XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

SERGIO PEREIRA BRAGA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito de família e sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Sergio Pereira Braga, Tereza Cristina Monteiro Mafra, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-306-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Curitiba/PR, entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas, em especial, aquelas controvertidas e originais, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores e as instituições de ensino superior.

Os trabalhos aprovados exploraram o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito frente à cidadania e ao desenvolvimento sustentável. Considerando a extensão do tema, o grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, concentrou sua abordagem ao âmbito familiar e aos reflexos jurídicos e sociais que dele refletem, como os direitos sucessórios.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes à advocacia colaborativa, à reprodução humana assistida, à tutela jurídica das famílias simultânea e poliafetiva, ao abandono afetivo, à adoção intuitu personae, ao imposto de renda na pensão alimentícia, à liberdade de testar, à mediação familiar, à multiparentalidade forçada, dentre outros.

Representado o maior evento de pesquisa jurídica do Brasil, o CONPEDI visa estimular a reflexão e a quebra de paradigmas relacionados aos mais diversos assuntos entre especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores. Para tanto, possibilita a apresentação de artigos, de pôsteres, assim como de palestras, buscando a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM e UNICESUMAR

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga - UNINOVE

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - FDMC

A TUTELA JURÍDICA DA FAMÍLIA SIMULTÂNEA SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE LEGAL PROTECTION OF SIMULTANEOUS FAMILY FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN DIGNITY

Janaina Helena de Freitas [1]

Resumo

A família centrada na figura patriarcal prevaleceu, tanto na sociedade, quanto em nosso ordenamento jurídico por longo período. Com o decorrer do tempo, novos arranjos familiares foram sendo formados, sendo que a legislação não acompanhou a contento tal evolução. Um desses arranjos familiares não contemplados foi a “família simultânea”. Dessa forma, necessário se investigar o que tal omissão acarreta, bem como sua possível tutela jurídica.

Palavras-chave: Direito de família, Família simultânea, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The family centered patriarchal figure prevailed, both in society and in our legal system for a long period. With the passage of time, new family arrangements were being formed, and the legislation did not follow the satisfaction this development . One such family arrangements not covered was the "simultaneous family." Thus, necessary to investigate what this omission causes and its possible legal protection .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family law, Simultaneous family, Human dignity

[1] Graduada pela Faculdade de Minas. Pós-Graduada em Processo Civil pela UNIDERP. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bolsista Capes.

INTRODUÇÃO

A família centrada na figura patriarcal reinou absoluta durante longo período da história, nos remetendo a um quadro social de conservadorismo e autoritarismo. Para que ocorresse a sua aceitação social e chancela jurídica do Estado, o vínculo afetivo deveria necessariamente ser constituído através do matrimônio. Neste cenário, as relações afetivas deveriam receber a chancela estatal para serem reconhecidas, socialmente e juridicamente. Qualquer relação fora deste cenário além de estar à margem da sociedade, não recebia a qualidade jurídica de família.

O Código Civil brasileiro de 1916 refletia o pensamento da sociedade da época, conservadora e patriarcal. Seu texto original trazia uma visão restrita de família, não proporcionando à figura feminina direitos iguais aos dos homens. O Código também tratava com discriminação filhos havidos fora da relação matrimonial e proibia o reconhecimento dos filhos nascidos de relações adúlteras (art. 358 do Código Civil de 1916[1]).

A sociedade brasileira evoluiu e a legislação percorreu um caminho parecido, apesar de ainda conservadora. A Constituição Federal de 1988 trouxe nova roupagem para todo ordenamento jurídico e, no que tange ao Direito de Família, promoveu um rompimento da ideia de hierarquização e centralização na figura paterna, prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse fenômeno proporcionou novos contornos ao Direito de Família. Supera-se, com isso, a ideia de família patriarcal, na qual a esposa e os filhos encontravam-se em posição de fragilidade e de inferioridade, consagrando a família plural e eudemonista[2], com a busca pela realização plena de seus membros, repousada na comunhão e no auxílio recíproco.

