

UMA NOVA FORMA DE FAMÍLIA: A TRIANGULAÇÃO AMOROSA, O DIREITO E A NECESSIDADE DE NORMATIZAÇÃO

Rodolfo Pinheiro Bernardo LÔBO¹
Cleber Affonso ANGELUCI²

RESUMO: Aborda o direito de família contemporâneo e a valoração dada às relações socioafetivas. Apresenta as relações paralelas à tradicional com enfoque no concubinato, ou seja, quando da existência de vínculos afetivos mantidos de forma concomitante. Analisa como o Direito, principalmente através de jurisprudências de tribunais, tem observado essa forma de relação. Tendo em vista princípios constitucionais como igualdade e dignidade humana conclui pela necessidade de normatização dessas relações excluídas pelo ordenamento jurídico atual.

Palavras-chave: Direito de família. Relações paralelas. Normatização. Dignidade humana. Igualdade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo de início apresenta ao leitor a forma a qual o ordenamento jurídico brasileiro tem observado a família com destaque para as consequências propulsionadas pela Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil. Sendo que afetividade, ostensibilidade e estabilidade passaram a serem características intrínsecas a todos os modelos de família, sendo eles tradicionais ou não.

Essas “novas” formas de família, positivadas ou não em diplomas legais, instigaram o judiciário, principalmente confrontando valores morais e

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – Campus Universitário do Araguaia. Membro do Grupo de Pesquisa ‘O direito de família contemporâneo’. E-mail: therodolfo@ufmt.br.

² Especialista em Direito Empresarial, Mestre em Direito pela Fundação Eurípides Soares da Rocha – Marília/SP, Doutorando em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso, professor de Direito Privado da UFMT – Universidade Federal de Mato Grosso, Campus Barra do Garças/MT, Pesquisador do Grupo de Pesquisas em Direito Processual Civil da UnB (GEPRO/UnB), Líder do Grupo de Pesquisa “O Direito de Família Contemporâneo”, Membro do IBDFAM. E-mail: angeluci@ufmt.br

preconceitos, e tem alterado o modo de pensar e agir dos juristas. Conseqüentemente, a jurisprudência nacional.

A partir disso apresentar-se-á o porquê da necessidade de ampliação da discussão acerca das famílias paralelas, dito concubinato no direito civil, e necessidade de normatização dessas relações uma vez que os princípios constitucionais de dignidade humana, igualdade, liberdade amorosa, solidariedade e liberdade são claros e devem prevalecer em um Estado Democrático de Direito.

2. Um breve histórico das relações de família

Nos primórdios da humanidade a poligamia era frequente e o tipo de relação com os agrupamentos, uma vez que os indivíduos que viviam em grupo, dada a maior possibilidade de sobrevivência, reagiam a seus instintos naturais.

Sendo que os grupos, denominados clãs, não estavam ligados de acordo com vínculos consanguíneos ou socioafetivos, mas se submetiam, em razão do instinto de grupo e sobrevivência, a um líder. As relações entre os indivíduos ocorriam naturalmente e sem exclusividade entre eles, entretanto em razão do desejo de se perpetuar a linhagem ligado à conservação do patrimônio e interferência religiosa houve ao passar dos séculos a diminuição na quantidade de parceiros de vida. (MAIA, 2007).

As relações no estado selvagem, segundo Engels, eram caracterizadas pelo comércio sexual promíscuo e o matrimônio por grupos. As transformações na família punalua nos possibilitam visualizar as transformações das *famílias poligâmicas às monogâmicas*. Sendo que tal transformação se inicia com a exclusão do relacionamento sexual entre pais e filhos, seguido da mesma quanto a irmãos. Esta alteração leva a uma divisão nos sistemas familiares entre os filhos de uns e de outros, e aquela era possível levando em consideração a linhagem feminina (ENGELS). Frente a isso preceitua Engels:

“A evolução da família nos tempos pré-históricos, portanto, consiste numa redução constante do círculo em cujo seio prevalece a comunidade conjugal entre os sexos [...] A exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois

dos parentes distantes e, por fim até das pessoas vinculadas apenas por aliança, torna impossível na prática qualquer matrimônio por grupos; como último capítulo, não fica senão o casal, unido por vínculos ainda frágeis [...] Isso prova quão pouco tem a ver a origem da monogamia com o amor sexual individual, na atual acepção da palavra” (ENGELS, p. 11).

