



Recebido 15 ago. 2013

Aceito 15 out. 2013

CONTORNOS JURÍDICOS, FILOSÓFICOS E SOCIAIS DA MONOGAMIA: PARADIGMAS DO POLIAMOR NO DIREITO DE FAMÍLIA

*Lara Marcelino de Souza**

*Lorena Nogueira Rêgo***

RESUMO

Este artigo apresenta uma apurada análise acerca do instituto da monogamia no atual cenário jurídico brasileiro. Busca realizar um breve apanhado histórico a fim de contextualizar o desenvolvimento da família. Expõe a maneira como a monogamia se relaciona com a moral, dando ênfase à filosofia kantiana, e flexibiliza o princípio monogâmico frente à autonomia da vontade. Analisa a possibilidade de concubinato enquanto união estável. Além disso, traça o posicionamento dos tribunais sobre a questão da simultaneidade familiar. Por fim, assenta os princípios constitucionais que sobressaem ante a negativa do direito em reconhecer essa simultaneidade de relações.

Palavras-chave: Monogamia. Direito de família. Simultaneidade familiar.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República, vigente desde 1988, inaugurou uma nova era para o ordenamento jurídico pátrio, fixando uma série de transformações cujo objetivo preponderante é a consolidação dos direitos fundamentais, tanto em sua dimensão positiva – através da imposição de um Estado garantidor dos direitos sociais – como em sua dimensão negativa – por meio do respeito às liberdades individuais.

Esse novo quadro delineado há mais de duas décadas requer do intérprete do direito, e sobretudo do legislador, que as determinações infraconstitucionais obedeçam ao critério hermenêutico da interpretação conforme a Constituição, à medida que esta é a norma fundamental do Estado de Direito. Assim, a adequação legislativa e jurisprudencial de modo a consagrar os princípios insertos no texto da Constituição da República não se faz apenas necessária como também urgente.

É nessa conjuntura que se procura delinear os principais aspectos de uma situação tanto mais cotidiana quanto polêmica e marginalizada em nosso seio social, qual seja, a simultaneidade de núcleos familiares que têm em comum a presença de um membro adúltero, mantenedor de duas relações construídas essencialmente sob laços afetivos. A seguir, expõe-se, de forma jamais exaustiva, os elementos que se apresentam mais pertinentes ao tema, com vistas a suscitar o debate no meio jurídico-acadêmico.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO INSTITUTO DA FAMÍLIA NO BRASIL

A partir de um apanhado histórico geral da evolução do instituto da família no Brasil, é clara a percepção de que os conceitos relacionados ao tema tendem a se moldar à realidade social de cada época em que estão inseridos. O Direito de Família passou a ser determinado pelas alterações que a sociedade o impunha, e ainda impõe, com o intuito de albergar todas as relações jurídicas possíveis dentro de uma sociedade.

Dessa forma, no século passado, a percepção de entidade familiar remetia a um núcleo estável formado pela união entre homem e mulher, indissolúvel, patriarcal e verticalizado, tendo o homem como o centro e provedor da família. Nesse modelo tradicional, cada integrante possuía nomenclatura específica que o identificaria na constelação familiar –

pai, mãe e filhos. Assim, a concepção do instituto da família tinha um conceito restrito, limitado apenas à união, pelo sagrado manto do matrimônio, entre homem e mulher, literalmente, e sem que a relação pudesse ir além de um formalismo moralmente exigido à época.

Nesse panorama, o ordenamento jurídico também se adequava conforme os conceitos que efluíam das relações sociais, de modo que essa percepção clássica da família não permitia a pluralidade de possibilidades de formação deste instituto; igualmente, estigmatizou como ilegais as relações extramatrimoniais e nem mesmo vislumbrava uma provável proteção dos filhos havidos fora do casamento. Pelo contrário, as normas jurídicas os classificavam de maneira a impor rótulos negativos, como bastardos ou espúrios, e estes ficavam condenados a permanecer à margem de uma sociedade – com uma estrutura rigidamente patriarcal, na qual apenas a figura materna era identificada enquanto família.

Essa concepção patriarcal e machista do instituto da família passou por uma significativa transformação a partir dos anos 1960, com o início das revoluções feministas e com o avanço do mundo globalizado. O desenvolvimento das pesquisas científicas, o progresso das relações coletivas e dos conceitos sobre o que seria moral e o que definiria a família, à época, proporcionaram uma mudança de visão geral. A insubordinação feminina foi essencial para a sua inserção no mercado de trabalho e, até mesmo, na sociedade, já que o papel da mulher estava resignado à dedicação ao lar. Nesse sentido, as atribuições femininas ganharam timidamente prestígio social e este foi, enfim, formalizado pela Constituição da República que data de 1988.

