusive entre os modernos. Por exemplo, Rolf Madaleno, que afasta qualquer relação poligâmica do direito de família, sustenta que “pretende realmente constituir família, à semelhança do casamento e em plena comunidade de vida, e realizarem uníssonos o propósito de viver um pelo outro, despojados de outras relações”<sup>440</sup>. Por outro lado, Marcos Alves da Silva coloca o princípio da monogamia em suspeição, sustentando que o direito de família “terá que se ocupar das novas formas de conjugalidade, desvencilhando-se do casamento civil como único paradigma”<sup>441</sup>.

Pois bem, a particularidade dessa tessitura está no fato de que existem *três* pessoas envolvidas afetivamente, embora situadas em núcleos familiares distintos. Nesse sentido, convém pensá-las como *um todo*, uma vez que a vivência afetiva de um deles é compartilhada entre os lares, o que, inevitavelmente, interliga-os.

Dessa forma, vistas como *um todo*, ou seja, como *famílias interligadas*, as diretrizes da família democratizada que sustenta o diálogo e o respeito, a reciprocidade de direitos e deveres, a igualdade e a liberdade valorizam a autonomia de vontade (expressa ou tácita) nas escolhas privadas feitas pelos três envolvidos. Posição que também encontra suporte no

---

<sup>440</sup> MADALENO, Rolf. *A união (ins)estável* (Relações Paralelas). Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-uniao-ins-estavel-relacoes-paralelas>. Acesso em: 15 maio 2021. Nesse sentido, José Francisco Cahali, Euclides Oliveira e José Fernando Simão (CAHALI, José Francisco. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 61; OLIVEIRA, Euclides de. *União estável, do concubinato ao casamento*. 5. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 127; SIMÃO, José Fernando. Sim, eu tinha razão e o STF confirmou que não há famílias paralelas no Brasil. *Conjur*, 20 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-20/processo-familiar-stf-confirma-nao-familias-paralelas-brasil>. Acesso em: 15 maio 2021).

<sup>441</sup> SILVA, Marcos Alves da. A monogamia em questão: repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea. In: IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anais*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/297.pdf#:~:text=A%20monogamia%20n%C3%A3o%20pode%20ser,a%20liberdade%20de%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20de>. Acesso em: 15 maio 2021.

argumento de que a autonomia privada, mormente no que tange ao direito fundamental de ter família, merece sobrepor-se à ordem pública ou ingerência estatal. Nesse sentido, havendo o conhecimento e o assentimento de todos na configuração *interligada*, estabeleceu-se um cenário em que a liberdade foi privilegiada.

Ao contrário da tese da *união estável putativa*, que sustenta o *desconhecimento* como fonte legitimadora da relação afetiva (desconhecer a relação preexistente), essa visão aposta no *conhecimento* por *todos*. Vale lembrar o episódio do índio Parara Waiãpi, que se uniu a três irmãs<sup>442</sup>. Outro exemplo conhecido é o do cantor Mr. Catra<sup>443</sup>, que mantinha três relacionamentos estáveis absolutamente públicos.

Não se trata de situação comum, mormente nas sociedades ocidentais, que tradicionalmente valorizam a exclusividade afetiva. Ocorre que a realidade não é feita apenas de atos conformados às regras, não cabendo ao direito ignorar as vidas incomuns. Tampouco intenta promover visão oposta à monogamia; apenas se trata de uma dúvida válida. Que tratamento jurídico deve ser despendido às exceções, visto que dar as costas não elimina a realidade?

A monogamia, como regra orientadora da conjugalidade, assentou os impedimentos matrimoniais (art. 1.521 do CC) e a impossibilidade de reconhecimento da união estável, que não os observa (art. 1.723, § 1º, do CC), tendo, recentemente, o STF<sup>444</sup> reafirmado compromisso com aquela, quando decidiu que a preexistência de casamento ou união estável de um dos conviventes impede o reconhecimento de vínculo concomitante, em virtude do dever de fidelidade e da monogamia.

Por outro lado, a autonomia na condução das conjugalidades se compatibiliza com a proposta da família democrática, sustentada pelo princípio da liberdade nas relações existenciais, e não toma por anuência a atitude passiva ou submissa decursiva de uma relação de poder ou da dependência financeira de uma das pessoas envolvidas, por orientação do princípio da igualdade. Como em qualquer situação que examina as questões subjetivas, esta exigirá as mesmas cautelas.

---

<sup>442</sup> A história foi retratada no item 3.1 deste trabalho.

<sup>443</sup> Mr. Catra, nome artístico de Wagner Domingues Costa, foi um cantor de funk carioca que morreu em 2018, aos 49 anos de idade, deixando três mulheres com as quais convivia afetiva e simultaneamente e trinta e dois filhos.

<sup>444</sup> Referência à tese fixada pelo STF quando apreciou o Tema 529 (RE 1.045.273, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Plenário, sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020): “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”.

Nesse contexto, a tensão entre ordem pública e autonomia privada, entre monogamia e liberdade, como princípios que são, decorre do fato de que o direito não lida com dados exatos, mas com um dever incessante de exigências que apontam variados e, por vezes, contraditórios princípios na busca por resposta para a realidade das vivências sociais<sup>445</sup>.

A concepção de Zagrebelsky auxilia essa conclusão, que, mais do que responder o que pode ser integrado ao conceito de família, procurou caminhos para reflexão.

El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte. Tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, etc., pero el contenido de estos conceptos, es decir, su *Concepción*, es objeto de inagotables discusiones. Las concepciones ejercen su influencia sobre cada aplicación de los principios, porque las declaraciones constitucionales al respecto no son más que esbozos cuyo alcance concreto se mueve en el sentido de la evolución de las ideas<sup>446</sup>.

Para o autor, a dimensão do direito por princípios melhor se adéqua a uma sociedade pluralista, e que quer se preservar como tal, cabendo-lhe apontar os valores que não têm preço, entre os quais o equilíbrio deve ser alcançado por meio da ponderação<sup>447</sup>.

---

<sup>445</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 123.

<sup>446</sup> Em tradução livre: O conteúdo dos princípios constitutivos do sistema jurídico depende do contexto cultural do qual fazem parte. Esses princípios expressam importantes valores, como igualdade, liberdade, justiça, solidariedade e dignidade humana etc., mas o conteúdo desses valores ou conceitos é objeto de intermináveis discussões. As concepções exercem sua influência em cada aplicação dos princípios, pois as Declarações Constitucionais a esse respeito nada mais são do que esboços cujo alcance concreto se move na direção da evolução das ideias. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 124.

<sup>447</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 125-126.