Quanto ao avanço da agricultura e criação de gado, e a necessidade de se resguardar as riquezas, Engels em “A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado” ainda destaca a imposição do homem e a mudança na ordem de filiação com a gens passando a ser designada de acordo com o membro masculino.

Nos povos antigos se destacava a diferenciação feita pelos hebreus entre a esposa legítima que era colocada em posição superior à concubina; a aceitação na sociedade egípcia e entre os povos bárbaros. Chama a atenção, na Idade Média e Moderna, o avanço do pensamento cristão trazendo como consequências a denominação ilegal dada às uniões paralelas no Império Romano e a disposição, pelo Concílio de Trento, do casamento religioso como aquele advindo de uma relação entre homem e mulher. (MAIA, 2007).

Destaca-se o vocábulo “famulus” que faz referência aos escravos romanos, os quais, segundo Engels, eram propriedade, conseqüentemente herança transmitida a descendentes. Esse instituto passou a ser compreendido como aquele que abrangia o chefe masculino, sua esposa e descendentes somados aos escravos, sendo que o chefe possuía um pátrio poder quanto às decisões e vida e morte de todos (ENGELS, p. 15).

Ao destacar que a monogamia surgiu de causas econômicas e não relativas a um amor sexual individual, Engels ainda conclui que:

“Mas se a monogamia foi, de todas as formas de família conhecidas, a única em que se pôde desenvolver o amor sexual moderno, isso não quer dizer, de modo algum, que ele se tenha desenvolvido de maneira exclusiva, ou ainda preponderante, sob forma de amor mútuo dos cônjuges. A própria natureza da monogamia, solidamente baseada na supremacia do homem, exclui tal possibilidade” (ENGELS, p. 20).

Interessante ressaltar um julgado francês de 1833, no qual o tribunal concedeu a uma concubina que entrou em juízo solicitando direitos na partilha de

bens afirmando ter participado na constituição do patrimônio de seu concubino falecido. A sentença possibilitou à concubina um quarto dos bens em razão de serviços prestados e contribuição nos bens. Já no Brasil Colônia a poligamia era regra tanto nas comunidades originárias quanto nas relações dos lusos em razão da atitude impositiva dos portugueses colonizadores. (MAIA, 2007).

Existe uma discussão doutrinária quanto à monogamia ser um princípio do Direito brasileiro ou mito. Entretanto é fato que a monogamia não se encontra no texto constitucional ainda que como princípio. E mesmo se princípio fosse, se deve levar em consideração a diferenciação existente entre regras e princípios e na existência de conflitos de princípios (deste com princípios da igualdade e dignidade, por exemplo) há a possibilidade de sobreposição de um frente ao outro para a efetivação da Justiça.

É perceptível que a monogamia é uma tradição da sociedade ocidental, sendo imposta aos indivíduos desde o nascimento uma visão de futuro e estilo de vida o qual é caracterizado por a pessoa viver com os pais até a formação profissional e estabelecer uma relação matrimonial heterossexual com outra pessoa e com esta criar uma prole.

No Código Civil é visto como dever dos cônjuges a fidelidade recíproca presente no art. 1.566, I. Esse dever está ligado ao art. 1.573, uma vez que, em uma visão positivista, o adultério (art. 1.573, I) é motivo caracterizador da impossibilidade de comunhão de vida sendo causa para separação. Entretanto tal panorama foi legalmente modificado em 2010 pela Emenda Constitucional 66 relativizou a maioria dos incisos do art. 1.566 como fidelidade recíproca e vida comum uma vez que foram desprovidos de sanção jurídica.

Quanto a esse dever de lealdade, afirma o tradicional doutrinador Carlos Roberto Gonçalves: “O dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do caráter monogâmico do casamento. É dever de conteúdo negativo, pois exige uma abstenção de conduta, enquanto os demais deveres reclamam comportamentos positivos” (GONÇALVES, 2012, p. 190). Vale ressaltar que ainda estando normatizado, tal dever, não se vê na jurisprudência nacional exigências quanto a um descumprimento da obrigação de fidelidade.