Com a alteração do modelo de família patriarcal, outras realidades familiares passam a ser debatidas e, em alguns casos, reconhecidas. Essa transformação não foi impulsionada inicialmente pelo legislador, sendo necessárias diversas decisões judiciais nesse sentido para que, a partir daí, houvesse uma adequação legislativa à realidade social.

---

[1] **Art. 358.** Revogado pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989:
Texto original: Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

[2] Eudemonismo, segundo definição do Houaiss, é a doutrina que busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual, seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade.

O antigo modelo de família ignorava qualquer outro tipo de arranjo afetivo, mormente os chamados “concubinatos”. O rompimento não amigável destas relações causou inúmeras idas ao Poder Judiciário com o objetivo de se tutelar uma situação jurídica que resguardasse direitos delas advindos. Em virtude de tal fato, os juízes foram os primeiros a reconhecerem a figura da (o) companheira (o). Posteriormente, a Constituição de 1988 passou a prever e a regular a união estável.

O reconhecimento das uniões homoafetivas percorreu caminho similar ao da união estável. O Poder Judiciário, de início, negava-lhes qualquer direito, utilizando-se como argumento a ausência de previsão legal sobre o tema. O debate chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), que, em em decisão inovadora, entendeu que o não acolhimento da união homoafetiva pelo Estado contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Só assim a união entre pessoas do mesmo sexo passou a ser reconhecida no Brasil como entidade familiar[3].

Ainda citando a antiga forma, excluíam-se da proteção jurídica estatal diversos outros arranjos familiares, a exemplo da família monoparental, formada por apenas um ascendente e descendente (s), e da família pluriparental, definida como aquela constituída após o término de relações afetivas (reconstituídas ou recompostas). Apesar da evolução e destes citados arranjos passando a ser reconhecidos como unidades familiares, ou seja, a realidade jurídica acompanhando a fática, o mesmo não foi constado no que tange a outros arranjos familiares fáticos.

A Constituição brasileira de 1988 não mais prevê o matrimônio como elemento constitutivo obrigatório da unidade familiar. Nesse aspecto, e diante desse cenário de mudança paradigmática relatado, encontra-se a ideia de família simultânea.

A simultaneidade familiar consiste na situação em que um indivíduo, em mesmo espaço de tempo, compõe dois ou mais núcleos familiares. Trata-se de uma realidade frequentemente presente em nossa sociedade. Não há maiores discussões e problemáticas acerca da simultaneidade familiar sob o aspecto das relações de filiação. A polêmica repousa nos arranjos

[3] O Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade de votos, julgou procedente a ADPF n 132 (como ação direta de inconstitucionalidade) e a ADIN n 4.277, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para dar ao art. 1.723 do CC interpretação conforme a CF para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (DOU de 13.05. 2011).

afetivos sob o ponto de vista da conjugalidade, havendo grandes discussões doutrinarias e jurisprudenciais a respeito do tema.

No campo jurisprudencial encontram-se, em particular, as maiores divergências acerca do reconhecimento e da proteção dos direitos da família simultânea. Alguns juízes singulares e alguns Tribunais de Justiça já sinalizam, mesmo que ainda de forma minoritária, para a salvaguarda de direitos, porém o mesmo não ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

A jurisprudência fundamenta o não reconhecimento da família simultânea principalmente na inexistência de previsão legislativa, repousando seu argumento muitas vezes na diferença existente entre os institutos do casamento, da união estável e do concubinato[4] e na ausência de proteção ao último.

Para este trabalho, utilizará como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscando posicionar a realidade fática do arranjo familiar denominado "família simultânea" no mundo jurídico. No capítulo inicial será tratado como a chamada "constitucionalização do direito civil" irradiou reflexo sobre o direito de família, especialmente no que tange à conjugalidade e a consagração da família fundada no afeto. No capítulo dois será posicionada a família simultânea, trazendo a realidade fática com contraponto à jurídica, será traçada as problemáticas e requisitos deste arranjo familiar. No capítulo seguinte será investigado se a falta de posicionamento favorável do Poder Judiciário, especialmente os tribunais superiores, bem como a mora do Poder Legislativo em proporcionar a tutela jurídica às famílias simultâneas, estão desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

O tema é relevante, principalmente por ser algo que constantemente é trazido para a análise do Poder Judiciário. O objeto de nossa atual preocupação acadêmico-científica encontra-se na ausência de tutela jurídica das famílias simultâneas e suas implicações, bem como na possibilidade de identificação do seu conceito na esfera normativa da Constituição Federal de 1988.