## CONCLUSÃO

Casados desde 1980, os cônjuges tiveram três filhos. Em 1993 decidiram separar-se judicialmente, mas reconciliaram-se em 1994, ficando, portanto, sem efeito a separação. Enfim, em 1999 divorciaram-se. Entretanto, continuaram vivendo como marido e mulher, na mesma casa, até a morte daquele, em 2003. Ocorre que o falecido também se relacionou estavelmente com outra mulher do ano de 1994 até seu falecimento. Ambas as companheiras propuseram ação de reconhecimento de união estável cumulada com pedido de pensão por morte. Decididas conjuntamente, a primeira instância e o Tribunal do Estado do Rio Grande do Norte, reconheceram a duplicidade familiar e a divisão da pensão previdenciária.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, reformou a decisão, tendo a Ministra Relatora arguido que, embora estivesse comprovada a coexistência das uniões, a ruptura provocada pelo divórcio da relação matrimonial em 1999 não admitia que fosse estabelecida, ato contínuo, união estável entre o falecido e sua ex-esposa, pois o ato fortalecera juridicamente a outra união estável. Por conseguinte, não foi reconhecida a relação com a ex-esposa. Segundo a Ministra: “[...] uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais”<sup>448</sup>. Nesse caso, a ex-cônjuge tornou-se a concubina.

Circunstâncias da vida real que embaraçam e desafiam a ciência jurídica. O direito de família atual admite outras soluções? Quem é(são) família(s) para o direito?

O traçado constitucional não admitiu limites apriorísticos e segregadores do que possa ser considerado ou não entidade familiar. Por efeito disso, não existe classificação, estereótipos hierarquizados ou um elenco predefinido, posto que o novo paradigma constitucional não excluiu qualquer modelo familiar.

Por ocasião do fenômeno da constitucionalização do direito privado, que propôs a releitura do direito civil à luz do quadro axiológico da Constituição Federal<sup>449</sup>, e da superação da dicotomia entre o público e o privado, a lei civil codificada perdeu a exclusividade para regular a vida privada.

---

<sup>448</sup> Referência ao voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no REsp 1.157.273, julgado em 18.05.2010, DJe 07.06.2010.

<sup>449</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 137.

Nesse contexto, de enfraquecimento do sistema formal e do direito privado pautado no individualismo e no patrimonialismo, bem como do reconhecimento da necessidade de uma concepção renovada para o direito de família, os valores e os princípios constitucionais foram ascendidos por todo ordenamento jurídico em face da constitucionalização do direito civil.

Segundo a doutrina de Pietro Perlingieri, estando no topo do ordenamento a lei constitucional, seus preceitos alteram a justificação ideológica de cada norma jurídica que o compõe e os princípios constitucionais assumem a condição de normas-diretivas. Nas palavras do autor:

Abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe a realização de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de fato à legitimação etc.), em um esforço de modernização dos instrumentos e, especialmente, da teoria da interpretação. Muitas das investigações já realizadas nesse sentido indicaram que a estrada traçada é rica de resultados, destinados, na sua totalidade, a dar uma nova feição ao direito civil, contribuindo à criação do direito civil constitucional<sup>450</sup>.

A releitura das regras do direito de família de maneira compatibilizada com os princípios fundamentais e às necessidades existenciais das pessoas, em consideração aos seus valores e às suas vidas, admitiu a ideia de que “a força dos fatos não deve sofrer um juízo de exclusão”<sup>451</sup>, tanto é verdade que a união estável, por exemplo, conquistou a legitimidade familiar, tendo partido do então *concubinato puro*, seguido da *sociedade de fato*.

Contudo, a pesquisa jurisprudencial realizada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça sobre relações paralelas<sup>452</sup> mostrou a maioria das posições determinadas a não legitimá-las, mormente pelo argumento de que a monogamia é o princípio ordenador das conjugalidades.

<sup>450</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 591.

<sup>451</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 328.

<sup>452</sup> Giselda Hironaka define as famílias paralelas como aquelas em que “alguém, que já possui um vínculo de conjugalidade ou de união estável com seu cônjuge ou convivente, adquire, sem cessação ou extinção daquele primeiro vínculo, uma outra união estável com uma terceira pessoa, com quem o primeiro também constitui família” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas: visão atualizada. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019).

Se no STJ verificou-se maior constância no posicionamento (posto que a maioria das decisões foi tomada por unanimidade), no STF (embora tenha tido alguma divergência) a *tese* que estabeleceu a impossibilidade de reconhecimento de vínculo familiar concomitante a outro, com substrato no preceito monogâmico<sup>453</sup>, revelou importante resistência à legitimação daquela. Apenas episodicamente foram arguidos princípios constitucionais, como o da dignidade humana e o da solidariedade familiar<sup>454</sup>, contudo foram insuficientes para reconhecer a relação paralela como entidade familiar, conforme visto no capítulo terceiro.

Com efeito, no regramento civilista há impedimentos para a constituição formal (art. 1.521, VI, e art. 1.548, II, ambos do CC) ou para o reconhecimento posterior (§ 1º do art. 1.723 do CC) de uniões poligâmicas, estabelecendo que apenas uma das relações obterá foro de família, cabendo à outra a categoria concubinária (art. 1.727 do CC), o que tem levado o órgão julgante a aplicar a Súmula 380 do STF<sup>455</sup>, publicada no ano de 1964, desenterrando-a para coibir o enriquecimento sem causa.

Todavia, a doutrina que defende a legitimidade do paralelismo o faz com suporte em argumentos decursivos da noção constitucionalizada do direito familiarista. São pautados o *princípio da afetividade*, bem como demais preceitos constitucionais correlatos, e a *teoria da união estável putativa*, conforme visto. Sustentam, com veemência, que a união paralela foi integrada ao conceito de família constitucionalizada. Nesse sentido, a divergência move-se por entre os argumentos que apontam sua ilegitimidade com substrato na monogamia até os que defendem sua integração por aptidão da afetividade.

Ademais, a noção de família funcionalizada ao desenvolvimento da personalidade de seus membros, segundo a dignidade humana e os valores pessoais, somada à natureza plural das entidades familiares, gera a expectativa de poder conduzir a vida privada com autonomia para constituí-las segundo os modelos postos, ou diversamente daqueles.

---

<sup>453</sup> Referência à tese fixada pelo STF quando apreciou o Tema 529 (RE 1.045.273, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Plenário, sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020). “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”.

<sup>454</sup> Referência ao voto do Ministro Relator João Otávio de Noronha no REsp 1.185.337, julgado em 17.03.2015, DJe 31.03.2015. Referência ao voto divergente do Ministro Carlos Ayres Britto no RE 397.763, Ministro Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 12.09.2008.

<sup>455</sup> Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Nesse contexto, é incorporada ao debate a necessidade de equilibrar a autonomia privada e a ordem pública, pois, embora as pessoas ajam segundo suas vontades, o Estado legislador ou juiz não considera famílias algumas relações, impedindo-as, por regras jurídicas, ou não as reconhecendo, por seus órgãos judicantes.