O Código Civil traz ainda os deveres de lealdade e respeito como deveres de companheiros quando da existência de uniões estáveis, estando

presentes no art. 1.724. Quanto a isso obtempera Gonçalves: “O dever de fidelidade recíproca está implícito nos de lealdade e respeito. Embora o Código Civil não fale em adultério entre companheiros, a lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie. E o dispositivo em apreço exige que eles sejam leais”.

Ressalta-se a descaracterização penal do crime de adultério, não mais punível no Direito brasileiro. Existem posicionamentos de que essa descriminalização, somada à proibição de diferenciação dos filhos no Direito de família, seriam indícios a uma abertura com fins da relativização da monogamia.

2.1 De como o ordenamento jurídico observa a família e as relações paralelas

A ideia de família, célula mater da sociedade, vem sofrendo modificações com o passar do tempo, modificações estas catalisadas pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, os quais trouxeram ao ordenamento jurídico uma nova ordem de valores. Valores estes em que a família passa a ser baseada por laços de afetividade, sobrepondo-se aos laços sanguíneos, tendo como vínculo a afinidade e projetos de vida e objetivos comuns.

A família socioafetiva é baseada em relações de igualdade e respeito mútuo como perceptível na Carta Magna pelo§ 5º do art. 627 e, principalmente, o art. 5º, inciso I, consagrando o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Como requisitos caracterizadores de família estão afetividade, ostensibilidade e estabilidade, ou seja, o afeto comum manifesto e visível que permanece firme e constante.

O Direito passou a abarcar, seja com dispositivos ou através dos princípios constitucionais, diversas formas de arranjo familiar. Tendo como exemplos dessas famílias plurais a família anaparental (aquela caracterizada pela inexistência de pais, mas de uma convivência entre pessoas e/ou parentes, sem conotação sexual); família monoparental (aquela constituída por um genitor e sua prole); família homoafetiva (casal formado por duas pessoas de mesmo sexo e orientação homossexual); união estável (aquela entre homem e mulher em uma convivência

pública, contínua e duradoura); família pluriparental e outras; somadas à tradicional família matrimonial.

Quanto à dinamicidade das formas de família e a relação daquela com a moral e as formas de parentesco, preceitua Engels: “Ao passo que a família prossegue vivendo, o sistema de parentesco se fossiliza; e enquanto este continua de pé pela força do costume, a família o ultrapassa” (ENGELS, p. 4).

Alguns doutrinadores chegam a dizer que o art. 226, CF/88, apresenta um rol meramente exemplificativo de formas de família. Ressalta-se o pensamento de Paulo Luiz Netto Lôbo em artigo publicado, no qual levando em consideração princípios constitucionais, afirma que a Carta Magna não exclui tipos de família, mas a interpretação feita dela os têm excluído.

Como argumentos desse pensamento inclusivo está a não fixação de limites ao conceito de família pelo caput do art. 226, caput este que traz apenas a necessidade de proteção do Estado a esse instituto “família” apresentado como base da sociedade; a presença do vocábulo “também” no §4º do art. 226 e o parágrafo 8º do mesmo dispositivo estimando a valorização pessoal dos membros frente à família institucionalizada trazendo uma assistência e proteção do Estado a cada um dos membros que integram a família.

Tal busca vai ao encontro e está diretamente ligada à absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento, deslocando o eixo de proteção estatal do instituto família para a mesma como instrumento para realização pessoal. Uma vez que família passa a ser decorrente dos laços afetivos e de solidariedade advindos da convivência entre pessoas.

Este elemento afetivo vem sendo valorizado nos tribunais como perceptível no julgamento em 2003 pela sétima câmara cível do TJ RS da apelação cível nº 70005246897, a qual apresenta os excertos a seguir:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE JÁ POSSUI PATERNIDADE CONSTANTE EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 362, DO [CÓDIGO CIVIL DE 1916](#). MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO AUTOR DO VOTO VENCEDOR.

[...] Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. **É a família eudemonista, em que a realização plena de seus**

integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo [...] (grifos nossos).