Nesse aspecto, a Constituição da República foi imprescindível para o rompimento de paradigmas no âmbito do Direito de Família, já que dispôs sobre o que de mais atual acontecia naquele período. Assim, houve por constitucionalizada a igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I, Constituição da República), desmaterializando, por conseguinte, a percepção de família como entidade patriarcal e ampliando o campo de atuação da mulher para além do lar. Alterou-se, dessa forma, as relações de dever antes constituídas: o dever único do homem como sendo o trabalho e o da mulher a educação dos filhos e seus afazeres domésticos. Esse foi o início de um longo percurso rumo à igualdade dos sexos no ordenamento jurídico pátrio.

Demais disso, naquele período histórico, as relações que se davam sem a concretização do casamento eram taxadas pejorativamente como concubinato, que pode ser,

de forma geral, subdividido em: concubinato puro, relação afetiva entre homem e mulher que respeita os aclamados “ditames sociais”; e o concubinato adúlterino, sendo a relação afetiva entre homem e mulher na qual um deles encontra-se concomitantemente envolvido em outra relação, por meio da sacralização do casamento.

Destarte, o reconhecimento da união estável (artigo 226, §3º, Constituição da República) como uma relação protegida pelo Direito, ou seja, como uma nova possibilidade de se constituir família, além do sagrado matrimônio, rompeu com as concepções tradicionais e a forte influência religiosa que vigoravam naquela ocasião. Com isso, houve a descaracterização do concubinato para as relações afetivas entre pessoas que não estavam unidas pelo casamento. Todavia, a normatização do concubinato puro resumiu este instituto ao seu aspecto mais alijado socialmente, o concubinato adúlterino ou relação extramatrimonial, que será alvo de posterior análise e discussão.

Foi admitida também a revolucionária possibilidade de se constituir uma família monoparental - artigo 226, §4º, Constituição da República¹ -, que é uma realidade latente em nosso país como mostra a Pesquisa Nacional de Amostragem por Domicílio – PNAD (AZEVEDO, 2012, p. de internet), realizada em 2009, que constatou que 18% das famílias brasileiras são classificadas monoparentais, dentre as quais 16% são chefiadas por mulheres. Ou seja, expressiva parcela das famílias é composta por qualquer dos pais e sua prole, transparecendo a situação em que se encontra a sociedade de uma forma geral como consequência da efemeridade das relações amorosas.

Com o progresso do ordenamento jurídico, a formatação do núcleo familiar gradativamente vem se desvinculando do limitado formalismo determinado pelo matrimônio, de modo a imprimir cada vez mais juridicidade ao vínculo constituído pela afetividade enquanto poder de unir as pessoas, provocando a elaboração da Teoria da Afetividade, defendida por juristas como Maria Berenice Dias. De acordo com tal teoria, não importam as diferenças de sexo, tampouco a forma em que se concebeu a união, se vivem sob o mesmo teto ou se já existem descendentes: o que caracteriza a família primordialmente é o amor demonstrado pela relação de afeto e cuidado que se desenvolve no seio familiar.

Portanto, a entidade familiar deixou de ser um núcleo individualizado e o seu conceito plural - respeitando a liberdade individual - passou a abranger, além do casamento, a

¹ Artigo 226, §4º, Constituição da República: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

união estável (independente da orientação sexual dos seus componentes), a família monoparental e, porque não dizer, os relacionamentos extramatrimoniais. Essa temática incita uma inacabada discussão doutrinária e jurisprudencial que permeia as relações sociais atualmente, conforme será aprofundado nos tópicos a seguir.

3 CONSIDERAÇÕES FILÓSOFICAS ACERCA DA MONOGAMIA

Nas sociedades ocidentais prevalece no Direito de Família o sistema monogâmico, cujos postulados vedam a manutenção de mais de uma relação amorosa, ao menos no plano legal. Etimologicamente, o vocábulo monogamia possui origem grega, derivada dos termos *monos* – que significa sozinho – e *gamos* – que quer dizer união ou casamento. Ou seja, por meio da monogamia impõe-se uma restrição quantitativa às relações afetivas, de modo que conforma um “estado conjugal em que um homem desposa uma única mulher ou uma mulher um só marido”².

