



**FAMÍLIA, CASAMENTO E DESCOMPASSOS NORMATIVOS DO CÓDIGO CIVIL  
BRASILEIRO NO SÉCULO XXI**

**FAMILY, MARRIAGE AND MISMATCHES NORMATIVE OF THE BRAZILIAN  
CIVIL CODE IN THE 21ST CENTURY**

<sup>1</sup>EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

<sup>2</sup>MARCELO PEREIRA DOS SANTOS

**RESUMO**

O Direito de família vem passando por transformações verticais e segue em contínuo processo de adequação à realidade social. Portanto, o objetivo específico desse trabalho é analisar os descompassos normativos do Código Civil brasileiro, vigente desde 2003 e demonstrar a necessidade de ajustes pontuais no texto legal, a fim de evitar interpretações equivocadas que venham a macular a dignidade humana. Foi adotada a metodologia dialético-descritiva com intuito de estabelecer uma interface entre vida prática, legislação vigente e fenômenos culturais vivenciados pelas famílias, de acordo com os ensinamentos de Anthony Giddens e Philippe Ariès.

**PALAVRAS-CHAVES:** Família; casamento; pós-modernidade; afeto; dignidade humana.

**ABSTRACT**

The family law has been going through transformations and today is in a continuous process of adaptation to social reality. Therefore, the objective of this work is to describe the regulatory drift of the Brazilian Civil Code, in force since 2003 and also demonstrate the need for timely adjustments in the legal text in order to avoid misinterpretations and that endanger human dignity. To achieve these attempts is dialectical methodology applied-descriptive, which seeks to establish an interface between practice, existing legislation and cultural phenomena experienced by households, according to the teachings of Anthony Giddens and Philippe Ariès.

**KEYWORDS:** Family; marriage; post-modernity; affection; human dignity.

<sup>1</sup>Pós-doutorado em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), Rio de Janeiro, Brasil. Professora permanente pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), Rio de Janeiro, Brasil. Professora Adjunta pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, Brasil. Email: [ershogemann@gmail.com](mailto:ershogemann@gmail.com)

<sup>2</sup>Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), Rio de Janeiro, Brasil. Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA), Rio de Janeiro, Brasil. Email: [marcelo.pereira.adm.ufrj@gmail.com](mailto:marcelo.pereira.adm.ufrj@gmail.com)



## INTRODUÇÃO

Desde meados do século XX, a instituição família, tida como célula-mater da sociedade, vivencia um turbilhão que objetivamente atropela tradições e redesenha os referenciais estabelecidos pela influência dos ditames da doutrina judaico-cristã superando a dogmática patrimonialista e tabus que reprimiram e sufocaram desejos, sentimentos, liberdades e a autonomia para redefinir os caminhos em direção à felicidade, durante toda história familiar em nosso país.

O instituto jurídico do casamento, por mais solene que ainda seja, não se configura hoje como a única fonte de formação do núcleo familiar, aparentando muito mais a um mero capricho contratual do que um elemento essencial para o surgimento dos vínculos parentais. Essa afirmação pode causar arrepios aos que vêm no matrimônio o momento de consagração e celebração da união de pessoas que decidiram unir suas vidas em busca do mesmo destino, e, portanto, deve ser considerado pelo ordenamento jurídico com distinção em relação a outras espécies de transação ou ato que tenha repercussão na órbita normativa.

O propósito deste trabalho não é apurar opiniões individuais ou fazer juízo de valor distante de referências teóricas e fundamentos jurídicos que encontrem apoio na Constituição da República de 1988, mas sim analisar a evolução da conotação das famílias e descrever os descompassos normativos do Código Civil brasileiro, vigente desde 2003, bem como o de demonstrar a necessidade de ajustes pontuais no texto legal, a fim de evitar interpretações equivocadas que possam colocar em risco a dignidade humana.

O artigo foi desenvolvido pela utilização da metodologia dialético-descritiva que permitiu fixar a interface entre os aspectos teóricos apontados pela doutrina e realidade prática, trazendo para reflexão questões afetas ao contexto social, político e econômico. Para melhor explorar as características da família no plano da Sociologia, foram visitados autores como Anthony Giddens e Philippe Ariès, permitindo alicerçar o arcabouço teórico da pesquisa.