[4] Nesse sentido destaco os seguintes acórdãos: RESP 532.549-RS, RESP 684.407, RESP 631.465-DF, RE 81.707-RJ, RE 103.775-RS, RE 590779.

1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

Com o advento da Constituição de 1988, matérias que antes eram restritas à legislação infraconstitucional passaram a ser expressamente disciplinadas. Dessa forma, tais assuntos não mais poderiam ser visualizados sem as lentes do direito constitucional, especialmente no que tange aos princípios explícitos pela Carta Magna. Aponta-se que a partir deste movimento, não mais deveria haver a distinção entre direito público e privado no que tange à proteção e tutela de direitos.

Tal movimento foi nomeado como "constitucionalização do direito privado" e no que tange o objetivo deste trabalho, constitucionalização do Direito Civil. Tal movimento proporcionou novos contornos ao Direito de Família, alterando a forma como se deveria ser visualizado o tema e elevando a família à proteção constitucional.

Para muitos doutrinadores a constitucionalização se confunde com a chamada publicização do direito civil, mas são questões diversas. A publicização pode ser caracterizada como a maior interferência estatal em alguns temas de direito privado, enquanto a constitucionalização dos direitos tem como característica a irradiação de princípios constitucionais para estes ramos. Barroso (2004, pág. 44) abordou o tema trazendo para discussão a questão dos princípios da Ordem Constitucional:

> A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional

Dessa forma, os princípios constitucionais tiveram (e ainda tem) muita importância no que tange à compreensão e aplicação do direito civil e isso atingiu de sobremaneira o direito de família. Dessa forma, não há mais como pensar o direito de família exclusivamente com o viés

positivista, é necessário se ir além e interpretar o ordenamento jurídico de forma a prestigiar os princípios constitucionais.

A família passou a ser vista sob a ótica da Constituição e não mais deveria prevalecer, de forma absoluta, o caráter eminentemente privado que sempre regeu suas relações. Neste ponto, nota-se um certo desapego de questões biológicas e uma aproximação ao afeto.

Neste ponto é oportuno introduzir a questão, hoje já pacificada, da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. A ideia inicial era de que a eficácia direta dos direitos fundamentais era oponível apenas em face do Estado, visando garantir a proteção do indivíduo contra o poderio Estatal. Com a evolução do tema e superando a perspectiva estritamente liberal, que considerava que o Estado não deveria intervir em relações eminentemente privada, passou o indivíduo a ter proteção contra violações que partissem de outro indivíduo.

A concepção da eficácia de direitos fundamentais entre particulares encontra albergue na argumentação de que estes direitos constituem normas que expressam valores aplicáveis para toda norma jurídica e isso decorreria em razão da aplicação de dois princípios: do princípio da unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição. Por tais razões, não se poderia afastar o Direito Privado da influência direta dos princípios e regras constitucionais (SARLET, 2000, pág. 121).

Facchini Neto (2006, pág. 46, ss), traçando uma oposição com o modelo liberal clássico, apontou que o constitucionalizamos contemporâneo atribuiu à Constituição uma função modeladora das relações sociais e econômicas. Deste fato, defendeu que a Constituição deveria ser aplicada diretamente também às relações interprivadas, pelo menos quando a controvérsia fática não pudesse ser resolvida apenas com base na lei, seja por lacuna ou por uma solução aparentemente injusta.

Se antes o casamento era a única e exclusiva forma de família, o mesmo não pode ser dito nos tempos atuais. Questiona-se, pois, acerca da abrangência atribuída pelo Constituinte ao conceito de família. Se, ao elencar no art. 226 da CRFB/88 o casamento, a união estável e a família monoparental, teria o feito de forma taxativa ou exemplificativa. Parte da doutrina, não obstante, tem considerado exemplificativo o rol de arranjos familiares previsto no referido dispositivo. Nesse sentido sintetizou bem Lôbo (2002, pág. 94):

> A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo "também" nela contido. " Também" tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto. Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput.* Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.