A complexidade das relações familiares colocou o direito civil-constitucional defronte à tensão entre a objetividade das regras civis e a subjetividade dos princípios constitucionais, mostrando que estabelecer os elementos jurídicos para definir o que é família conjugal exige menos rijeza, noção que se ajusta à doutrina de uma *dogmática fluida*, proposta por Gustavo Zagrebelsky.

Para o jurista, a *ductibilidade constitucional* propõe a coexistência entre os princípios e os valores constitucionais, compatibilizados com as demais bases normativas, a fim de preservar seu caráter pluralista. De absoluto, apenas o imperativo da pluralidade e a lealdade no confronto daqueles<sup>456</sup>. Compara a dogmática constitucional a um líquido, no qual são dissolvidos outros líquidos – os conceitos –, que coexistem sem que um anule o outro. Sua proposta de *dogmática fluida* pressupõe um equilíbrio. Em melhores termos:

La exigencia de una dogmática jurídica líquida o fluida, que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional. Se trata de lo que podría llamarse la inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta. [...] Puesto que no puede haber superación en una síntesis conceptual que fije de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza, la formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional<sup>457</sup>.

<sup>456</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 14.

<sup>457</sup> Em tradução livre: A exigência de uma dogmática jurídica líquida ou fluida, que pode conter os elementos do direito constitucional de nosso tempo, ainda que heterogêneos, agrupando-os em uma construção necessariamente não rígida que acomoda combinações que derivam não só do direito constitucional, mas da política constitucional. Trata-se do que se poderia chamar de instabilidade das relações entre os conceitos, consequência da instabilidade decorrente das relações pluralistas entre as partes que se desenvolvem na vida constitucional concreta. [...] Se não pode haver superação de uma síntese conceitual que fixa todas as relações entre as partes, conformando-as a elementos constitutivos de uma realidade conceitual que as envolve com absoluta fixidez, a formulação de uma dogmática rígida não pode ser o objetivo da ciência constitucional. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 17.



Acrescenta o autor que tratar o direito atual no estilo de uma disciplina *lógico-formal* não ampara os interesses de uma sociedade dinâmica e complexa<sup>458</sup>. O direito, como disciplina prática, deve sempre considerar a realidade e sua concepção por princípios, com “los pies en la tierra y no la cabeza en las nubens”, assentando que, por sua natureza prática, a norma deve respeitar sua própria função e preocupar-se com sua idoneidade para disciplinar eficazmente a realidade segundo o valor que os princípios lhes conferem<sup>459</sup>.

No pós-Constituição de 1988, segundo desenvolvido, o direito de família passou a ser orientado por fundamentos éticos-jurídicos decorrentes do sumo princípio da dignidade humana. Nesse sentido, o reconhecimento da igualdade formal e da liberdade individual admitiu que cada integrante da família postulasse por seus interesses, cada qual buscando o desenvolvimento de sua personalidade. Todavia, a família contemporânea não se conforma aos comportamentos egocêntricos. Ao contrário, o princípio da solidariedade reuniu seus integrantes para juntos buscarem o que lhes é comum, além de estabelecer a reciprocidade de direitos e deveres entre eles.

O equilíbrio decorre da conscientização de que a vontade de um deve compatibilizar-se aos interesses dos demais, resultando em um ambiente familiar democrático, conduzido por todos pelo diálogo e pelo respeito.

Sobre a democracia no interior dos grupos, Pietro Perlingieri afirma que “a única possibilidade de efetivação da democracia na sociedade bilateral é o respeito recíproco, a igualdade moral e jurídica. O princípio democrático revoluciona a noção tradicional de comunidade familiar [...]”<sup>460</sup>. Em outra obra, o autor complementa seu raciocínio afirmando que a partir daquele preceito, “entra em crise qualquer forma de hierarquia autoritária nas comunidades intermediárias”<sup>461</sup>.

Nesse sentido, perfilha-se à proposta da família democrática do britânico Anthony Giddens, que a compreende como ideal, por ser caracterizada pela “igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação e resguardo de violência”<sup>462</sup>, concepção corroborada e complementada pela jurista Maria Celina Bodin de Moraes,

---

<sup>458</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 14.

<sup>459</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 122.

<sup>460</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 40.

<sup>461</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 469.

<sup>462</sup> GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 103.

segundo a qual aquela “nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõem, é respeitada, incentivada e tutelada”<sup>463</sup>.

Conforme registrado no desenvolvimento do trabalho, a família sustentada pelo preceito democrático está definida no ordenamento jurídico brasileiro, visto que dispositivos do Código Civil, princípios e normas constitucionais reconheceram os pressupostos democráticos no contexto familiar.

Todavia, um aspecto instável e subjetivo diferencia essa comunidade intermediária democrática de qualquer outra que o direito regule e com a qual sequer dialoga com compreensibilidade, segundo notado por Stéfano Rodotà: o amor<sup>464</sup>.

Da perspectiva do elo conjugal, tanto o casamento quanto a união estável, homo ou heterossexual, sempre se iniciam pelo amor (afetividade), acompanhado da imprescindível vontade de *querer* ser família (volitividade ou *animus familiae*), mas não apenas, uma vez que a relação estável (estabilidade) não pode ser clandestina ou secreta (ostentabilidade, notoriedade ou publicidade). São esses os pressupostos jurídicos mínimos caracterizadores da família conjugal, não mais se lhe exigindo a diversidade de sexo, prole, tempo mínimo de convivência e coabitação, conforme entendimento precedente.

Com sustento nestes requisitos, associados às premissas da família democrática e sua finalidade hodierna, cabe apontar um conceito (subjetivo e dúctil, por serem próprios da versatilidade familiar), nos moldes da comunidade intermediária nascida do *afeto* e da *vontade* das pessoas em constituir uma família, estruturada na reciprocidade de direitos e deveres e qualificada pela *estabilidade e não clandestinidade*, sendo sua finalidade precípua assistir o digno desenvolvimento de seus membros.

Dentre as muitas renovações ocorridas no direito de família, a submissão do modelo único à autoridade do afeto representa a maior descontinuação da tradição familiar imposta, visto que o problema não é ser tradicional, mas exigir que todos sejam. Tal ruptura representa o *fato* contestando o *direito*, e mostrando-lhe seus limites e incapacidades de enxergar a vida íntima das pessoas<sup>465</sup>.

Tantos fenômenos, mormente a constitucionalização do direito, contribuíram para a ampliação do conceito de família. Todavia, a relação afetiva paralela, embora defendida

---

<sup>463</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 214.

<sup>464</sup> RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 9.

<sup>465</sup> RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 84-85.

como legítima por parte da doutrina com suporte nos princípios constitucionais, é proscriita por outros argumentos jurídicos, conforme visto.

A singularidade desta, que lhe acomete de tanta resistência, é, certamente, sua configuração poligâmica. Conformada por ao menos três pessoas e sendo a vivência de um deles partilhada entre os lares distintos, adequado analisá-la como *um todo* na satisfação dos requisitos mínimos da conjugalidade.