Na primeira parte são descritas novas dimensões da família no século XXI e os arranjos diferenciados que impulsionam os tribunais brasileiros a realinharem suas jurisprudências conforme as adversidades que circunscrevem indivíduos vinculados pelo afeto.

O segundo bloco trata especificamente do instituto do casamento, demonstrando a transição de uma matriz religiosa do matrimônio para um modelo delineado pelo Estado desvinculado das diretrizes religiosas católicas.



No terceiro tópico expõe-se as distinções cunhadas pela doutrina e jurisprudência em torno da sociedade de fato, união estável e casamento para verificar o que alcança o interesse público e aquilo que importa apenas aos componentes do organismo familiar. Aqui é registrada a crítica doutrinária que recai sobre o termo “concubinato” e suas consequências atinentes aos efeitos pessoais, sociais e patrimoniais.

A seção seguinte trata do princípio da monogamia e as denominadas anomalias frente à ordem constitucional contemporânea, tal como seus efeitos nocivos à dignidade humana. Assim também, são abordadas questões alusivas às famílias paralelas, à poliafetividade e às indagações sobre o concubinato.

Na última parte do ensaio, discute-se a imposição do regime da separação obrigatória de bens, como regra compulsória e inalterável que inviabiliza a escolha do estatuto patrimonial do casamento aos maiores de 70 anos de idade. Neste item, são apontados fundamentos jurídicos constitucionais que justificam o afastamento dessa cláusula normativa, completamente dissociada dos propósitos perseguidos pelo constituinte de 1988.

Ao final, será possível extrair um panorama das questões que mais geram inquietações na doutrina e na jurisprudência contemporânea tocante ao Direito das famílias e compreender as incompatibilidades normativas do Código Civil brasileiro diante de uma realidade que gera incapacidade tanto ao legislador quanto ao intérprete para definirem objetivamente matérias que são amplamente fluidas e complexas. Portanto, fica a dúvida de como atingir o nível mais elevado de justiça para atender os múltiplos arranjos familiares que se fazem presentes no século XXI e as novas variações possíveis nas gerações prospectivas.

## 2 O INSTITUTO DO CASAMENTO

O Código Canônico descreveu, em seu cânone nº 1.055, § 1º, a definição do matrimônio para a Igreja Católica<sup>3</sup>, ficando consignado que se trataria de pacto firmado entre o homem e a mulher para estabelecer um vínculo indissolúvel, como propósito de procriação e educação da prole. Vale salientar que o compromisso envolvendo nubentes não católicos dependeria da autorização da autoridade eclesiástica, exigindo demonstração de causa justa e razoável (LEITE, 1983). Essas especificações serviram como orientação para a constituição das famílias no Brasil, durante o período colonial, época em que a Igreja desempenhava papel

<sup>3</sup> Cânone, art. 1055, §1º, “o pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento”.



fundamental junto ao Estado, de cariz confessional, na tarefa de educar pessoas, “controlar as almas na vida diária” e muito eficaz na imposição das normas de obediência. Além disso, o Clero tinha competência para reger e legitimar “o batismo, a crisma, a confissão e a extrema-unção na hora da morte, o enterro em um cemitério designado pela significativa expressão ‘campo santo’” (FAUSTO, 2013, p. 54).

O Brasil Império optou pela adoção do catolicismo como religião oficial em sua primeira Constituição, de 1824: “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo”.

Com a proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891, foi rompida a relação entre Igreja e Estado, cabendo somente a este definir e regular a aliança matrimonial para produção de efeitos jurídicos civis. De acordo com Soares (1890, p. 5), já havia em 1854 aqueles que defendiam a secularização das núpcias, ideia defendida pelos Viscondes do Uruguay, Maranguape e Abrantes e reverenciada pelo Conselheiro Nabuco, Ministro da Justiça em 1855. Logo, em julho 1858, o então Ministro da Justiça Diogo de Vasconcellos propôs a mencionada mudança através de um projeto que deu origem à Lei nº 1144, de 11 de setembro de 1861, porém não houve grandes avanços, uma vez que o ato legislativo deixou sob a tutela da Igreja o denominado matrimônio misto (entre católicos e não católicos). Países como França (1803), Espanha (1875), Alemanha (1875), dentre outros, já vinham estabelecendo a obrigatoriedade do casamento civil para reconhecimento de efeitos jurídicos, contudo somente em 1890, o Decreto nº181 de 24 de janeiro reconheceu o matrimônio formalizado civilmente como único modo de dar juridicidade à união de vida entre homens e mulheres (SOARES, 1890, p. 22).