Durante muito tempo foi sendo denominado concubinato, também caracterizado como união livre, a vida conjunta e prolongada de um casal (homem e mulher) sem casamento. Era presente uma distinção entre concubinato. O concubinato puro era visto como o da relação caracterizada por uma menor obrigação de cumprimento de deveres, que com o passar do tempo foi tendo seus direitos reconhecidos pela jurisprudência, como benefícios previdenciários, culminando na Súmula 380 do STF, a qual preceituava:

“Súmula 380:Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

É perceptível que essa antiga forma de concubinato, em que pessoas sem impedimento legal se juntavam, passou a ser denominada, com o advento da Constituição Federal de 1988, precisamente seu art. 226, §3º, união estável, e a ter status e regulamentação no Código Civil de 2002, no art. 1.723 e ss. Esse instituto familiar, equiparado ao casamento, tem como elementos a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Importante ressaltar quanto a esse instituto a fala de Maria Berenice Dias no artigo publicado na internet “A União Estável” ao afirmar que:

“[...] A união estável, porém, não dispõe de qualquer condicionante. Nasce do vínculo afetivo e se tem por constituída a partir do momento em que a relação se torna ostensiva, passando a ser reconhecida e aceita socialmente [...] Em se tratando de convivência pública, contínua e duradoura impositivo o reconhecimento de sua existência.” (DIAS, 2010, p. 1-2).

As restrições se mantiveram quanto ao concubinato impuro, ou concubinato adúltero, o qual vem sendo caracterizado como a relação estabelecida entre um casal que se encontra com impedimentos matrimoniais, especificamente o impedimento resultante de casamento anterior. Segundo o CC vigente em seu art. 1.571, §1º, esse impedimento desaparece apenas após a dissolução do anterior vínculo matrimonial pela morte, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial ou divórcio.

Assim o sendo é denominada hoje como concubinato, estando presente sua definição, e apenas isso quanto ao tema, no art. 1.727, CC/02, aquela relação duradoura (não eventual) entre homem e mulher impedidos de casar. Quanto a esse instituto assevera Carlos Roberto Gonçalves: “A expressão “concubinato” é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, também conhecido como adúltero” (GONÇALVES, 2012, p. 606).

Entre os doutrinadores apenas alguns tais como Paulo Luiz Netto Lôbo e Maria Berenice Dias discorrem acerca do assunto analisando não apenas o único dispositivo legal como também as implicações da não abrangência das situações presentes na sociedade por parte do Direito.

Como perceptível esse tema não tem sido comumente discutido por doutrinadores e a ele têm sido negados efeitos jurídicos, sejam eles direitos ou deveres. Entretanto o mesmo está presente, como visto, na sociedade e não deve ser tratado como invisível por aqueles que constroem e executam o Direito.

O concubinato, como é caracterizado hoje, pode ser subdividido em concubinato de má-fé e de boa-fé. O primeiro é descrito como aquele em que o terceiro à relação matrimonial instituída tem conhecimento da relação primária do outro concubino, ou seja, do impedimento matrimonial, e dando maior importância ao afeto e à relação concubina criada, a admite e inicia ou mantém a relação concubina.

Já o concubinato de boa-fé é visto, além do elemento diferenciador da falta de ciência a respeito da relação matrimonial do outro concubino, como aquele que também apresenta características de união estável, tais como ânimo de constituir família, duração prolongada, continuidade, além da convivência “more uxório”, que é ligada à comunhão de vidas e que, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

“Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e a soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar” (GONÇALVES, 2012, p. 612).

Na jurisprudência brasileira o concubinato de boa-fé tem recebido por parte dos juízes que não negligenciam tais relacionamentos, uma minoria crescente,

um tratamento análogo ao do casamento putativo(aquele que infringe “impedimento” e é reconhecida a boa-fé de um ou ambos os cônjuges) sendo considerado válido ao cônjuge de boa-fé e produzindo, assim, alguns efeitos. Entretanto tal diferenciação não deve ser valorada em razão da dificuldade e até impossibilidade de investigação da boa-fé ou má-fé podendo incidir em um subjetivismo injusto.

Interessante ressaltar jurisprudência do STJ, o qual no julgamento do *Recurso Especial 742685/RJ* conferiu a possibilidade de divisão previdenciária entre viúva e concubina em razão de coexistência de vínculo conjugal ainda que do denominado pelo ministro “concubinato impuro de longa duração”.