Nesse viés, cabe certificar se as famílias interligadas são predicadas de afetividade, não clandestinidade, estabilidade e da manifestação de vontade de todos os envolvidos (este último sustentado pelos pilares da liberdade individual e da igualdade entre todos e pelos preceitos democráticos que reafirmam os compromissos com a tomada de decisão dialogada e com as responsabilidades que dela decorrem). Embora o exame da intenção seja tomada pela subjetividade, na união estável já é exigido tal desvelo, não sendo, portanto, uma novidade para o direito.

Pois bem, se por um lado há o princípio da monogamia na condição de ordem pública, objetivado nas normas jurídicas que estabelecem os impedimentos matrimoniais e a impossibilidade de reconhecimento da união informal, referendado pelo STF, por outro, há a autonomia para condução das conjugalidades, compatibilizada com as premissas democráticas e, portanto, admitida pelos princípios da liberdade e da igualdade (incompatíveis com a submissão), e da solidariedade, que alerta sobre os deveres.

Nas famílias paralelas interligadas, condicionadas aos assentimentos de todos os envolvidos, a solução da tensão entre os princípios da monogamia e da liberdade individual deve ponderar, diante do caso concreto, a historicidade do direito de família e as renovações de suas bases jurídicas, para que os princípios ético-jurídicos “não sejam sufocados por regras de aplicação mesquinha ou anacrônicas”<sup>466</sup>, como ressalta o Professor Fábio Konder Comparato quando traça a distinção entre aquelas normas, posto que, conforme assentado por Gustavo Zagrebelsky, um direito por princípios melhor se adéqua à sociedade plural hodierna, que pode definir seus valores inapreciáveis, equilibrados por meio da ponderação<sup>467</sup>.

---

<sup>466</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 511.

<sup>467</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 125-126.

Essa concepção, ao *afetivistas*, pode ser considerada demasiadamente cautelosa; por seu turno, aos *monogamistas* pode parecer extremamente renovadora. Algo parece certo concluir: está em caminho das duas posições. Estabelece que *dentro* das famílias sejam conciliadas as autonomias de vontade, conformadas às responsabilidades que delas decorrem. Para *fora* dela, determina que a vontade comum seja respeitada pelo ente estatal, ainda que por sua atuação do órgão jurisdicional, para realização da autonomia privada. Contudo, a conclusão, menos que categorizar o que pode ser inserido no conceito de família atual, trouxe reflexões sobre possíveis caminhos.

Pela experiência adquirida, os temas familiares que confrontam tradições jurídicas, sociais e com forte influência religiosa têm o debate iniciado no âmbito do Poder Judiciário, neste permanecendo por considerável tempo.

Nesse raciocínio:

¿Cuál es hoy el espíritu del tiempo? De aquel lejano mundo nos llega, clara, la indicación de que hay que buscar em todas las direcciones posibles la respuesta a este interrogante para tratar de comprender como se mueven y qué direcciones y con qué intensidad, el sistema de las leyes y el sistema de la vida real familiar<sup>468</sup>.

---

<sup>468</sup> Em tradução livre: Qual é o espírito da época hoje? A sugestão é a de que a resposta a essa questão deve ser buscada em todas as direções possíveis, a fim de compreender os movimentos e direções, bem como a intensidade do sistema de leis e da vida real da família. RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 18.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de *O espírito das leis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, fev. 2008. p. 54.
- AMARAL, Ana Paula Martins; AMORIM, Ellen Cris Rocha. A Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – como fruto dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e sua condenação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Justiça do Direito*, v. 29, n. 2, p. 179-197, 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 273-299.
- ARAÚJO, Fabiola Souza; RESENDE, Ana Catarina Zema de. Pensão por morte e poligamia indígena: retribuição ou reconhecimento? Artigo apresentado no XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/C453F22ZmlD7QvK8.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Organização de Luiz Werneck Viana, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos. Rio de Janeiro, nov. 2018.
- ATTIÉ JÚNIOR, Alfredo. *Montesquieu: tópica das paixões e estilo “moraliste”*. Lisboa: Chiado Books, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5610647/mod\\_resource/content/1/05.1%20%C3%81%20VILA-%20Humberto%20Fundamentos%20do%20Estado%20Constitucional.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5610647/mod_resource/content/1/05.1%20%C3%81%20VILA-%20Humberto%20Fundamentos%20do%20Estado%20Constitucional.pdf). Acesso em: 9 dez. 2020.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: FAMÍLIA E DIGNIDADE HUMANA. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/42.pdf#:~:text=%C3%89%20uma%20liberdade%20constitucional.,cujo%20C2%A7%20o%20do%20art.&text=Da%C3%AD%2C%20por%20que%20o%20direito,fatos%20que%20o%20direito%20protege>. Acesso em: 6 dez. 2020.
- BARROS, Sérgio Resende de. *O direito ao afeto*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>. Acesso em: 6 dez. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 2.

BIGAMIA. In: *Michaelis*: dicionário brasileiro da língua portuguesa. Online. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=amRB>. Acesso em: 15 out. 2021.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Concubinato*: família natural. Direitos da concubina. Investigação de paternidade. Guarda de filhos. Acidentes do trabalho e Previdência. Outros efeitos da união livre. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade*: e outros escritos morais. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade, para uma teoria geral da política*. 4. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O direito ao esquecimento*: uma lacuna na LGPD. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5766181/mod\\_resource/content/1/01%20Direito%20ao%20esquecimento%20LGPD-%20Elza.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5766181/mod_resource/content/1/01%20Direito%20ao%20esquecimento%20LGPD-%20Elza.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 509-533, jan./dez. 2010.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Junior. 1990. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

BOITEUX, Elza. Variações sobre o conceito de equidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). *Filosofia e teoria geral do direito*: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011. 321-345.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. Tradução de Maria Helena Kuhner. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRITO, Laura Souza Lima e. *Liberdade e direitos humanos: um estudo sobre a fundamentação jusfilosófica de sua universalidade*. Orientadora: Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux. 2010. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?*. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito – Estudos e Documentos de Trabalho*, São Paulo: Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, p. 5-23, 2011.

CAHALI, Francisco. Prefácio. In: ROSA, Conrado Paulino da. *I family: um novo conceito de família?*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAHALI, José Francisco. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A felicidade somos nós: pessoa, contrato e matrimônio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito da família*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de; MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. A comunidade familiar. In: OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Textos de direito da família*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: [http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-h5.dd/files/Textos\\_de\\_Direito\\_da\\_Familia.pdf](http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-h5.dd/files/Textos_de_Direito_da_Familia.pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTI FILHO, José Paulo. Primeiras lições de democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 601-606.