A consagração da República e a promulgação da Constituição de 1891 deram novo contorno às representações estatais, antes compostas pela Igreja Católica. Nesse momento, foi superada a concepção de religião oficial e instituída a liberdade de crença, permitindo a cada pessoa seguir a sua fé. Com isso, não mais assistia razão prestigiar as uniões pactuadas sob o batismo de Cristo. Portanto, o § 4º, do artigo 72, da Constituição de 1891 veio dispor que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (COSTA, 2006, p. 14).

O Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917, regulou o casamento civil minuciosamente, reproduzindo os preceitos delineados na norma supramencionada, destacando as hipóteses de nulidade e anulabilidade, bem como prescrevendo as formalidades perante o oficial do registro civil. Portanto, não seria lógico que referendasse as núpcias celebradas tão



somente em ritos religiosos, pois, para o legislador, o matrimônio seria um instituto contratual definido pelo Estado, dependendo da sua certificação para se tornar existente, válido e eficaz.

A efêmera Constituição de 1934, tendo como referencial a república alemã de Weimar, ao instituir seu projeto de bem-estar social, restabeleceu as bodas religiosas, sem no entanto fazer distinção de credo, porém, exigiu o cumprimento da habilitação dos nubentes perante a autoridade civil, com a finalidade de apurar a existência de impedimentos em relação aos noivos, ordenando também observância aos protocolos legais e inscrição das núpcias no registro cartorário. Em seguida, a matéria foi regulamentada, progressivamente, através das seguintes normas: Lei nº 379/37, Decreto-lei nº 3.200/41, Lei nº 1.110/50, Lei nº 6.015/73, artigos 71 a 75 e Código Civil de 2002, artigos. 1515 e 1516. O ponto de maior relevância se deu em torno da eficácia retroativa da celebração, tomando como referência a data da cerimônia eclesial (COSTA, 2006, p. 15)

Outro marco histórico que demarcou o casamento foi a edição da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977 que alterou a Constituição de 1967, dando nova redação ao art. 175, §1º: “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. Essa Emenda fora consequência da aprovação do projeto de lei apresentado pelo então Senador Nelson Carneiro, que durante décadas fora o grande defensor do divórcio em nosso ordenamento jurídico e que finalmente foi introduzido na ordem jurídica brasileira, sendo regido pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, admitindo a dissolução da sociedade conjugal. Essa liberdade estava condicionada à separação judicial e ao cumprimento do lapso temporal acima especificado, demonstrando forte intervenção estatal sobre os laços familiares. A Constituição de 1988 flexibilizou essa limitação, reduzindo o prazo de três anos para um ano e fundando o denominado divórcio direto, uma vez demonstrada separação de fato por mais de dois anos. Contudo, ainda resistiam as interferências do Poder Público sobre as pessoas unidas pelo matrimônio, de modo que cabia aos juízes das Varas de Família inibir o desfazimento do pacto matrimonial, pois o rompimento desarrazoado afetaria a função social do instituto. Nesse mesmo sentido, o Código Civil de 2002 considerou a separação (judicial e de fato) como condição para dissolução do casamento, conjuntura que prevaleceu até 13 de julho de 2010, quando foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66 que incluiu o parágrafo sexto ao artigo 226, assim dispondo: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Assim, mediante exercício do poder constituinte derivado reformador, o povo conseguiu afastar, por intermédio de seus representantes, as restrições constitucionais e legais



que inviabilizavam o imediato rompimento das núpcias, aprumando as delimitações da família aos propósitos de um Estado democrático de direito, cujos princípios fundamentais já estavam assentados sobre o valor da dignidade humana. Ademais, o art. 1513, do Código Civil de 2002<sup>4</sup> adquiriu *status* constitucional, ganhando eficácia reforçada, visto que o núcleo familiar restaria sujeito apenas à livre deliberação dos seus pares, ficando assim consubstanciada a autonomia das famílias. Significa afirmar que as tradições em torno do matrimônio, tal como a rigidez das regras impostas pelo poder estatal para legitimar as núpcias e a formação dos vínculos domésticos foram esvaziadas, tendo em conta o ideal de felicidade ínsito em cada pessoa e o afeto como fonte dos relacionamentos interpessoais.