Outras jurisprudências abarcaram essas relações tidas como incorretas, destaque para aquelas que instituíram a triação. Mecanismo presente em julgamentos de apelações cíveis do TJRS desde 2005, em que se reconhece a união dúplice, e o tribunal tem determinado a partilha entre as companheiras e o de cujus dos bens adquiridos na constância da união dúplice levando em consideração quanto à duplicidade de células familiares provas testemunhais, contratos, bilhetes, fotografias.

Nessas jurisprudências progressistas tem sido possibilitada a fixação de alimentos quando da comprovação de que a ex-companheira estava afastada do mercado de trabalho e dependia economicamente de seu companheiro. No acórdão de julgamento pela Oitava Câmara Cível da apelação Nº 70039284542, o desembargador relator levando em consideração entendimento da própria corte deixa claro que um indivíduo estar casado com outro não exclui o reconhecimento de união estável paralela quando os requisitos desta comunhão de vida e projetos estão comprovados de forma cabal.

Vale ressaltar aquelas jurisprudências que trazem o instituto da indenização por serviços domésticos prestados, como REsp 303.604/SP STJ. Uma forma camuflada de provimento judiciário e reivindicação de direitos e alimentos largamente utilizada antes da CF/88 quando da separação dos denominados concubinatos puros (hoje, uniões estáveis). É perceptível o modo injusto, muitas vezes vexatório, oferecido pela Justiça aos concubinos quando da busca por providências judiciais. Quanto a essa injustiça, obtempera Fabiana Meira Maia:

“A indenização por serviços prestados revela-se ainda mais perversa, pelo fato de que a pretensão indenizatória pressupõe a existência de dano; mais

grave ainda, pressupõe que o que existiu não foi uma relação baseada no afeto, e sim uma relação de mais-valia, de troca de favores (sexuais, principalmente), evidenciando ainda mais o estigma que o concubinato adúltero carrega” (MAIA, 2007).

Ainda relativo a essa questão merece destaque jurisprudência do STF, na qual, em 2008, no Recurso extraordinário 397.762-8 BA, a 1ª Turma decidiu, quanto à pensão previdenciária, pela não divisão entre esposa e concubina. Chama a atenção o voto divergente do ministro Ayres Britto, no qual destacou a cláusula constitucional de proteção, ressalta a busca pela felicidade amorosa, ressalta o termo “companheiro”, e, principalmente, que família “simplesmente” advém da vontade de construção de um lar de um casal com um ânimo de permanência e vivência conjunta.

À luz do direito à liberdade amorosa e ao princípio da dignidade da pessoa humana o ministro trouxe essa ideia de um conceito dilatado de família, exaltou a necessidade de estabilidade do relacionamento e, em determinado momento da discussão entre os ministros acerca da questão, lembra que o instituto família perpassa por todos os poros da Constituição, e argumenta: “[...] Quer dizer, o que interessa é a família. O modo pelo qual a família se constituiu é, para a Constituição, absolutamente secundário. A Constituição se dobra à imperatividade do amor, da relação a dois” (STF, 1ª Turma, RE 397.762-8 BA, relator: ministro Marco Aurélio, j. 03/06/2008, p. 645).

Nesse ano o STF reconheceu repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 656.298 Sergipe. Em maio o relator Min. Ayres Britto ao tratar de agravo quanto a decisão obstativa de recurso extraordinário relativo a pedido de benefício previdenciário de um companheiro de união estável homoafetiva, esta concomitante a outra união estável, percebeu a presença de repercussão geral quanto à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes.

O acórdão do TJ SE, que originou o RE, tratou do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva e conseqüente rateio de pensão por morte entre ambos os companheiros de duas uniões estáveis ocorridas em períodos coincidentes e julgou, acreditando ser um concubinato desleal, pela inadmissibilidade no ordenamento jurídico pátrio de uma coexistência de

duas entidades familiares com características de publicidade, continuidade e durabilidade visando a constituição de família. Assim o sendo, realizando uma analogia com a bigamia, os desembargadores, em votação unânime, ditaram pelo impedimento de reconhecimento.

No STF, a parte recorrente sustentou que as questões discutidas no caso incidem no §1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, ou seja, é relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

Como argumentos da impugnação da decisão o recorrente apregoa a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade uma vez que o recorrente e o falecido haviam mantido uma relação pública, contínua e duradoura até a data da morte. Assim tendo o direito do rateio do benefício previdenciário pensão por morte ora dada à outra companheira.