CEZÁRIO, Vanessa Cardoso. *Autoridade na família democrática: crianças, “sujeitos políticos”?*. Orientador: Rinaldo Voltolini. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-18122015-093137/pt-br.php>. Acesso em: 6 dez. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONCUBINATO. *Michaelis*: dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=concubinato>. Acesso em: 6 dez. 2020.

COOPER, David. *A morte da família*. Tradução de Jurandir Craveiro. Revisão de Margarida M. C. Oliva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Educação e preparação para a cidadania. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república*: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 323-345.

DE CICCIO, Maria Cristina. Prefácio. In: PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DE TILIO, Rafael. Marcos legais internacionais e nacionais para o enfrentamento à violência contra as mulheres: um percurso histórico. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, v. 2, n. 1, p. 68-93, 2012.

DELGADO, Mário Luiz. Divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 639-691.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafont, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentido, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

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

FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 6.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Argumentação jurídica*. Barueri: Manole, 2014.

Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5674751/mod\\_resource/content/1/Tercio%20Argumenta%C3%A7%C3%A3o%201.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5674751/mod_resource/content/1/Tercio%20Argumenta%C3%A7%C3%A3o%201.pdf). Acesso em: 9 dez. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, p. 1-17, out./dez. 1994. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v198.1994.46407>.

Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46407/46734>. Acesso em: 6 dez. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. 14. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s. d.].

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 3.

HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 17-27, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 153-167, jan./dez. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Diretivas antecipadas de vontade – DAVs*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/620505047/diretivas-antecipadas-de-vontade-artigo-da-professora-giselda-hironaka>. Acesso em: 15 abr. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Dos filhos havidos fora do casamento*. IBDFAM. 13 de novembro de 2011. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/17/Dos+filhos+havidos+fora+do+casamento>. Acesso em: 15 abr. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 199-219, jan./dez. 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 27-94.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. Conferência de encerramento proferida em 21.09.01. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL. Promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), em 25.10.2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas: visão atualizada. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Edições 34, 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Edições 70, 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João de Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LA BOËTIE, Étienne de. *Discurso da servidão voluntária*. Tradução de Casemiro Linarth. São Paulo: Martins Claret, 2009.

LAFER, Celso. *Direitos humanos: um percurso no direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

LAFER, Celso. *Filosofia e teoria geral do direito: um percurso no direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3.

LEME, Lino de Moraes. As transformações do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 49, p. 166-179, 1954. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66204/68814>. Acesso em: 6 dez. 2020.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização dos institutos fundamentais do direito civil. *Gen Jurídico*, 29 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/29/constitucionalizacao-do-direito-civil/>. Acesso em: 15 out. 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5: Famílias.

LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 12, p. 40-55, 2002.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 144-159.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. v. 1: Das origens à escola histórica.

MADALENO, Rolf. *A união (ins)estável* (relações paralelas). Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-uniao-ins-estavel-relacoes-paralelas>. Acesso em: 15 maio 2021.

MINISTRO Edson Fachin (STF) comenta como as mudanças na família afetam o Judiciário. [Entrevista]. *Revista IBDFAM*, n. 23, out./nov. 2015.

MONTAIGNE, Michel. *Ensayos de Montaigne seguidos de todas sus cartas conocidas hasta el día*. De tres comercios. Libro III, cap. III. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcqz259\\_](http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcqz259_). Acesso em: 15 maio 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Disponível em: <http://www.hartford-hwp.com/archives/60/135.html>. Acesso em: 15 maio 2021.

MORATO, Antônio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, p. 95-120, jan. 2003. DOI:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v98i0p95-120>. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67581/70191>. Acesso em: 4 nov. 2019.

NEDER CERZETTI, Sheila Christina *et al.* *Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?*. São Paulo: Cátedra Unesco de Direito à Educação – Universidade de São Paulo (USP), 2019. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367420.locale=en>. Acesso em: 18 jul. 2020.

NESTA terra há um grande pecado. De: Manuel da Nóbrega Para: Simão Rodrigues de Azevedo. Bahia, 9 de agosto de 1954. *Correio IMS*. Disponível em: <https://www.correioims.com.br/carta/nesta-terra-ha-um-grande-pecado/>. Acesso em: 15 maio 2021.

OLIVEIRA, Euclides de. *A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar*. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/13.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

OLIVEIRA, Euclides de. *União estável, do concubinato ao casamento*. 5. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Euclides. Agora é súmula: bem de família abrange imóvel de pessoa solteira. *IBDFAM*, 20 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/459/Agora+%C3%A9+S%C3%BAmula%3A+Bem+de+Fam%C3%ADlia+abrange+Im%C3%B3vel+de+Pessoa+Solteira>. Acesso: 15 abr. 2021.

PALMA, Juliana Banacorsi de *et al.* Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 99-128.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5: Direito de família.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 197-247.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5610639/mod\\_resource/content/1/3.3%20PERELMAN%2C%20Chaïm%20-%20Ética%20e%20Direito%20473-516.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5610639/mod_resource/content/1/3.3%20PERELMAN%2C%20Chaïm%20-%20Ética%20e%20Direito%20473-516.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 460-489.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Variações 2*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2003.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, p. 22-30, 1998. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod\\_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

RODOTÀ, Stefano. *Derecho de amor*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Editorial Trotta, 2019.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, mar. 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Meritum*, v. 5, n. 2, p. 13-52, 2010. Disponível em: <http://fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>. Acesso em: 5 de set. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSA, Conrado Paulino. *iFamily: um novo conceito de família?*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 2. ed. 2. tir. Leme: Edijur, 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Orientador: Luiz Edson Fachin. 2003. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/59793>. Acesso em: jul. 2020.

SAFERNET BRASIL. *Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos*. Última atualização em 10 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil*. Continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. VIII: Direito de família.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e abertura material do catálogo de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (coord.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 521-547.

SARNEY, José. Apresentação. In: PASSOS, Edilenice; OLIVEIRA, João Alberto de. *Memória legislativa do Código Civil: quadro comparativo*. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 1. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v1\\_ed1.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares*. Disponível em: [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias\\_simultaneas.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/familias_simultaneas.pdf). Acesso em: 6 dez. 2020.

SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (comp.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 237-254.

SENISE, Irineia Maria Braz Pereira. *Formação de Estados federados*. 2011. Orientador: Sérgio Resende de Barros. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tdc-12092012-152420/publico/Dissertacao\\_de\\_Mestrado\\_Irineia\\_Maria\\_Braz\\_Pereira\\_Senise.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tdc-12092012-152420/publico/Dissertacao_de_Mestrado_Irineia_Maria_Braz_Pereira_Senise.pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso da. O Estado é protetor e não tutor da família [Entrevista]. *Revista IBDFAM*, n. 27, jun./jul. 2016.