O legislador, que desafortunadamente se prende ao ranço de uma sociedade de perfil patrimonialista e patriarcal, resiste à formatação familiar eudemonista, na medida em que não assegura direitos patrimoniais decorrentes de associações não formalizadas no registro civil. Por outro lado, dá um contorno contratual ao matrimônio sem abrir mão do intervencionismo exacerbado em torno da autonomia privada, impondo regras compulsórias relacionadas ao regime de bens para pessoas maiores de 70 anos, assim como à fixação do princípio da monogamia, aos impedimentos para o casamento e às disposições referentes à anulabilidade da transferência de bens à concubina (doação e sucessão testamentária).

### 3 SOCIEDADE DE FATO, CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL

O fenômeno da constitucionalização dos direitos civis traduziu uma releitura no que diz respeito aos direitos das famílias, visto que a comunhão de vida consolidada sem observância das formalidades legais, além de não ser bem vista pela sociedade, não recebia tutela do Estado, por compreender que tal associação não gozava de legitimidade e muito menos legalidade. Somente o matrimônio dava sustentação aos direitos e produzia efeitos na órbita pessoal, patrimonial e social, entendendo o legislador que o mero vínculo destituído das solenidades correspondentes ao casamento não era capaz de preencher os aspectos jurídicos familiares. A Constituição brasileira de 1988 conferiu positividade à união estável que até então não passava de um simples concubinato, ainda que o núcleo afetivo já estivesse solidificado e projeto no plano existencial tivesse a finalidade de edificar um elo parental.

<sup>4</sup> “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.





Relevante ressaltar que o juízo de família não tinha competência para dirimir conflitos envolvendo pessoas não casadas, ficando a cargo das Varas Cíveis julgar questões de caráter patrimonial e extrapatrimonial, em razão da caracterização de uma espécie de sociedade de fato, por conta da criatividade de advogados e magistrados que não se conformavam ou limitavam em ser meros “operadores do direito”, mas ousaram interpretar e criar o direito. Tempos difíceis aqueles em que diante da lei a mulher que dedicara parte da sua vida àquele núcleo afetivo, ao término da relação, mesmo dependendo economicamente do companheiro, não conseguia justificar seu pedido de alimentos ou de participação no acervo adquirido durante a convivência, exceto se demonstrasse efetiva contribuição.

No Recurso Extraordinário nº 9855, de 16 de abril de 1946, o então Ministro Orozimbo Nonato, decidiu pelo direito da concubina, uma vez demonstrada sua cooperação para o acúmulo patrimonial do companheiro, apoiando seu julgamento na definição de sociedade de fato. Nessa perspectiva, afirmou que “é possível reconhecer, sem ferir a lei, uma comunhão ou sociedade de fato do homem com sua concubina...” Para tanto, exigia-se as evidências inerentes ao desígnio de interesses comuns, esforços e colaboração proporcional a condição de cada um dos seus integrantes. Essa tese ganhou força e foi replicada nos pedidos subsequentes, submetidos à Corte Suprema: Agravo de Instrumento nº 12.991, publicado em 21 de agosto de 1948; RE nº 19.561, publicado em 10 de outubro de 1953; RE nº 24.430, publicado em 15 de junho de 1961, RE nº 26.329, publicado em 11 de agosto de 1961; RE nº 49.064, publicado em 18 de janeiro de 1962; e RE nº 52.217, publicado em 12 de setembro de 1963. Por fim, foi editada a súmula nº 380, aprovada em 03 de abril de 1964 e publicada em 08 de maio daquele mesmo ano.