Antes de adentrar na apreciação do que seja monogamia e sua natureza jurídica, faz-se imperioso rememorar os postulados firmados por Engels (1984) acerca desse instituto em sua obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”. Nesse mister, tem-se um modelo de família monogâmica não como consequência natural de relações sexuais afetivas, mas sim uma estratégia para canalizar sob um dado grupo de pessoas (entendido aqui como família) os bens privados do patriarca. Assim, o ideal de monogamia surge imbuído da função de diluir quaisquer dúvidas quanto à paternidade dos filhos, herdeiros diretos dos bens pertencentes ao pai. Daí depreender-se desde logo ser esse um modelo no qual o patriarcalismo é amplamente privilegiado, mormente busque fundamentar o privilégio do homem sobre a mulher. Para o filósofo alemão, a monogamia possui caráter essencialmente sexista, à medida que subjuga um sexo ao domínio de outro, consistindo, verdadeiramente, na primeira luta de classes da história. Em suas palavras:

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma

² DICIONÁRIO Michaelis. 2009. Disponível em: <http://www.ufjf.br/geografia/files/2009/05/manual_para_monografia_de_conclusao_de_curso1.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história. Num velho manuscrito inédito, redigido em 1846 por Marx e por mim, encontro a seguinte frase: "A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos". Hoje posso acrescentar: o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher, na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento nessa sociedade. (ENGELS, 1984, p. 70-71)

Como se percebe, antes mesmo de ser um valor moral, a monogamia nasce com o objetivo de legitimar uma forma de poder, qual seja o poder patriarcal. Ao se prestar a uma finalidade econômica – a constituição do patrimônio familiar –, o instituto da monogamia afasta-se daquele conjunto de valores morais para aproximar-se de uma regra utilitarista. Em suas origens, não é confundível com os deveres conjugais de fidelidade e lealdade que se espera do parceiro, estes sim, valores morais, localizados no espectro do *dever-ser*.

Emprestando-se da concepção filosófica de Immanuel Kant (citado por SANDEL, 2012, p. 142), tem-se a moral enquanto conjunto de normas que exige uma adesão íntima de cada indivíduo, de modo a pressupor seu cumprimento em face da pura convicção subjetiva de que aquela ação é a correta. Analogicamente, a observância dos deveres conjugais de fidelidade e lealdade deve pautar-se pelo convencimento individual de que estes consistem em valores morais a serem resguardados. Nesse ponto, o binômio fidelidade-lealdade afasta-se das raízes históricas da monogamia, posto que ela esteve direcionada a uma finalidade concreta (a formação do patrimônio familiar), ao passo que àquele não se vincula finalidade outra que não seja a realização da coisa certa a ser feita.

Nesse sentido, o professor de Filosofia Política da Universidade de Harvard, Michael Sandel, sinteticamente deduz:

De acordo com Kant, o valor moral de uma ação não consiste em suas consequências, mas na intenção com a qual a ação é realizada. O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. O que importa é fazer a coisa certa porque é certa, e não por algum outro motivo exterior a ela. (SANDEL, 2012, p. 143)

Em que pese não se considerar a monogamia como um valor puramente moral, ao menos sob a ótica kantiana, é salutar ratificar que a moral abrange um campo muito mais amplo do que o direito, de maneira tal que é impossível ao último reger todas as situações encobertas pela primeira, limitando-se apenas a regular um conjunto mínimo de preceitos morais, considerados indispensáveis à pacificação social, e utilizando-se da coercibilidade para atingir esse fim.

Nesta perspectiva, é perfeitamente possível – e em certa escala comum – deparar-se com condutas concomitantemente legais e imorais. A infidelidade, por exemplo, é uma ação moralmente reprovável que até pouco tempo atrás constituía crime para o ordenamento jurídico, mas que atualmente figura como um indiferente penal para o direito pátrio. Por sua vez, a monogamia permanece sob a proteção do direito penal, sendo esta a forma que o legislador encontrou de preservar o modelo ocidental de família.