O ministro Ayres Britto além de reconhecer a repercussão geral da questão suscitada, quanto ao mérito, asseverou a violação por parte do acórdão do TJ SE da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e igualdade (art. 5º, I, CF) somado ao obstáculo em razão de discriminação por a união ser entre pessoas de mesmo sexo (art. 3º, IV, CF).

Interessante ressaltar a evolução da jurisprudência, principalmente em tribunais superiores, e legislação nacional no que tange ao Direito de família, uma vez que é forte a tendência de inclusão. Intenção essa perceptível no art. 5º, inciso III, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) que, ao estabelecer o âmbito da violência doméstica e familiar, acomodou ao termo família a apreciação de “qualquer relação íntima de afeto” e ainda no inciso II, transcrito abaixo:

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

I – (...);

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

Ao tratar desse reconhecimento legal (Lei 11.340/2006) do conceito contemporâneo de família, Leonardo Barreto Moreira Alves, em artigo publicado na internet, ressalta a despatrimonialização ou personalização do Direito de família pós CF/88 e novo Código Civil e o auxílio mútuo como principal instrumento dos cônjuges para atingir a realização pessoal e preceitua que:

“É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, amor e a ajuda mútua [...] Diante dessa releitura do dever da mútua assistência, constata-se uma autêntica transformação do instituto do casamento, que deixa de ser o único meio de formação da família para se constituir em um dos (ressalte-se, nunca o único) centros de realização da dignidade da pessoa humana” (ALVES, 2006).

Essa vertente inclusiva está presente em julgados do STF, nos quais foram feitas interpretações inclusivas em relação ao dispositivo “também” do parágrafo 4º do art. 226, CF/88; dentre eles REsp 205170/SP no qual a Quinta Turma abarcou, no que concerne à impenhorabilidade de bens de família, pessoas solteiras e REsp 159851/SP que em consonância com a atual linha de pensamento compreendeu irmãos solteiros como família.

2.1.1 Da necessidade de normatização

É perceptível o silêncio por parte de doutrinadores, juristas, e, principalmente, legisladores quanto à necessidade de discussão acerca do tema e inclusão de normas jurídicas a fim de regular, e trazer à luz do Direito, esses fatos sociais múltiplos e presentes nas diversas classes sociais e regiões do país.

Sendo importante erradicar o preconceito indevido uma vez que aquilo considerado inaceitável ou imoral não é invisível e deve ser contemplado de forma imparcial pela Justiça. Já que ao apresentarmos a questão das famílias paralelas não está se referindo a relações eventuais e fortuitas, mas a vínculos de afeto existentes, sendo aceitáveis ou não por segmentos da sociedade. Vínculos esses

que geram, ao menos levando em consideração o texto constitucional, deveriam gerar efeitos jurídicos. (CHAVES, 2009)

Essa negativa de efeitos jurídicos a um instituto que mesmo sendo antigo, continua presente em nossa sociedade, causa uma insegurança jurídica ímpar a diversas famílias brasileiras uma vez que o outro concubino se encontra em uma situação jurídica real, factual, entretanto não abrangida pelo Direito.

Por tais situações não estarem reguladas, ainda que de forma mínima, seus sujeitos, cidadãos brasileiros como quaisquer outros, ou seja, protegidos por um Estado Democrático de Direito, se veem a mercê de um judiciário conflitante quanto à questão, e como consequência, decisões díspares são efetuadas. Decorrendo, assim, uma insatisfação em razão de suas vidas estarem a bel prazer de julgadores e sua respectiva moral e consciência positivista ou não.

O próprio Código Civil no art. 1.642, V, demonstra a proteção necessária, e nesse caso presente no dispositivo legal, dos bens construídos pelos concubinos:

“Art. 1.642 - Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, **desde que provados que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes**, e o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.” (grifos nossos).

Maior injustiça, se é que se pode valorar (in) justiça, vivem aqueles cidadãos que contraíram de boa-fé relacionamentos com indivíduos impedidos, em razão de casamentos anteriores, e ao necessitarem de amparo judicial percebem que mesmo tal relação sendo verdadeira de fato, não estão inseridos na categoria daqueles os quais o Estado compreende como necessários de proteção.