Assim surgiram as primeiras reflexões em volta do concubinato e da sociedade de fato, levando a doutrina à reapreciação do direito de família, especialmente, relativo aos aspectos patrimoniais da relação não matrimonial. Em destaque, Azevedo (1995, p. 98-99) estabeleceu a distinção entre concubinato puro e impuro, ensinando que no primeiro tanto o homem quanto a mulher não tinham qualquer restrição para o casamento, enquanto neste último um deles ou ambos estavam em situação que impossibilitava a oficialização de matrimônio.

Com a virada hermenêutica do século XX, a conotação da família ganhou outro viés em virtude da mudança do paradigma patrimonialista para o valor da dignidade humana. Conseqüentemente, a percepção sobre a comunhão de vida não mais se limitava à descrição estritamente legal, dado que o afeto assumiu a função vetorial dos novos arranjos familiares (PEREIRA, 2015, p.1880).



Aquela relação, antes descrita como concubinato puro, após a declaração do Estado democrático de direito, adquiriu *status* de união estável, além de ficar determinada a facilitação da sua conversão em casamento. Isso tudo releva um avanço no pensamento crítico relativo à família que transcende o dogmatismo da tradição católica e encontra fundamento numa realidade segmentada pelo consumo excessivo, transmutada pela ascensão da mulher, influenciada pela evolução científica e tecnológica, concebida dentro de universo globalizado e orientada por uma cultura capitalista (OLIVEIRA, 2009, p. 80).

A autonomia privada e o livre planejamento familiar, por mais que estivessem assegurados na Carta Constitucional de 1988, continuaram sofrendo limitações impostas pelo Estado, especialmente por conta do princípio da monogamia e do não reconhecimento dos relacionamentos afetivos paralelos ao casamento e à união estável. Dessa forma, quaisquer vínculos de natureza distinta do formato monogâmico permaneceram cercados pelo estigma do malfadado concubinato, não passando de mera sociedade de fato, conforme já salientado, leitura que até hoje é dada à união entre pessoas impedidas para o casamento, tal como relações poliafetivas ou advindas de convívios paralelos. Com isso, permaneceu a discriminação entre famílias qualificadas e núcleos desqualificados (DIAS, 2007, p. 112).

As uniões estáveis, hoje constituídas, independentemente do cumprimento de formalidades legais, importando para tanto a finalidade de constituir família, além dos pressupostos da convivência pública, contínua e duradoura, ainda que não haja coabitação<sup>5</sup>. Os requisitos temporais e da existência de prole em comum, previstos na Lei nº 8.971/94, foram suprimidos pela Lei nº 9.278/96 que serviu de referencial para definição do conceito no Código Civil de 2002. Não pode ficar de lado o fato da *affectio* abarcar pessoas que não conhecem o status do seu companheiro e, acreditando viver uma relação legítima e legal, descobrem posteriormente que o outro tem uma família alicerçada no matrimônio e que durante toda convivência manteve vínculos simultâneos.

Um dos maiores progressos da ordem jurídica brasileira se deu no plano da admissibilidade da união estável firmada entre pessoas casadas, já separadas de fato ou judicialmente. Ademais, floresceu com a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) a separação extrajudicial (art. 733), sendo mais uma circunstância para possível formação de novas famílias estabelecidas entre companheiros. Dessa forma, embora mantido o vínculo matrimonial não mais resistiriam as cláusulas impeditivas que inviabilizavam a legalização da

<sup>5</sup> Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.





convivência concebida no afeto. Assim, evocando a Psicanálise, fica evidenciado por Pereira (2015, p. 1877) que “o sujeito de direito é também um sujeito de desejo” e, portanto, “o verdadeiro laço conjugal não é o vínculo jurídico, mas o desejo e o afeto”.

Faltou sensibilidade ao legislador para redimensionar as regras do casamento e da união estável à cerca dos laços fixados entre pessoas do mesmo sexo, realidade que foi regulamentada pela Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça, no mês de maio de 2013, após decisões judiciais na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, em maio de 2011, e no Recurso Especial nº 1.183.378-RS, em outubro daquele mesmo ano. Foram necessárias seis décadas para entender o sentido do artigo 16 da Declaração Universal de Direitos Humanos e vinte e dois anos de Constituição democrática para flexibilizar as rígidas amarras do divórcio.