Contudo, ainda que o ordenamento sócio jurídico brasileiro tenha optado pelo modelo monogâmico de família, consagrando as heranças culturais europeias trazidas com a colonização, os casos de relações extraconjugais duradouras persistem e produzem seus efeitos práticos, semelhantes aos do matrimônio. Diante dessa conjuntura, não pode o Direito simplesmente se omitir e negar reconhecimento a situações que se impõem cotidianamente e exigem do intérprete todo um esforço hermenêutico a fim de lhes reconhecer proteção. Em última análise, a fidelidade corresponde a um valor moral que não pode ser exigido coercitivamente do indivíduo, pois, reiteradamente violada, já se demonstrou suficientemente fadada ao fracasso enquanto obrigação. É, portanto, um dever de conduta que necessita adesão visceral de cada pessoa, e não uma obrigação de não-fazer imposta pelo Estado.

Sendo assim, os núcleos familiares construídos paralelamente ao casamento, ou ainda a simultaneidade de relações estáveis, transbordam aos montes em nossa sociedade e reivindicam a tutela estatal. Nessa esteira, o cerne da discussão encontra-se na necessidade de

amparo jurídico para essas relações, de modo a lhes reconhecer enquanto família, proporcionando todos os direitos e deveres dela decorrentes.

4 DA SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA EM FACE DA AUTONOMIA DA VONTADE

Para a Teoria Principlológica de Robert Alexy (2008, p. 90), os princípios constituem mandamentos de otimização que condicionam seu grau de realização às possibilidades fáticas e jurídicas existentes, determinando-se estas últimas à luz dos princípios e regras colidentes. Nesse ínterim, é perfeitamente possível que diante de determinada situação prática um princípio sobreponha-se sobre outro, posto que é a necessidade do caso concreto o verdadeiro norte definidor dessa relação de prevalência.

Contextualizando a supracitada teoria com o princípio monogâmico, desde logo se extrai que este não conforma um valor absoluto, sendo, portanto, passível de relativização. Destarte, antes de imprimir à monogamia o *status quo* de princípio incondicional, é forçoso considerar as particularidades sociológicas presentes em nosso ordenamento. Por conseguinte, ante a multiplicidade de relações afetivas que se configura na sociedade hodierna e a impossibilidade de enclausurá-las sob um conceito fechado, e ainda em prestígio aos valores constitucionais consagrados na Constituição da República, necessária se faz a mitigação desse princípio.

A nova ordem constitucional, inaugurada após um longo período ditatorial, erige a liberdade ao rol de direitos fundamentais de primeira dimensão, cujo pressuposto é um dever de abstenção por parte do Estado. Nesse horizonte, cada pessoa deve possuir direito de pleno gozo da sua liberdade individual, embasada pelo princípio da autonomia da vontade. É certo, outrossim, que tampouco essa autonomia privada constitui garantia absoluta, existindo casos em que deve ser necessariamente lenificada face o resguardo de valores outros, como não raro acontece na esfera do direito das obrigações.

Todavia, no âmbito do Direito de Família, especialmente no tocante a afetividade e sexualidade de cada sujeito, o Estado deve prestigiar ao máximo a autonomia da vontade, restringindo-se a interferir somente quando provocado. Isto significa que não cabe à chancela estatal definir modelos de conduta referentes à sexualidade das pessoas, limitando-se a balizá-

la minimamente, por exemplo, quando colida com valores superiores, como no caso da pedofilia, que indiscutivelmente merece a mais rígida reprimenda. No entanto, possuindo os indivíduos dessas relações plena capacidade jurídica, o ajustamento de suas ações devem se pautar pelos valores morais intrínsecos a cada um. Dessa assertiva, depreende-se que o princípio da monogamia não merece prosperar no sistema constitucional vigente, devendo-se dar primazia a capacidade de autogoverno de cada qual.

5 O CONCUBINATO COMO UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELO DIREITO DE FAMÍLIA

É perceptível o avanço das relações interpessoais ao longo dos séculos. Com essa evolução e com a quebra de antigos dogmas que engessavam as relações sociais, os indivíduos, atualmente, convivem com maior liberdade e autonomia. A partir desta premissa, pode-se observar o desenvolvimento das mais variadas formas de relacionamentos amorosos, bem como a ampliação do conceito de família para uma entidade que tem como único pressuposto o afeto entre os seus integrantes. Segundo constata Maria Berenice Dias (p. de internet)³, a sociedade mais livre possibilitou a democratização dos sentimentos.