A par dessa discussão, considerando que a doutrina contemporânea se inclina no sentido de reconhecer como exemplificativo o rol do art. 226 da CRFB/88, questiona-se acerca do tratamento jurídico despendido a outros arranjos familiares e, de forma especial, às famílias simultâneas. Neste ínterim, impossível dissociar a constitucionalização do direito civil da problemática envolvendo a falta de tutela jurídica para certos arranjos familiares.

2 – FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS: PARÂMETROS E PROBLEMÁTICA

As alterações na concepção e estrutura consolidadas pelo Constituinte de 1988, que suprimiu o matrimônio como única e exclusiva forma de constituição de família, possibilitou uma interpretação no sentido de se reconhecer o pluralismo familiar pelo ordenamento constitucional. Todavia, atualmente vive-se um descompasso entre as garantias fundamentais da Constituição da República com a tutela de situações sociais concretas.

Superada a fase de exclusividade matrimonial, prevalece no campo social e jurídico a ideia de família eudemonista, não mais pautada na centralização patriarcal. Das desigualdades que anteriormente circundavam o conceito tradicional de família, a Constituição afastou, por exemplo, as existentes entre homens e mulheres e entre pais e filhos, deixando em aberto a possibilidade de novas formulações (MORAES, 2008, pág. 29-41), como ocorrido posteriormente no tratamento despendido pela jurisprudência às famílias homoafetivas.

Com a abertura constitucional propícia à formulação de novos arranjos familiares, além do rol exemplificativo do conceito de família, reconhecido inclusive em decisão do Supremo Tribunal Federal, [5] abre-se a possibilidade para o reconhecimento do fenômeno da

[5] ADPF 132

simultaneidade familiar. O voto do Ministro Luiz Fux, invocando a teoria dos deveres de proteção, trouxe relevantes considerações sobre o tema e abriu espaço para que novos arranjos familiares, não expressamente previstos, sejam reconhecidos pela ordem jurídica:

> "De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. Vale dizer, um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que disporiam de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva. Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional. O que, então, caracteriza, do ponto de vista ontológico, uma família? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não. O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

O voto supra transcrito deixa claro que uma família não é, unicamente, unida por laços sanguíneos. Pode-se visualizar, no voto em apreço, o emprego evolutivo das garantias institucionais. Nos momentos históricos, tem-se no extrato da interpretação constitucional, institutos que não representariam uma inovação, mas que resultaria da melhor compatibilização da liberdade individual com garantias constitucionais. Tal fato mostra um equilíbrio entre o direito e a afirmação da identidade individual com a necessidade de coexistência em sociedade (PORTELA, 2015, pág. 136)

Traçados estes pontos, caracteriza-se a família simultânea como aquela em que há relacionamentos conjugais simultâneos ou em paralelo, todos com o intuito de constituir família e sem que haja clandestinidade.

A temática revela-se complexa e desafiante. A situação não guarda semelhança com situações em que a sociedade civil, mídia e Igreja concluam a atuação do Estado, seja ao Poder Legislativo ou Executivo. Neste assunto em particular, não há grande apoio destas citadas entidades para a regularização e reconhecimento jurídico da simultaneidade familiar. As

mudanças na estrutura e valores da família foram chanceladas pelo Constituinte, que retirou do matrimônio a única forma de reconhecimento de unidade familiar, permitiu uma interpretação sistemática da Constituição. (FERRARINI, 2010, pág. 87).

Agora busca-se o reconhecimento do pluralismo também na ordem familiar, com a adição de novos arranjos e se antes o matrimônio era a única forma de reconhecimento, hoje é possível ir além e introduzir novas realidades. Não é salutar apontar um rol exaustivo sobre o tema, sob pena de engessamento do próprio sistema de reconhecimento, mas também é necessário se estabelecer alguns vetores para que não ocorra banalização do instituto.