SILVA, Marcos Alves da. A monogamia em questão: repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea. In: IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anais*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/297.pdf#:~:text=A%20monogamia%20n%C3%A3o%20pode%20ser,a%20liberdade%20de%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20de>. Acesso em: 15 maio 2021.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Marcos Alves da. Estado, laicidade e liberdade. *Revista Instituto Brasileiro de Direito de Família*, edição 27, jun./jul. 2016. p. 12.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47 p. 205-225, jul./dez. 2015. <https://doi.org/10.17808/des.47.605>. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÃO, José Fernando. Sim, eu tinha razão e o STF confirmou que não há famílias paralelas no Brasil. *Conjur*, 20 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-20/processo-familiar-stf-confirma-nao-familias-paralelas-brasil>. Acesso em: 15 maio 2021.

SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STUART MILL, John. A sujeição das mulheres. *Gênero*, Niterói, v. 6, n. 2 – v. 7, n. 1, p. 181-202, 1./2. sem. 2006.

TARTUCE, Flávio. *União estável e namoro qualificado*. Migalhas, 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/277227/uniao-estavel-e-namoro-qualificado>. Acesso em: 15 maio 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 547-572.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, abr./jun. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *E-GOV – Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade para amar, solidariedade nas famílias. *Jusbrasil*, 2016. Publicado por Flávio Tartuce. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/369169388/liberdade-para-amar-solidariedade-nas-familias>. Acesso em: 20 set. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 17-35.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

TOMELIN, Georghio. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

AIDAR, Antônio Ivo. SILVA, Ana Gabriela López Tavares da. União estável e concubinato. [Definições] Trecho da sinopse da obra *Prática no direito de família: alimentos, regime de bens, união estável e concubinato*, de Antônio Ivo Aidar e Ana Gabriela López Tavares da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2011. *IBDFAM*, Publicações, [s. d.]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/livros/detalhes/355/Pr%C3%A1tica%20no%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%20-%20Alimentos,%20Regime%20de%20Bens,%20Uni%C3%A3o%20Est%C3%A1vel%20e%20Concubinato>. Acesso em: 6 dez. 2020.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. *Jornal O Liberal*, Belém do Pará, p. 11-12, 22 maio 1999. Disponível em: <https://www.oliberal.com/belem?q=zeno+veloso+1999&page=>. Acesso em: 6 dez. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 135-193.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*. Organização Conpedi-UFS. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 446. *E-book*. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/zwSy00m4p9262yCi.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. [Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.] 1. ed. 1. reimpr. Madrid: Editorial Trotta, 2019.

## Legislação

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 309/2021. Autor: José Nelto – PODE/GO. *Acréscie dispositivos à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir causa impeditiva de caracterização e reconhecimento de união estável*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2269700>. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências – Corregedoria n. 0001459-08.2016.2.00.0000. Ministro relator: João Otávio de Noronha. Sessão: 48ª Sessão extraordinária. Data do julgamento: 26.06.2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica – MNE e dá outras providências. *DJE*, edição n. 100/2020, de 26 maio 2020. p. 2.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *DJE/CNJ* n. 89/2013, de 15 maio 2013. p. 2.

BRASIL. Consolidação das Leis Civis, de 1858. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 (Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Civil). Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496206/000653866\\_V1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496206/000653866_V1.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: DF, Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. *Código Penal do Império*.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 15 maio 2021.



BRASIL. Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010. *Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal*. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm). Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.304, de 7 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, [...]*. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. [Revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. *Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília, DF: Presidência da República, [1962]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. *Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos*. Brasília, DF: Presidência da República, [1949]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. *Regulamenta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal*. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm). Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 470, de 2013. *Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências*. Autoria: Senadora Lídice da Mata (PSB/BA). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 3.799, de 2019. *Altera o Livro V da Parte Especial da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha*. Autoria: Senadora Soraya Thronicke (PSL/MG). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 6 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”, de 9 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 15 maio 2021.

STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO. *Codice di Diritto Canonico*. Disponível em: [http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic\\_index\\_it.html](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_it.html). Acesso em: 20 set. 2019.

## Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 50. Premissa n. 2. Brasília, 11 de fevereiro de 2016. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf). Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal – STJ. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 50. Tese n. 4. Brasília, 11 de fevereiro de 2016. “Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas”. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf). Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 50. Tese n. 5. Brasília, 11 de fevereiro de 2016: “A existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados”. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf). Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.263.015/RN*. Terceira Turma. Relatora Ministra Min Nancy Andrighi. Julgado em 19.06.2012. DJe 26.06.2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271865/recurso-especial-resp-1263015-rn-2011-0143716-0-stj/inteiro-teor-22271866>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 605.338*. Julgado em 06.09.2005. DJe 06.09.2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7196104/recurso-especial-resp-605338-mt-2003-0198252-9/inteiro-teor-12944503>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 674.176/PE*. Sexta Turma. Ministro Relator Nilson Naves. Julgado em 17.03.2009. DJe 31.08.2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061409/recurso-especial-resp-674176-pe-2004-0099857-2-stj/relatorio-e-voto-12195070>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 742.685/RJ*. Quinta Turma. Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 04.08.2005. DJe 05.09.2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7203146/recurso-especial-resp-742685-rj-2005-0062201-1-stj/relatorio-e-voto-12951700>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 789.293/RJ*. Terceira Turma. Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 16.02.2006. DJ 20.03.2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173239/recurso-especial-resp-789293-rj-2005-0165379-8/inteiro-teor-12903550>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 813.175/RJ*. Quinta Turma. Ministro Relator Felix Fischer. Julgado em 23.08.2007. DJe 29.10.2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19199553/recurso-especial-resp-813175-rj-2006-0018087-9/inteiro-teor-19199554>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 872.659/MG*. Terceira Turma. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Julgado em 25.08.2009. DJe 19.10.2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5946835/recurso-especial-resp-872659-mg-2006-0103592-4-stj/relatorio-e-voto-12081325>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 912.926/RS*. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 22.02.2011. DJe 07.06.2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866331711/recurso-especial-resp-912926-rs-2006-0273843-6/inteiro-teor-866331721?ref=feed>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 931.155/RS*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 07.08.2007. DJe 20.08.2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15608/recurso-especial-resp-931155-rs-2007-0046735-6/inteiro-teor-100024928>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.047.538/RS*. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 04.11.2008. DJe 10.12.2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2206463/recurso-especial-resp-1047538-rs-2008-0077834-2/inteiro-teor-12225165>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.096.539/RS*. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 27.03.2012. DJe 25.04.2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21597875/recurso-especial-resp-1096539-rs-2008-0217038-7-stj/inteiro-teor-21597876>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.104.316/RS*. Sexta Turma. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 28.04.2009. DJe 18.05.2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4137223/recurso-especial-resp-1104316-rs-2008-0238547-7/inteiro-teor-12213033>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.107.192/PR*. Terceira Turma. Ministro Relator Massami Uyeda. Julgado em 20.04.2010. DJe 27.05.2010.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14481267/recurso-especial-resp-1107192-pr-2008-0283243-0-stj/relatorio-e-voto-14481269>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.114.490/RN*. Quinta Turma. Ministro Relator Jorge Mussi. Julgado em 19.11.2009. DJe 01.02.2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8611026/recurso-especial-resp-1114490-rs-2009-0078683-0/inteiro-teor-13678072>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.185.337/RS*. Terceira Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 2015. DJe 31.10.2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863887391/recurso-especial-resp-1185337-rs-2010-0048151-3/inteiro-teor-863887398>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.185.653*. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgado em 07.12.2010. DJe 01.03.2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126819/recurso-especial-resp-1185653-pe-2010-0047138-7-stj>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.157.162/DF*. Terceira Turma. Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 19.04.2016. DJe 26.04.2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339934416/recurso-especial-resp-1157162-df-2009-0172085-6/relatorio-e-voto-339934471?ref=serp>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.157.273/RN*. Terceira Turma. Julgado em 18.05.2010. DJe 07.06.2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14339099/recurso-especial-resp-1157273-rn-2009-0189223-0/inteiro-teor-14339100>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.348.458/MG*. Terceira Turma. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Julgado em 08.05.2014. DJe 25.10.2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178200/recurso-especial-resp-1348458-mg-2012-0070910-1-stj/inteiro-teor-25178201>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.628.701/BA*. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 07.11.2017. DJe 17.11.2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521875830/recurso-especial-resp-1628701-ba-2016-0229437-4/inteiro-teor-521875834>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.658.903/RN*. Quarta Turma. Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti. Julgado em 28.11.2017. DJe 04.12.2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533899537/recurso-especial-resp-1658903-rn-2016-0303616-6/relatorio-e-voto-533899562>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.754.008/RJ*. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 13.12.2018. DJe 01.03.2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858567853/recurso-especial-resp-1754008-rj-2018-0176652-5/inteiro-teor-858567863?ref=serp>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n. 1.810.926/RN*. Segunda Turma. Ministro Relator Herman Benjamin. Julgado em 25.06.2019. DJe 01.07.2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859189756/recurso-especial-resp-1810926-rn-2019-0116033-1/inteiro-teor-859189856?ref=serp>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 364*. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012\\_32\\_capSumula364.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 50. Brasília, 11 de fevereiro de 2016. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf). Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275/DF*. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF*. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*. Tribunal Pleno. Ministro Relator Celso de Mello. Julgado em 13.06.2019. Data de publicação: 06.10.2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939911266/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-26-df-9996923-6420131000000?ref=serp>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF n. 132/RJ*. [ADI 4.277 e ADPF 132]. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Especial n. 1.183.378/RS*. Quarta Turma. Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 25.10.2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n. 397.763*. Primeira Turma. Ministro Relator Marco Aurélio. Julgado em 03.06.2008. DJe 12.09.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90310>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n. 590.779/ES*. Primeira Turma. Ministro Relator Marco Aurélio. Julgado em 10.02.2009. DJe 26.03.2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3258605/recurso-extraordinario-re-590779-es>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n. 645.762*. Segunda Turma. Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 02.08.2011. DJe 19.08.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2602629&numeroProcesso=580963&classeProcesso=RE&numeroTema=312>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n. 656.298*. Plenário. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 08.03.2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629340/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-rg-are-656298-se-sergipe/inteiro-teor-311629350>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n. 883.168/SC*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4757390&numeroProcesso=883168&classeProcesso=RE&numeroTema=526>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n. 846.102/PR*. Ministra Relatora Cármen Lúcia Antunes Rocha. Brasília, DF: 5 de março de 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n. 898.060/SP*. [RE 898.060 e Repercussão Geral 622]. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n. 1.045.273/SE*. Plenário. Ministro Relator Alexandre de Moraes. Sessão virtual no período de 11.12.2020 a 18.12.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5181220>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Súmula 380*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Súmula Vinculante 10*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Processo n. 2004.31.00.000799-6*. Nova numeração: 0000799-51.2004.4.01.3100. Procedimento Comum Cível. 1ª Vara de Macapá-AP. Juiz Anselmo Gonçalves da Silva. Data de autuação: 02.07.2004. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 14 maio 2021.

## APÊNDICE

### Considerações sobre as escolhas metodológicas

Neste apêndice será explicitada a metodologia que deu aporte ao desenvolvimento do trabalho, tendo as escolhas sobre o *tipo de pesquisa* e os *métodos de investigações* sido orientadas pelo objetivo proposto.

Com o propósito de refletir sobre os elementos que integram o conceito jurídico da família do século XXI, a análise foi desenvolvida com base em um suporte teórico, pressupondo o manejo de material bibliográfico. No entanto, não se tratou de pesquisa exclusivamente teórica, mas lastreada em uma base de estudo empírico, centrado na análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Na revisão bibliográfica, três foram os propósitos: (i) apresentar os referenciais teóricos utilizados que dessem suporte conceitual aos temas e situar o ponto de partida; (ii) compreender as ideias centrais dos temas; (iii) conectar as soluções teórico-doutrinárias às divergências jurisprudenciais.

A pesquisa de jurisprudência foi orientada por uma metodologia construída para responder às perguntas por meio da análise de julgados. O método foi desenvolvido sob três aspectos: a delimitação do objeto de pesquisa; a forma de composição da amostragem; a análise da amostra.

A combinação dos métodos (revisão bibliográfica e pesquisa de jurisprudência) contribuiu com o resultado, posto que a pesquisa de jurisprudência acrescentou realidade ao trabalho e a revisão bibliográfica trouxe a segurança que o referencial teórico representa.

A pesquisa de jurisprudência analisou decisões sobre as *famílias paralelas*, com o intuito de levantar os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, nos acórdãos proferidos nos recursos extraordinários e especiais, respectivamente, entre a data de início da vigência do Código Civil atual, 11 de janeiro de 2003, e 27 de dezembro de 2020. Os recortes mencionados compuseram a amostra pesquisada.

Os julgados foram acessados remotamente por meio dos acervos eletrônicos dos Tribunais disponíveis na rede mundial de computadores. Foram necessários vários ajustamentos sobre o modo de filtrar a busca, adequando os parâmetros e as palavras-chave em variadas tentativas.

Para triagem dos julgados do STJ foi usada a sua base eletrônica de jurisprudência (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>), tendo a pesquisa sido realizada entre os meses de março e

dezembro de 2020. Especificamente a consulta ocorreu nos campos *pesquisa livre de jurisprudência e pesquisa em teses*.

Inicialmente, os termos pesquisados foram escolhidos com base nas nomenclaturas mais utilizadas pela doutrina. Assim, os termos “família”, “união estável” e “casamento” foram conjugados com as palavras “simultânea”, “paralela” e “concomitante”.

Durante as buscas, notou-se que o termo “concubinato” era bastante referenciado e muitos dos julgados versavam sobre o direito à “pensão previdenciária” do *de cujus* que mantinha relação concomitante, o que levou por integrar à busca as expressões “pensão por morte” conjugadas com “companheira”, “cônjuge” e “concubina”.