Nesse diapasão, a alteração da percepção de família incita uma questão ainda não superada pela jurisprudência e doutrina brasileiras: a concomitância de relacionamentos. Atualmente, a visão geral que se tem desse tipo de relacionamento é extremamente hostil, a começar pela própria legislação, porquanto não há qualquer forma de previsão legal que proteja essa relação ou garanta os direitos de quem a compõe. Ou seja, a relação extramatrimonial – pejorativamente chamada de concubinato – é considerada inexistente para o Direito, ou simplesmente não é considerada. Por isso, essa forma de relacionamento não é admitida como geradora de vínculos jurídicos.

Todavia, faz-se mister ressaltar que essa forma de comprometimento amoroso tem como seu elemento basilar o afeto, pressuposto básico para que um relacionamento seja regido pelo Direito de Família. Ademais, não há nada que a diferencie de uma união estável, entidade familiar constitucionalmente protegida, já que dentre os seus requisitos não são

³ Documento online não datado.

exigidos nem a exclusividade de relacionamento e nem o dever de fidelidade. Então, o que impede que esse relacionamento concomitante produza efeitos jurídicos válidos? Esse é o ponto intocável pelas decisões judiciais proferidas no âmbito dos tribunais superiores: a problemática vai além de uma lacuna legal.

Na verdade, os tribunais costumam fazer uma análise muito objetiva dessa forma de relacionamento, sendo a seguinte: se o homem casado mantém uma relação paralela, à amante, em caso de extinção do relacionamento ou morte do companheiro, dificilmente serão reconhecidos os direitos inerentes à esposa. A moral, o conservadorismo e as lacunas na legislação impedem que o Direito avance frente aos acontecimentos sociais.

Entretanto, há duas possibilidades que são consideradas pela jurisprudência pátria. A primeira diz respeito à possibilidade do companheiro que integra o concubinato provar a sua boa-fé, declarando que não tinha conhecimento do duplo relacionamento. Em outras palavras, se ele provar a sua suposta inocência, a relação é considerada como união estável, denominada de união estável putativa, com capacidade de gerar efeitos jurídicos. Mas, se a tal inocência não for provada e restar verificada a má-fé do companheiro do adúltero, que, sabendo do comprometimento do seu par com outra família, manteve relacionamento amoroso simultâneo, o vínculo será inexistente para o nosso ordenamento jurídico, mesmo que tenha havido a aquisição de bens em comum, relação afetiva ou filhos.

Desse posicionamento extrai-se valorosa reflexão: qual o crime cometido por esse indivíduo capaz de ensejar o ônus da prova da sua inocência como única forma de obter os *seus* direitos? Caso não seja considerado inocente, do que estaria sendo culpado, então? Por que as relações extramatrimoniais não podem ser consideradas como instituto protegido pelo Direito de Família?

Nesse sentido, no caso em questão, é necessária a percepção de que é o cônjuge adúltero que está mantendo as duas relações de maneira paralela. Dele sim, deveria ser exigida a prova da inocência e imposição de deveres com as suas respectivas companheiras, sob pena de enriquecimento ilícito se houver adquirido bens com a amante no âmbito do relacionamento extramatrimonial e estes estiverem sob a tutela masculina. Assim sendo, não é viável uma interpretação machista dessa forma de convívio amoroso e o papel dos magistrados é exatamente inovar e complementar as lacunas presentes nas determinações legais do Código Civil de 2002, que em muito manteve o conservadorismo do código

precedente. Os juízes jamais devem se conformar apenas com o que está disposto na lei e segui-la de maneira fiel, sem que possam ser ampliadas as fronteiras do Direito:

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. Conforme Carlos Cavalcanti de Albuquerque Neto, *não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que se pode constituir, mas apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade.* (BERENICE DIAS, 2002, p. de internet)

Outrossim, ainda que consideráveis setores defendam que essa forma de convívio extramatrimonial caracteriza apenas uma maneira de satisfação da lascívia, é de ressaltar-se um critério fundamental, cuja força derroga por terra esse argumento, atribuindo às relações simultâneas o caráter de união estável, qual seja, a existência de provas concretas de sua longa e afetuosa duração, não podendo configurar meros casos passageiros.

Mesmo que essas relações sejam uma fonte de desestabilização do casamento, não podem ser desconsideradas ou taxadas como ilícitas pelo ordenamento jurídico apenas por essa consequência. O Direito deve sempre acompanhar a evolução da sociedade e considerar a pluralidade das possibilidades de acontecimentos que dela emana. Considerar essa união estável simultânea apenas como elemento capaz de desconstituir a estabilidade da família não é o caminho, basta reiterar a possibilidade de que dessa relação, considerada “ilícita”, pode advir filhos e a construção de bens em comum, que não podem ser desconsiderados pelo nosso ordenamento.