#### 4 ANACRONISMO DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

Cumpre alertar que não se pretende aqui promover uma análise da matéria sob o olhar da teologia, mas tão somente refletir quanto aos aspectos jusfilosóficos e pragmáticos dos vínculos familiares. O matrimônio, como afirma Kierkegaard, (1969, p. 37), “comporta um momento ético e religioso que o amor não tem: de modo que se funda na resignação, coisa que o amor não faz” (). Essa é uma das razões que leva ao questionamento sobre a legitimidade das barreiras jurídicas, culturais e sociais que circunscrevem as relações afetivas, compartilhadas no âmbito das famílias.

O primeiro ponto que, salvo melhor juízo, merece destaque, consiste no questionamento quanto à imposição de um formato familiar monogâmico já que a proposição da Constituição brasileira de 1988 está direcionada para configuração de grupamentos plurais e democráticos. Além disso, cabe a reflexão se os núcleos organizados entre três ou mais indivíduos mereceriam o rótulo de família ilegítima. Isso porque, ainda no Brasil, casamentos simultâneos são enquadrados no tipo penal denominado bigamia e, portanto, representam conduta criminosa que atinge o mínimo ético guarnecido pelo Código Penal de 1941. Será que o afeto compartilhado por membros de uma mesma família, composta por mais de duas pessoas, não deve ser reconhecido para efeito de casamento ou união estável, tais como seus respectivos efeitos jurídicos, simplesmente por ofender o princípio da monogamia?

As múltiplas dimensões da tutela da pessoa humana e, por conseguinte, da proteção da família, não comportam a ideia de unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos



e religiosos (FARIAS, p. 444, 2011). O seio familiar é um ambiente de formação e transformação do cidadão do mundo, *locus* reservado à expansão de sentimentos, troca de afeto, definição dos pilares da personalidade e segurança para o desenvolvimento dos atos da vida. Ali a intimidade, a realidade, os sonhos, as angústias, as conquistas e satisfação dos desejos são experimentados na sua maior intensidade, não obstante sua composição se dê modo distinto do modelo padronizado pela Igreja Católica e demais denominações de ordem religiosa (MOTA; ARAGÓN; 2013, p. 169-170).

O comportamento poligâmico está presente na sociedade contemporânea, como sempre esteve, mas com maior expressão devido a abertura da liberdade de direitos e das conquistas decorrentes dos movimentos sociais que influenciaram a reformulação de normas transnacionais, tais como tratados internacionais destinados à defesa dos interesses das mulheres, dos homossexuais, das crianças e adolescentes e, das famílias em geral. Portanto, proibir a poligamia significa desconsiderar algo que está interiorizado nos lares da população brasileira. Nessa perspectiva, legisladores, magistrados, advogados e comunidade civil devem ter em conta que as relações interpessoais sofrem influxos de ordem econômica, social, política e cultural, razão pela qual a racionalidade tem que prevalecer em certas ocasiões e norma curvar-se à dignidade humana (GOULD *et al.* 2004, p. 23-24).