Para tanto, importante estabelecer critérios específicos que permitam a tutela jurídica do Estado. A doutrina já se preocupou em formular alguns requisitos para melhor identificação da família simultânea, a exemplo da afetividade, da estabilidade e da ostentabilidade, como bem retrata Ruzyk (2005, pág.183):

> Em outras circunstâncias, a simultaneidade de conjugalidades, poderá ser verificada no âmbito de relações não matrimonializadas, podendo ser, mesmo assim, apreensível pela porosidade do direito. Isso não significa, de outro lado, que toda simultaneidade de relações conjugais ingresse no âmbito de incidência do direito de família, nem, tampouco, que todas elas ensejem efeitos jurídicos em qualquer circunstância. (...) Assim se dá porque a família como situação de fato apresenta alguns caracteres estruturais, já explicitados a partir das reflexões de Paulo Netto Lôbo, que dize respeito à afetividade, estabilidade e ontentabilidade. Diante desses caracteres, pode-se sustentar de plano, a exclusão dos relacionamentos esporádicos do âmbito das relações familiares, uma vez que não apresentam o sentido de comunhão de vida inerente à família, haja vista o fato de não se apresentarem como estáveis.

A afetividade é um reflexo importante da consagração da família eudemonista, sendo que aspectos formais como o nome e biológicos representados pelo sangue foram paulatinamente cedendo espaço para o afeto, respeito e amor. A estabilidade também deve ser verificada no caso concreto, evitando assim que relações frugais sejam confundidas com o desejo de se constituir uma família. Não se busca neste ponto a determinação de um período de tempo fechado para o reconhecimento da família, mas sim a verificação de que naquela questão fático jurídica havia o intuito de se formar uma família.

A efetividade e estabilidade são importantes aspectos, mas é na ostentabilidade que se visualiza o ponto chave do reconhecimento da simultaneidade familiar. A última característica apontada deve ser lida como “ausência de clandestinidade” e não ocultação do relacionamento

familiar. Portanto, relacionamento preenchidos com afeto e estabilidade, mas mantidos fora dos olhos da sociedade não podem ser reconhecidos como família.

Aqueles que mantém relacionamentos clandestinos não buscam o reconhecimento público do afeto, pelo contrário, o objetivo é ocultar a relação dos olhos da sociedade. Não se configuraria, portanto, uma realidade apta ao reconhecimento jurídico como entidade familiar. Não significa que não poderia gerar algum efeito jurídico, principalmente no contexto patrimonial, mas não sob a ótica de família (RUZYK, 2005, Pág. 184).

Ferrarini (2010, pág. 108, ss) aponta, além dos requisitos trazidos, a boa-fé e coexistência. O princípio da boa-fé deve ser analisado sob as óticas subjetivas, ou seja, ignorância da situação, considerando para tanto a intenção do sujeito na relação jurídica; e a objetiva é delineada pelos deveres de conduta, fundados principalmente na lealdade. A boa-fé deve ser auferida no caso concreto, considerando os demais elementos que caracterizam a relação familiar e posteriormente a estes.

Evidente, portanto, que não serão todas relações afetivas destinatárias de reconhecimento e tutela jurídica do Estado. Será necessário investigar, portanto, se o caso objeto de eventual análise se encaixa nessas balizas e somente posterior a isso verificar se haverá o reconhecimento e tutela jurídica.

3- A SIMULTANEIDADE FAMILIAR E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição de 1988 elencou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República[6]. A opção do Constituinte demostrou que tal princípio, além de observância obrigatória, deve ser considerado e respeitado por toda comunidade, além do próprio Estado.

Sabe-se que no Direito há divergência em diversos pontos. A dignidade da pessoa humana é um dos poucos pontos em que há algum consenso na doutrina, especialmente no

[6] Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

tocante a se considerar o princípio como elementar e elevá-lo a um alto grau, irradiando e influenciando os demais princípios e também as regras jurídicas.

O princípio da dignidade da pessoa humana percorreu um longo caminho até se chegar aos atuais contornos. O homem, em períodos antigos, foi considerado em diversas oportunidades como meros objetos, sendo a escravidão considerada como algo natural. Aristóteles (2000,passim), por exemplo, tratou sobre a superioridade de determinados homens sobre outros, justificando com o argumento de que alguns animas também detinham superioridade sobre outros[7]. Atualmente, não mais é aceitável que o homem seja considerado objeto, agora ele deve ser visto como sujeito de sua própria vida, influenciado por experiências humanas e sociais.