São ínfimas as decisões que têm equiparado relações concubinas às uniões estáveis, ainda quando da comprovação de vida e interesses comuns, ânimo de constituir família (*affectio maritalis*), estabilidade, duração prolongada e continuidade. Saliento que tenho aduzido pela necessidade de debate e regulamentação e essa equiparação não deve ser vista como a única possibilidade de tais atos uma vez que a união estável e o concubinato são institutos jurídicos

diferentes. Pensamento semelhante é o de Paulo Luiz Netto Lôbo presente no excerto:

“Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades” (LÔBO, 2001).

É factível a injustiça de se impedir um debate e regulamentar esse instituto em razão de juízos morais de valoração através dos quais o princípio da igualdade vem sendo transgredido e violentado ao se possibilitar certas formas de família e ignorar outras, lhes negando direitos. Esse pensamento atrelado à moral utiliza um “princípio” de monogamia imposta pelo Estado sem levar em consideração a crise nesse sistema monogâmico, a relativização do mesmo quanto aos homens e, principalmente, ao pensamento de que justiça se sobrepõe.

Importante destacar quanto à relativização em nossa sociedade machista atual quanto aos homens no que se trata a fazer vista grossa e ainda aceitar quando o homem tem mais de um relacionamento estável heterossexual. Situação esta ressaltada também por Maria Berenice Dias no artigo “Privilégios masculinos”, em que a mesma cita inclusive um julgamento moral infelizmente ainda comum de isenção das obrigações deste homem frente à concubina em razão da condenação da mesma por ter se relacionado com alguém impedido matrimonialmente havendo uma posituação no Código Civil vigente da punição moral à concubina.

Por fim a autora ressalta outro pensamento moral concomitante a esse no excerto: “Somente quando as mulheres dizem que não sabiam que o homem era casado, bem, então, sim, elas são absolvidas e há a possibilidade de receberem alguma coisa por uma vida inteira de dedicação a quem havia lhe jurado fidelidade...” (DIAS, 2010, p.2).

Ainda quanto às consequências, atualmente nulas, ao homem que infringiu o princípio da monogamia e sai ileso juridicamente, ressalta Maria Berenice Dias no artigo “Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade”:

“Reconhecida a concomitância dos relacionamentos, se subtrai qualquer responsabilidade exatamente de quem agiu da maneira merecedora da reprovação social. Assim, quem comete o delito de adultério, quem infringe o dever de fidelidade e descumpre o princípio da monogamia é o único beneficiado. Fica com a totalidade do patrimônio e sem qualquer encargo” (DIAS, 2010, p. 3).

Impossível assim que se ignorem princípios constitucionais utilizando argumentos de ordem moral, argumentos estes falíveis. Contraponho um dos mais divulgados, a proliferação das relações adúlteras quando da regulamentação dessas relações. Argumento raso uma vez que pessoas que apresentam esse *animus* tão positivo como o de constituir uma nova forma de família não devem ser restringidas de tal possibilidade por simples relutância de outrem.

No artigo “Sociedade de afeto” Maria Berenice Dias, ao tratar desse tema ressaltando a evolução dos costumes, rompimentos de paradigmas antes condicionados à família e o pluralismo de formas de família na atual sociedade, preceitua que:

“Nessa nova ótica, a traição e a infidelidade estão perdendo espaço. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante. É por esse prisma que hoje se deve ver a família e buscar não só um novo conceito para defini-la, mas uma nomenclatura que identifique os integrantes dos atuais vínculos familiares” (DIAS, 2010, p. 2).

Como ressaltado por Paula Carvalho Ferraz, em artigo disponibilizado no site do IBDFAM, haverá um acúmulo de responsabilidades ao concubino, ao contrário do que tem sido dito pelos opositores à regulamentação. Uma vez que com a formação de famílias paralelas não haverá um estímulo até porque em nossa sociedade contemporânea capitalista alguns indivíduos que não apresentam o *animus* de criar nova família irão coibir a si mesmo em razão de possível divisão patrimonial.

Havendo a discussão dessa regulamentação, haverá consequentes questionamentos, principalmente relativos à forma. Entretanto não se pode obstar tal discussão em razão de uma atual falta de consenso quanto a essa forma. Como preceitua Marianna Chaves em artigo:

“A fórmula para ser utilizada para, por exemplo, repartição de bens ou da pensão, pode ser complexa, até mesmo enigmática, dependendo da quantidade de famílias envolvidas e de como os relacionamentos de desenvolveram. Mas uma coisa é certa: tais casos merecem ser julgados com equidade, retidão e, descomprometimento total do Juiz com o preconceito” (CHAVES, 2009).