São evidenciados casos levados ao Poder Judiciário envolvendo conflitos que abrangem questões inerentes à discussão de direitos de mulheres que viveram por anos um relacionamento paralelo, sem ter a exata noção quanto ao *status* de seu companheiro que, ora casado, ora já convivendo em outra união estável, manteve sigilo da existência de uma família constituída. Nessas demandas, a maior parte dos tribunais brasileiros declara a ilegalidade dos laços afetivos firmados por sujeitos que anteriormente estavam envolvidos em vínculos familiares consolidados e que, na ocasião, não haviam se separado de fato<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> 0046030-75.2011.8.19.0205 - APELACAO - 1a Ementa DES. JOSE ROBERTO P COMPASSO - Julgamento: 26/01/2016 - NONA CAMARA CIVEL. APELAÇÃO CÍVEL. Ação de reconhecimento de união estável. Sentença de improcedência. Manutenção. Impossibilidade de reconhecimento de relações concomitantes. Para o reconhecimento de união estável, sendo um dos alegados conviventes casado, é necessária a prova de que tenha havido a separação de fato, o que não ocorreu nos presentes autos. Recurso a que se nega provimento. Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 26/01/2016 (TJRJ, 2016). 0287185-41.2010.8.19.0001 - APELACAO - 1a Ementa DES. JUAREZ FOLHES - Julgamento: 26/08/2015 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL APELAÇÃO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM EM FACE DOS FILHOS DO DE CUJUS. SENTENÇA JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO. APELAÇÃO DA AUTORA. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA. A ALEGAÇÃO DA AUTORA DE CONVIVÊNCIA MORE UXORIA POR MAIS DE VINTE E TRÊS ANOS (DE 1987 ATÉ O FALECIMENTO) NÃO RESTOU COMPROVADA. ALEGADO COMPANHEIRO QUE FALECEU NA CONDIÇÃO DE CASADO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE ELE SE ACHAVA SEPARADO DE FATO DA ESPOSA. PROVA INDICANDO QUE O RELACIONAMENTO ERA CLANDESTINO, DESTITUÍDO DE CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO E SEM INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL



O Superior Tribunal de Justiça recusa a admissibilidade de ligação afetivas concomitantes para efeitos patrimoniais e previdenciários, especificamente no que tange à alimentos e pensão por morte. Nessa lógica, decidiu o STJ no Recurso Especial nº 1.096.539-RS, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 27/3/2012, que “havendo uma relação concubinária, não eventual, simultânea ao casamento, presume-se que o matrimônio não foi dissolvido e prevalecem os interesses da mulher casada, não reconhecendo a união estável<sup>7</sup>. Contudo o Supremo Tribunal Federal, apesar de manter o entendimento que “é

NÃO CONFIGURADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. Ação de "reconhecimento de união estável" ajuizada em face dos herdeiros (filhos) do de cujus. Alega a autora que viveu em concubinato com Aron Wasserman por mais de vinte e três anos, de 1987 até o falecimento dele. Sentença julgando improcedente o pedido. Apelação da autora. Requer a reforma da sentença. Sentença que não merece reforma. No caso em tela, a autora era casada com ANTONIO FERREIRA CAMPOS desde 08/11/1979, o que perdurou até 06/10/1998, quando se divorciou. Já o de cujus era casado com NESÉA WASSERMAN desde 10/06/1954, tendo falecido em 16/05/2010 nessa condição. É certo que não seria possível o reconhecimento da união estável de 1987 a 2010, pois o Código Civil, em seu art. 1723, dispõe que 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, desde que não configurado nenhum dos impedimentos previstos no art. 1.521. No caso, não há comprovação de que o apontado companheiro tenha se separado de fato da esposa e ido conviver com a autora, o que atrairia a regra do art. 1723, § 1o, do CPC. Diante da vedação legal quanto ao reconhecimento de união estável com apontado companheiro casado e não separado de fato da esposa, a suposta relação em questão caracterizar-se-ia, no máximo, como concubinato impuro, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil. Na mesma linha de inteligência, o verbete 122 da Súmula deste E. Tribunal de Justiça esclarece a impossibilidade de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. O reconhecimento da união estável, portanto, depende do rompimento, ainda que de fato, da relação matrimonial. As fotos juntadas pela autora com a finalidade de comprovar a referida união não se prestam para tal desiderato, assim como os demais documentos, que não foram aptos a embasar o pleito autoral. Nesse diapasão, conclui-se que a autora não se desincumbiu do ônus do art. 333, I, do CPC. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO. Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 26/08/2015 (TJRJ, 2015).