Além disso, cumpre-se fazer aqui uma interligação com a histórica e recente decisão do STF que mudou os rumos da sociedade dos últimos tempos: a descriminalização da interrupção antecipada da gestação de fetos anencefálicos como uma revolução que caminhou na contramão do que a norma infraconstitucional afirmava. O Código Penal vigente, salvo os casos expressamente dispostos em lei (artigo 128, incisos I e II, Código Penal), condena qualquer forma de antecipação da gravidez. Todavia, de maneira inédita, a mais alta corte deste país contrariou consideravelmente a concepção tradicional do ordenamento pátrio com o escopo de acompanhar a evolução social no campo da medicina e das pesquisas científicas, bem como contemplar cada vez mais os anseios sociais e proteger ao máximo os cidadãos e as mais diversas situações propostas por esta sociedade tão plural.

Portanto, não há que se falar em ausência de direitos por falta de lei. Destarte, não toca ao intérprete do Direito ficar limitado ao que está disposto na legislação, deve-se ir além, pois a qualificação da vida em comunidade tem como fonte basilar a busca contínua pela inovação, vislumbrando o aperfeiçoamento das relações humanas e a proteção dos cidadãos. E os magistrados, a partir das inovações jurisprudenciais, têm papel imprescindível nessa evolução do Direito para uma ciência mais justa, humana e plural, visto que:

Para atender à sua obrigação de fazer justiça, muitas vezes o julgador precisa afrontar a lei ou criar soluções que se amoldem ao fato que se apresenta a julgamento. (BERENICE DIAS, p. de internet)⁴

5.1 Do posicionamento dos Tribunais Superiores

A jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros avança de maneira cautelosa com relação ao tema do concubinato como união estável e os magistrados dividem posicionamentos polêmicos. Todavia, mesmo com toda a recorrência dos casos de famílias simultâneas, ainda não é majoritário o entendimento de que a relação extramatrimonial deve ser considerada como união estável para que seja protegida no plano do Direito de Família.

Nesse sentido, o efeito desproporcional que pode advir da desconsideração da relação paralela ao matrimônio para a concubina já foi tema de debates no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a percepção da entidade familiar ainda não se encontra de um todo ampla, o que é notoriamente percebido em um julgamento recente em face do Recurso Extraordinário nº. 595609/GO, em que o Supremo Tribunal Federal apenas considerou a relação simultânea ao casamento como união estável porque já havia sido consolidada a separação de fato no âmbito matrimonial e a companheira conseguiu provar a existência de uma união que já perdurava há trinta anos.

APELAÇÃO CÍVEL EM DECLARATÓRIA DE SOCIEDADE DE FATO. COMPANHEIRO CASADO. SEPARAÇÃO DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. Comprovada de forma satisfatória a separação de fato do homem casado, e igualmente provada a união estável, cuja convivência se estendeu por mais de trinta anos, e que resultou no nascimento de quatro filhos, tem a

⁴ Documento online não datado.

companheira o direito de receber pensão previdenciária junto ao Ipasgo. Apelação conhecida e desprovida.⁵

Assim sendo, resta claro que ainda caminha a passos lentos o entendimento deste Supremo Tribunal, pois não deveria ser necessária a confirmação da separação de fato do homem casado como um dos requisitos para que a família paralela fosse considerada como existente. Por isso, faz-se preponderante reafirmar a necessidade dos tribunais assumirem o papel de agentes capazes de desenvolver os conceitos no âmbito do Direito, já que não é possível ao legislador acompanhar todas as alterações propostas pelas relações em comunidade.

Nesse panorama, a partir da apreciação dos casos concretos, o Superior Tribunal de Justiça tem apresentado um entendimento mais progressista em relação ao conceito de entidade familiar. De acordo com o que preleciona Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. de internet), o STJ enfrentou, a partir do Recurso Especial nº. 100.888/BA, situação controvertida decorrente de união concubinária, que diz respeito a um caso de seguro de vida feito em favor da concubina por um homem casado.

HOMEM CASADO. SITUAÇÃO PECULIAR, DE COEXISTÊNCIA DURADOURA DO DE CUJUS COM DUAS FAMÍLIAS E PROLE CONCOMITANTE ADVINDA DE AMBAS AS RELAÇÕES. INDICAÇÃO DA CONCUBINA COMO BENEFICIÁRIA DO BENEFÍCIO. (...)

II - Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1.474, 1177 e 248,IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o de cujus, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de “bigamia”, em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do direito.

III – Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária.⁶

Nessa oportunidade, este Superior Tribunal, em acertado entendimento, decidiu como sendo mais isonômico ratear o benefício entre a concubina e a respectiva esposa do

⁵ STF. RE 595609/GO. 1ª Turma. Rel. Min. Ayres Britto. j. 09.04.2012. DJe 19.04.12.

⁶ STJ. REsp. 100.888/BA. 4ª Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. j. 14.10.2000. DJe 12.03.2001.

homem falecido, já que a relação simultânea foi considerada como legítima e digna para a produção de efeitos jurídicos válidos.

Entretanto, esse ainda não é o posicionamento consolidado, restando fortes resquícios conservadores nos julgados das instâncias superiores. Poucas são as exceções que sobrevivem na jurisprudência, mas que devem ser levadas em consideração, tendo em vista a indispensabilidade de se observar a amplitude do conceito de família e a demanda que a sociedade impõe ao Poder Judiciário como meio essencial para a modernização do ordenamento jurídico.

6 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição da República, em seu artigo 226, erige a família à condição de base da sociedade, conferindo-lhe especial proteção estatal. Trocando em miúdos, estar-se a dizer que o Estado brasileiro tem seus alicerces assentados sobre a família, de modo que toma para si o dever de garantir a sua perpetuação, salvaguardando-a, bem como reconhecendo os direitos que lhe são inerentes, dentre os quais merece destaque o direito de pluralidade de formas sob as quais pode investir-se.

É justamente defronte essa variedade de núcleos familiares, cuja existência é inegável, que não merece florescer em nosso ordenamento o conceito fechado, defendido pelas alas conservadoras, que encarcera a noção de família a um modelo único e irretocável, conformado na figura do homem como o provedor econômico, da mulher responsável exclusivamente pelos cuidados com o lar e com os filhos e pela existência necessária dos herdeiros. Em decorrência das transformações sociais que aconteceram ao redor do mundo, entre as quais se sobressaem os movimentos em prol dos direitos das minorias, o conceito de família alargou-se sobremaneira, para passar a abranger toda e qualquer relação entre pessoas que tenha como fundamento o afeto recíproco. Assim, para além do protótipo tradicional, verifica-se atualmente a existência de famílias monoparentais, sem prole, homoafetivas e mais um universo impossível de ser retratado nesta oportunidade.

Consolidando esse posicionamento, é enfática a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277/DF:

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.⁷

Postas essas premissas, é plausível aludir expressamente os princípios basilares da Constituição da República afrontados, direta ou indiretamente, cada vez que o direito nega a existência de relações simultâneas marcadas pelas características próprias de um grupo

⁷ STF. ADI 4.277/DF. Pleno. Min. Ayres Britto. j. 05.05.2011. DJe 14.10.2011.

familiar – como a durabilidade dessas relações, os laços íntimos de afeto e o compartilhamento de vidas e histórias.

O princípio da isonomia, por exemplo, é afetado à medida que é defeso ao legislador e ao operador do direito dispensar tratamento diferenciado a indivíduos que se encontram em situações equivalentes. Assim, ao menos em tese, não se compatibiliza com a perseguição da justiça assegurar ao cônjuge, legalmente amparado pelos laços do matrimônio, todos os direitos e deveres atinentes à instituição familiar, como os direitos sucessórios, e, em contrapartida, marginalizar o companheiro com quem o cônjuge infiel vivenciou por anos, tapando os olhos para uma situação que se delineia cotidianamente.

Também a segurança jurídica é desafiada, posto que, independente de tutela estatal, as relações denominadas espúrias subsistem e, de uma forma ou de outra, ensejam vínculos que refletem no universo jurídico, como a formação de um patrimônio conjunto.

Não bastasse, a dignidade da pessoa humana, norte maior de qualquer Estado que se preste Democrático de Direito, é afastada a um papel coadjuvante, pois que não se considera a entidade familiar composta no seio de relações extraconjugais duradouras, denegando-lhes direitos mínimos para a consecução de uma vida sinalizada pela tolerância, respeito e diversidade. As famílias constituídas paralelamente às uniões oficiais já são deveras estigmatizadas. Não cabe ao Estado, quer por meio de sua jurisdição, quer pelo seu Legislativo, institucionalizar essa forma de discriminação.