O Código Civil, como está no presente, quando relativo à concubinos, se apresenta inconstitucional uma vez que levando em consideração a necessidade de efetivação de direitos fundamentais através de uma aplicação das normas constitucionais é injusta a exclusão de um indivíduo que em esforço comum adquiriu bens junto de outro, seja participando direta ou indiretamente. Necessária uma nova interpretação e, ainda, modificação levando em consideração a igualdade, dignidade humana e a forma plural atual de família.

Mister novamente citar Paula Carvalho Ferraz, que defendendo a necessidade de normatização aduz:

“Por fim, em nome do princípio da igualdade e liberdade, o Estado não tem o poder de interferir na vida dos indivíduos estabelecendo qual relacionamento afetivo é o mais conveniente e ainda, caso os indivíduos não obedeçam a suas estipulações não lhe é dado o direito de excluí-los e deixá-los a margem do Direito” (FERRAZ, 2008).

3 CONCLUSÃO

Importante ressaltar que não se busca, ao defender a necessidade de regulamentação do concubinato, uma premiação do adultério, todavia, promover discussões entre os poderes estatais, juristas e sociedade acerca de relações presentes em nossa sociedade. Sendo necessário o estabelecimento de limites e possibilidades quanto à simultaneidade de relações afetivas conjugais.

Às quais seus protagonistas e terceiros interessados se encontram atualmente à margem do Direito, incidindo neles apenas um artigo de um código que teve suas discussões iniciadas ainda antes da promulgação da atual Constituição, e lhes sendo negados direitos e princípios constitucionais. Entretanto os

companheiros, seja de qualquer relação existente no ordenamento jurídico atual, apresentam direitos patrimoniais, tais como divisão de bens, obrigação alimentar, impenhorabilidade de bem de família, direitos sucessórios e previdenciários. Deixar de abarcar tais relações seria recompensar a infidelidade e promovendo enriquecimento ilícito de uma parte.

O princípio da dignidade humana e o direito à liberdade amorosa, tão em voga nos tempos atuais, principalmente no STF durante julgamento da ADIN 4277, devem ser reconhecidos e valorados em todo o ordenamento jurídico. Sendo um retrocesso ao nosso Direito a não valoração de outros princípios tão importantes quanto, como os princípios da solidariedade, afetividade e igualdade.

O instituto do concubinato vem percorrendo no judiciário brasileiro trajeto semelhante ao percorrido pela união estável, uma vez que ambos estiveram e, infelizmente, continuam rodeados de vários preconceitos e julgamentos de uma ordem moral excludente e inconsequente. Entretanto não devemos esperar uma nova constituinte para que essa ordem injusta imposta seja quebrada já que levando em consideração como o direito é dinâmico, este deve abarcar contextos sociais e suas respectivas necessidades e as discussões e mudanças necessárias para a realização da Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família: O art. 5º, II e parágrafo único, da lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)**. IBDFAM, 06 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=242>>. Acesso em jun 2012.
- CHAVES, Marianna. **Famílias paralelas**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=495>>. Acesso em jun 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. RT, 2001.
- DIAS, Maria Berenice. **A União Estável**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%3Est%1vel.pdf>. Acesso em jun 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%9rio%2C_bigamia_e_uni%3Est%1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em jun 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Privilégios masculinos**. Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_privil%20g%20masculinos%201%20.pdf>. Acesso em jun 2012.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ, Paula Carvalho. **O Concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional**. IBDFAM, 28 nov. 2008. Disponível

em:<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=470>>. Acesso em jun 2012.

KUSANO, Susileine. **Da família anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559>.

Acesso em jun 2012.

MAIA, Fabiana Meira. **Concubinato adulterino: panorama histórico e disciplina jurídica a partir do Código Civil de 2002**. IBDFAM, 27 ago. 2007. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=321>>. Acesso em jun 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 7](#), [n. 53](#), [1 jan. 2002](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Côrrea de. **Famílias plurais ou espécies de famílias**.