Há muita discussão sobre qual seria a moldura da dignidade da pessoa humana e, tendo em vista o dissenso em relação ao tema, Sarlet (2005, pág. 15) procura trazer balizas para se compreender sua essência e conteúdo. Neste sentido, dissertou:

> Nesta perspectiva, quando aqui se fala em dimensões da dignidade da pessoa humana, está-se a referir – num primeiro momento – a complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual se desenvolve sua personalidade. Para além desta referência, tão elementar quanto relevante, o que se pretende apontar e sustentar, à luz de toda uma tradição reflexiva (...) é que a noção de dignidade da pessoa humana (especialmente no âmbito do Direito), para que se possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Estas, ainda que diferenciadas entre si, guardam um elo comum, especialmente pelo fato de comporem o núcleo essencial da compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana. Cientes de que a eleição aqui efetuada no que diz com as diversas dimensões da dignidade não afasta evidentemente outras visões sobre o tema, além de com estas não ser necessariamente incompatível.

As quatro dimensões trazidas por Sarlet (2005, passim) são: ontológicas, comunicativa, a dignidade como construção e como limite e tarefa. A ótica ontológica retoma a ideia de Kant, ou seja, ela é uma qualidade intrínseca do indivíduo, neste sentido ela deve ser reconhecida e

[7] "Mas qual de nós pretende ser escravo por natureza? Para quem tal situação é conveniente e certa? Ou será que a escravatura não é uma violação da natureza? Não há dificuldades em responder a esta pergunta, tanto em relação ao motivo quanto ao fato. Isso porque é conveniente, não apenas necessário, que alguém faça as leis e outros as obedeçam; desde o momento em que nascem os homens estão determinados uns para a sujeição, outros para o comando. Existem muitas espécies de comandantes e comandados (e mandar é melhor quando os mandados são melhores – por exemplo, dirigir homens é melhor do que dirigir animais selvagens; o trabalho é melhor quando executado por operários melhores; e onde um homem manda e outro é manda e outro é mandado pode-se dizer que existe um trabalho); em todas as coisas que compõem um conjunto formado por partes, por mais contínuas e discretas que elas sejam, sempre vem à luz a diferença entre o comandante e o comandado. Essa dualidade existe nas criaturas vivas como consequência de sua natureza. *In* A Política. Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultura, 2000, pág. 149-150.

respeitada. A dimensão comunicativa está intrinsecamente ligada à questão comunitária e indica a ligação da dignidade dos indivíduos entre si. Todos são sujeitos de direitos e deveres, nos termos da Declaração Universal de 1948.

A dignidade como construção não deve ser conceituada de modo fixo e imutável, é necessário se considerar o pluralismo social. A sociedade está cada vez mais complexa e os valores são variáveis de acordo com o lugar e neste ponto, Sarlet traz o sentido cultura e a dignidade seria fruto do trabalho e desenvolvimento geracional. Por fim, ele apresenta a dignidade como limite e tarefa, apontando uma dupla dimensão, negativa e prestacional. Este aspecto é direcionado ao Poder Público e comunidade (SARLET, 2005, pág. 32,ss).

Traçadas essas balizas iniciais, importante ver como o Poder Judiciário enfrenta o tema das famílias simultâneas e se há desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Instados a se manifestarem, os Tribunais Superiores têm negado o reconhecimento e a proteção às famílias simultâneas, utilizando como fundamentação o óbice da existência jurídica de um segundo vínculo familiar. Alicerçam esse entendimento na exegese do art. 1723, §1º do Código Civil de 2002[8], onde se denota a proibição do reconhecimento de união estável quando da existência dos impedimentos constantes no art. 1521, além da ausência de qualquer previsão legislativa específica que justifique a tutela.

Em razão de inúmeras decisões judiciais que negam tutela jurídica às famílias simultâneas, necessário se faz contrapô-las à Constituição da República e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado por ela. Nesse sentido, lembra Sarlet (2007, pág. 43) que a Dignidade existe mesmo sem o reconhecimento formal do Direito:

> Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. Todavia, importa não olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal. No entanto, quando se cuida de se aferir a existência de ofensas à dignidade, não há

[8] **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.
§ 2o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

> como prescindir (...) de uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir, eventuais violações.