Por último, parece esquecer-se o ordenamento de atentar para o princípio da proporcionalidade, uma vez que, diante de todo o exposto, não demonstra razoabilidade a persistência numa cegueira irracional perante a simultaneidade familiar. Cegueira essa que se sustenta no princípio da monogamia, o qual não logra prevalência ante os outros princípios aqui explicitados, com fulcro constitucional, ressalte-se.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À título conclusivo, diante das transformações sociais apontadas no decorrer deste artigo, faz-se imperioso o reconhecimento de uma realidade que se impõe há séculos e que, mesmo delegada à clandestinidade, não recua, persistindo no atual ordenamento e criando relações jurídicas que clamam a chancela do Direito. Nesta seara, a elevação da afetividade à

pressuposto norteador do conceito de família preponderou como fator primordial para que fossem reconhecidas, sem qualquer discriminação, as diferentes acepções de família – entre elas: a monoparental e a homoafetiva. E com a promulgação da Constituição da República, em 1988, houve a ratificação da concepção ampla desse conceito, ensejando o surgimento de diversos questionamentos acerca da tutela jurisdicional de núcleos familiares extramatrimoniais.

Considerando os postulados kantianos de que a moral exige convicção íntima do indivíduo, ao passo que o Direito impõe-se coercitivamente, faz-se urgente uma nova interpretação do princípio da monogamia disposto no Direito de Família, de maneira a melhor enquadrá-lo dentro da ordem constitucional vigente. Assim, o direito de autogoverno conferido a cada indivíduo juridicamente capacitado deve ser respeitado pela esfera estatal, da forma mais ampla possível, no que tange às relações afetivas. A monogamia passaria, então, a depender da adesão pessoal de cada um em segui-la ou não, que, convenha-se, já é o comportamento observado majoritariamente no seio social.

É preciso desconstruir esse conceito fechado de família, concebido em épocas remotas, cuja realidade sociojurídica não contemplava, por vezes, os direitos mínimos inerentes a condição do ser humano. Nesta conjectura, a compreensão da entidade familiar enquanto núcleo fundamentador da sociedade deve ter como principal requisito a afetividade, de modo a incluir sujeitos historicamente marginalizados, como os homossexuais e as concubinas (sendo esta última a forma que, apesar de pejorativa, é mais utilizada para denominar a parceira do relacionamento extramatrimonial).

Assim, configura-se como função essencial do Direito resguardar a pluralidade de famílias existentes, prestigiando os mais nobres valores erigidos pelo constituinte originário, de maneira tal que, ante a prevalência dos princípios constitucionais apontados, entende-se destituído de razoabilidade o ranço legal e jurisprudencial em não reconhecer a legitimidade de direitos a quem a própria realidade fática delega a titularidade. Nesse contexto, é papel do Judiciário estabelecer o alcance dos princípios e demais termos e conceitos positivados, além de apreciar os fatos narrados sob a ótica do clamor das relações sociais, considerando sempre que o legislador, ao editar leis, não é capaz de alcançar de forma plena todas as diversas situações fáticas possíveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. **Teoria do direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Simone Pereira de. **Famílias brasileiras chefiadas por mulher: uma análise por estado civil**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.ence.ibge.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=4a47c83a-ba32-44c0-aec6-b2f9ed130be9&groupId=37690208>. Acesso em: 13 ago. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20e%20bigamia_e_uni%20est%20estavel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

ENGELS, Friedrich. Trad. de Leandro Konder. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

SANDEL, Michael. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CONTOURS JURIDICAL, PHILOSOPHICAL AND SOCIAL OF MONOGAMY: POLY LOVE PARADIGMS IN FAMILY RIGHTS

ABSTRACT

This article addresses a deep analysis about the institute of monogamy in the current brazilian juristic scenario. Wants to realize a brief

historical summary to contextualize the familiar development. Exposes the way how monogamy relates to the moral, emphasizing the Kant's philosophy, and minimises the monogamous principle against the will autonomy. Analyzes the possibility of concubinage as a stable union. Furthermore, draws the court positioning about the familiar simultaneity. At last, basis the constitutional principles that stands before the negative of the right in recognize this simultaneity relations.

Keywords: Monogamy. Family rights. Familiar simultaneity.