As palavras-chave utilizadas foram muitas, posto que a ideia era buscar o máximo de julgados colegiados, tendo sido empregadas: “família paralela família simultânea família concomitante” (2 resultados); “paralelismo de uniões afetivas” (3 resultados); “união estável concomitante” (21 resultados); “união estável paralela” (18 resultados); “união estável simultânea” (18 resultados); “casamento e união estável simultânea” (14 resultados); “casamento e união estável paralela” (12 resultados); “casamento e união estável concomitante” (15 resultados); “casamento e concubinato simultâneo” (9 resultados); “casamento e concubinato paralelo” (2 resultados); “casamento e concubinato concomitante” (6 resultados); “união estável e concubinato simultâneo” (9 resultados); “união estável e concubinato paralelo” (2 resultados); “união estável e concubinato concomitante” (6 resultados); “pensão por morte cônjuge e companheira” (28 resultados); “pensão por morte cônjuge e concubina” (3 resultados) e “pensão por morte companheira e concubina” (11 resultados).

Após a exclusão das decisões repetidas, no banco de amostras havia 37 recursos especiais, 41 agravos internos ou regimentais, 6 embargos de declaração, 1 medida cautelar e 1 recurso ordinário em mandado de segurança, totalizando 86 decisões.

Foi feita uma análise sintética das ementas e acórdãos a fim de excluir aquelas eventualmente não relacionadas, restando, dessa avaliação, 22 recursos especiais, 29 agravos regimentais ou internos, 2 embargos de declaração e 1 medida cautelar, totalizando 54 decisões.

Refinando a amostragem do STJ, foi realizada pesquisa no buscador *Jurisprudência em Teses*, que arrola entendimentos firmados por aquela Corte (acesso: campo *Jurisprudência em Teses*, ramo *Direito Civil*, edição n. 50, *união estável*). O resultado da busca revelou a Tese n. 4 (edição n. 50), que expressa o entendimento do Tribunal acerca das uniões plúrimas, qual seja, “não é possível o reconhecimento de uniões estáveis



simultâneas”. O acesso à *Tese n. 4* catalogou 28 acórdãos relacionados ao tema. Após análise destes, verificou-se que todos estavam integrados ao levantamento já feito, o que deu credibilidade ao levantamento.

O método para seleção das decisões do STF foi similar ao do STJ, utilizando-se de sua plataforma eletrônica de jurisprudência (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/searchtri>). A consulta ocorreu nos campos *pesquisa livre de jurisprudência*, *pesquisas prontas* e *informativo do STF*.

As palavras-chave pesquisadas no STF foram as mesmas, resultando a seguinte amostra prefacial: “família paralela família simultânea família concomitante” (3 resultados); “paralelismo de uniões afetivas” (0 resultado); “união estável concomitante” (7 resultados); “união estável paralela” (5 resultados); “união estável simultânea” (4 resultados); “casamento e união estável simultânea” (3 resultados); “casamento e união estável paralela” (4 resultados); “casamento e união estável concomitante” (5 resultados); “casamento e concubinato simultâneo” (0 resultado); “casamento e concubinato paralelo” (0 resultado); “casamento e concubinato concomitante” (0 resultado); “união estável e concubinato simultâneo” (3 resultados); “união estável e concubinato paralelo” (0 resultado); “união estável e concubinato concomitante” (4 resultados); “pensão por morte cônjuge e companheira” (12 resultados); “pensão por morte cônjuge e concubina” (4 resultados) e “pensão por morte companheira e concubina” (1 resultado).

Excluindo as decisões dúplices, no banco restaram 6 recursos extraordinários, 4 recursos extraordinários com agravo, 5 mandados de segurança e 1 agravo regimental, totalizando 16 decisões. No entanto, após uma análise sinótica das ementas e acórdãos foram afastadas as decisões não coligadas à temática, restando 6 recursos extraordinários e 3 mandados de segurança

Pesquisou-se também nos buscadores *pesquisas prontas* e *informativo do STF*. Após análise, notou-se que todos estavam integrados à composição obtida anteriormente.

Os resultados dos dois Tribunais compuseram a amostra de pesquisa, formada por 22 recursos especiais e 6 recursos extraordinários.

Definida a amostra, a etapa seguinte, de leitura e análise dos julgados, foi guiada por algumas variáveis, compreendidas como os elementos que foram analisados nas decisões.

Dividindo-se em variáveis gerais e especiais, as primeiras analisaram aspectos comuns a todos os julgados: (i) data de julgamento; (ii) resultado do julgamento; (iii) citação de regra jurídica nos votos analisados; (iv) citação de princípios constitucionais; (v) citação de julgados precedentes e (vi) citação de doutrina. Ao passo que as variáveis especiais

buscaram respostas singulares: (i) em que medida os Tribunais Superiores reconhecem ou não as uniões paralelas como entidades familiares ou lhes asseguram alguma tutela de direitos; e (ii) se os Ministros aplicam o direito civil segundo a legalidade constitucional, “relendo” o regramento ordinário segundo as diretrizes constitucionais. Nesse sentido, a análise das decisões sobre as uniões simultâneas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça foi orientada por metodologia investigativa.

Por fim, uma última percepção. A análise jurisprudencial revelou alguma dificuldade na organização das teses jurídicas, ante os diferentes argumentos lançados pelos julgadores<sup>469</sup> e a forma como o desacordo de opiniões se dispunha nos julgamentos colegiados, muitas vezes compostos por alguns votos escritos e transcrições diretas das falas e dos debates ocorridos, mas sem um texto final com uma argumentação organizada.

Notou-se que a instrumentalização do posicionamento jurídico no acórdão nem sempre se revela clara. Ao contrário, os votos trazem uma série de escritos, muitas vezes desordenados, que dificultam a percepção do real fundamento. De toda maneira, após o estudo do material que compôs a amostra, algumas teses principais foram observadas como argumentos comumente lançados nas decisões, as quais foram tratadas no desenvolvimento do trabalho.

---

<sup>469</sup> A análise crítica de José Rodrigo Rodriguez sobre a forma como decidem as cortes brasileiras adverte que as decisões judiciais no Brasil têm a característica de serem opinativas, julgando “em função da agregação de opiniões e não com base na fundamentação sistemática e racional”. Complementa que a jurisdição brasileira é personalista, admitindo e estimulando os juízes a emitirem opiniões e não decisões bem fundamentadas. Entende que há “padrões decisórios, especialmente por meio de ementas e súmulas que não incorporam a fundamentação da decisão dos problemas jurídicos de que tratam. Os acórdãos escritos dos tribunais são meros registro dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão final do tribunal. A decisão é tomada por agregação da opinião dos juízes dos órgãos colegiados e não dá qualquer destaque às razões para decidir” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 107-108).