Tal necessidade justifica a investigação de eventual lesão à Dignidade por parte do Estado brasileiro. Mais instigante ainda, é compreender que apesar da evolução da sociedade, ainda há por parte do Estado a inércia em tutelar fatos sociais já consolidados ou em processo de consolidação.

Todavia, não tem sido este o entendimento dos tribunais superiores no Brasil. Tanto o STF quanto o STJ não tutelam estas entidades familiares e utilizam para tanto diversas justificativas, não enfrentando o tema da maneira como deveria. Neste sentido, trazemos a título demonstrativo uma ementa de um julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça[9].

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ.
>
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, pois a caracterização da união estável pressupõe a inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele ao qual se pretende proteção jurídica. Precedentes.
>
> 2. Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido se alinha com o posicionamento sedimentado na jurisprudência do STJ, a teor do que dispõe a Súmula 83 desta Corte Superior.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

A justificativa é que o Tribunal não admite o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, pois a caracterização da pressupõem a inexistência de relacionamento duradouro concorrentemente. Este argumento tem sido reproduzido em todas decisões que chegam aos Tribunais, deixando muitas entidades familiares duradouras, não clandestinas e estáveis sem a devida proteção jurídica.

Em outro momento o mesmo STJ utilizou o argumento do dever de fidelidade, mesmo não estando expressamente em lei, para afastar o pedido de reconhecimento de união estável simultânea. Interessante notar que os Tribunais utilizam o argumento de ausência de menção legislativa para afastar a tutela jurídica às famílias simultâneas, mas fazem uma interpretação

[9] AgRg no AREsp 395983 MS 2013/0311421-2

sistemática para trazer o dever de fidelidade para o centro das discussões e com isso, também, afastar o reconhecimento destes arranjos como família[10].

A Constituição brasileira elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Ao fazer isso – da mesma forma que fez a Constituição Alemã –, lembra Sarlet (2011, passim), que o Constituinte reconheceu que o Estado existe em função da pessoa humana e o ser humano constitui a finalidade precípua da atividade estatal.

Dessa forma, questiona-se se negar a tutela jurídica às famílias simultâneas não estaria contrariando o próprio mandamento constitucional? Diante deste cenário, estariam o Judiciário, ao negar direitos, e o Legislativo, ao não prevê-los expressamente, descumprindo a Constituição da República e as normas de direito internacional que reconhecem e aplicam a Dignidade da Pessoa Humana?

Por outro lado, o art. 1723 do Código Civil, ao estabelecer as balizas para o reconhecimento da união estável, foi claro ao não contemplar o reconhecimento de duas uniões simultâneas. E é exatamente nesse cenário de ambivalência que se situa grande problemática a ser dirimida. Confrontando-se a ausência de menção legislativa direta com a amplitude e o sistema aberto presente da Constituição da República.

O princípio da dignidade da pessoa humana não tem uma moldura fácil de se estabelecer, especialmente por ele ser considerado como algo que antecede à própria ordem jurídica. Acerca deste aspecto, bem dissertou Barcellos (2011, pág. 237):

> A dignidade humana pode ser descrita como um desses fenômenos cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. Ora, a dignidade humana descreve uma realidade complexa, e essa complexidade é consequência de ao menos duas ordens de razões, que vão refletir sobre a ordem jurídica. Em primeiro lugar, é certo que a dignidade humana não se resume a ter acesso a prestações de educação e saúde, e não passar fome e a ter alguma forma de abrigo (...). Mas a complexidade da noção de dignidade humana não decorre apenas da variedade de bens que ela congrega: ela deriva, igualmente, das diferentes maneiras como esses bens se relacionam entre si. A repercussão dessa circunstância sobre o mundo jurídico é direta: a manipulação, pela ordem jurídica e estatal, de um aspecto da dignidade humana poderá ter consequências não apenas sobre o aspecto diretamente manipulado, mas também sobre outros.

[10] STJ, REsp. Nº 1.348.458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014.

Dessa forma, não há fundamento em se ligar o princípio da dignidade da pessoa humana apenas a prestações materiais ligadas à subsistência humana, a questão vai além disso. Os Poderes da República, ao quedarem-se inertes no que tange ao reconhecimento da família simultânea, como entidade familiar digna de proteção jurídica, estão caminhando de forma contrária ao que garante o princípio da dignidade da pessoa humana. O Poder Legislativo ao não legislar positivamente para garantir proteção jurídica expressa e o Poder Judiciário, que, diante da mora legislativa, insiste em deixar essa unidade familiar sem proteção jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do movimento de Constitucionalização do Direito Civil, o Direito de Família experimenta uma constante evolução no que tange à garantia de direitos. Não mais se permite, por exemplo, discriminar filhos havidos de relações não matrimoniais ou adulterinas. O Código Civil de 2002, influenciado pela Constituição da República de 1988 e também por diversas decisões judiciais, passou a prever o reconhecimento e a tutela jurídica das uniões estáveis.

A atuação do Poder Judiciário foi imprescindível para que houvesse o reconhecimento jurídico das uniões estáveis. Tal fato demonstra que, em alguns casos, as contingências sociais conseguem melhor e mais rápida resposta no Judiciário, para só depois virar preocupação no Legislativo. O mesmo caminho foi percorrido quando do reconhecimento e da proteção jurídica das uniões homoafetivas. Verificam-se em diversas decisões jurisprudenciais a utilização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como suporte para o reconhecimento e tutela jurídica de direitos.

Quando a matéria é família simultânea, no entanto, os Poderes Legislativo e Judiciário ainda se quedam inertes quanto à sua proteção. Tal fato ocasiona grande preocupação, uma vez que, marginais à ordem jurídica, por inexistir reconhecimento e proteção por parte do Estado, os indivíduos que se encontram nessa situação ficam expostos aos casuísmos da relação e dos preconceitos que sobre ela recaem.

Em razão dessa inércia, a realidade social de muitas famílias não é tutelada pela ordem jurídica, ocasionando situação de flagrante discriminação. Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é de observância obrigatória pelo Poder Público e ao não tutelar a simultaneidade familiar, verifica-se o desrespeito deste princípio. Isso ocorre, principalmente,

em virtude da sociedade discriminar este arranjo, fundamentado, também na discriminação estatal. Neste ponto, há desrespeito ao princípio da igualdade, em âmbito formal e material, sendo que esta discriminação provoca o tratamento diferenciado para indivíduos sem que haja uma justificativa que não desrespeite o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, imperioso se faz a atuação dos poderes legislativo e judiciário. O Poder Legislativo propondo uma alteração na Constituição Federal para que as famílias simultâneas sejam tuteladas e o Poder Judiciário, garantindo enquanto isso, a salvaguarda de direitos para estes arranjos familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf , 2004. Acesso em 23 de junho de 2016.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição daRepública Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.

___ Código Civil (2002). Código Civil. Brasília. Senado Federal.

___ Superior Tribunal de Justiça. Resp. Nº 134.458/MG. Rel Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 08/05/20014.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2010.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas:** para além do "numerus clausus" In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Família e Cidadania: o novo CBB e a "vacatio legis". Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional**.** In. TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito Civil Contemporâneo:** Novos problemas à Luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

PORTELA, Marcel Fortes de Oliveira. **O reconhecimento judicial de uniões estáveis paralelas: a família como garantia institucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em - DOI: 10.5102/**unijus**.v26i2.3545 - http://www.academia.edu/19506801/O_RECONHECIMENTO_JUDICIAL_DE_UNI%C3%95ES_EST%C3%81VEIS_PARALELAS_A_FAM%C3%8DLIA_COMO_GARANTIA_INSTITUCIONAL_NA_JURISPRUD%C3%8ANCIA_DO_SUPREMO_TRIBUNAL_FEDERAL acesso em 3 de setembro de 2016.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas:** Da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. São Paulo: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfganf. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____Direitos Fundamentas e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **A constituição concretizada: construindo pontes com público e o privad**o. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____ **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.