<sup>7</sup> RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL SIMULTÂNEA AO CASAMENTO. Ser casado constitui fato impeditivo para o reconhecimento de uma união estável. Tal óbice só pode ser afastado caso haja separação de fato ou de direito. Ainda que seja provada a existência de relação não eventual, com vínculo afetivo e duradouro, e com o intuito de constituir laços familiares, essa situação não é protegida pelo ordenamento jurídico se concomitante a ela existir um casamento não desfeito. Na hipótese, havia dúvidas quanto à separação fática do varão e sua esposa. Assim, entendeu-se inconveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da vida privada, da intimidade e da dignidade da pessoa humana, abrir as portas para questionamento acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido. Diante disso, decidiu-se que havendo uma relação concubinária, não eventual, simultânea ao casamento, presume-se que o matrimônio não foi dissolvido e prevalece os interesses da mulher casada, não reconhecendo a união estável. Precedentes citados do STF: RE 397.762-BA, Dje 11/9/2008; do STJ: Resp 1.107.195-PR, Dje 27/5/2010, e Resp 931.155-RS, DJ 20/8/2007. REsp 1.096.539-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/3/2012. DIREITO ADMINISTRATIVO. PENSÃO DE MILITAR. IMPOSSIBILIDADE DE RATEIO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA. Não deve ser rateada entre a viúva e a concubina a pensão de militar se os dois relacionamentos foram mantidos concomitantemente. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é possível o rateio de pensão entre a viúva e a companheira com quem o instituidor da pensão mantinha união estável, assim entendida aquela situação na qual inexistente impedimento para a convalidação do relacionamento em casamento, o que somente não se concretiza pela vontade dos conviventes. Nos casos em que o instituidor da pensão falece no estado de casado, necessário se faz que estivesse separado de fato, convivendo unicamente com a companheira, para que esta possa fazer jus ao recebimento da pensão. Não verificada a existência de união estável, mas de concubinato, é indevido o rateio da pensão. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.424.071-RO, Dje 30/8/2012; RMS 30.414-PB, Dje 24/4/2012, e AgRg no REsp 1.267.832-RS, Dje 19/12/2011. AgRg no REsp 1.344.664-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/11/2012. UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS. A Turma, ao prosseguir o julgamento, deu provimento ao recurso especial e estabeleceu ser impossível, de acordo com o ordenamento



impossível o reconhecimento concomitante de duas uniões estáveis ou uma união estável e um casamento válido, sem separação judicial ou de fato”, autoriza o acesso da concubina à pensão por compreender que “o conceito de companheirismo para fins de proteção previdenciária é mais amplo do que o da legislação civil, notadamente porque a lei previdenciária tem finalidade de proteção social”<sup>8</sup>. Esse pensamento foi reproduzido recentemente na Corte Suprema de

---

jurídico pátrio, conferir proteção jurídica a uniões estáveis paralelas. Segundo o Min. Relator, o art. 226 da CF/1988, ao enumerar as diversas formas de entidade familiar, traça um rol exemplificativo, adotando uma pluralidade meramente qualitativa, e não quantitativa, deixando a cargo do legislador ordinário a disciplina conceitual de cada instituto - a da união estável encontra-se nos arts. 1.723 e 1.727 do CC/2002. Nesse contexto, asseverou que o requisito da exclusividade de relacionamento sólido é condição de existência jurídica da união estável nos termos da parte final do § 1º do art. 1.723 do mesmo código. Consignou que o maior óbice ao reconhecimento desse instituto não é a existência de matrimônio, mas a concomitância de outra relação afetiva fática duradoura (convivência de fato) - até porque, havendo separação de fato, nem mesmo o casamento constituiria impedimento à caracterização da união estável -, daí a inviabilidade de declarar o referido paralelismo. Precedentes citados: REsp 789.293-RJ, DJ 20/3/2006, e REsp 1.157.273-RN, DJe 7/6/2010. REsp 912.926-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/2/2011.

<sup>8</sup> Decisão: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face do acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fls. 472-473): “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. COMPANHEIRA. PENSÃO MILITAR. VERIFICADA A UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DUAS COMPANHEIRAS CONCOMITANTES. AS PARCELAS EM ATRASO DEVEM SER ARCADAS PELA ADMINISTRAÇÃO. APELOS IMPROVIDOS. 1. O argumento de que não se cuidaria de união estável, mas sim de concubinato impuro, tendo em vista que o falecido militar era casado, e mantinha concomitantemente um relacionamento extraconjugal com a Autora, não merece prosperar, visto que este Tribunal tem decidido em favor da divisão da pensão entre a companheira e a esposa, além de não fazer distinção entre companheirismo e concubinato, em se tratando de pensão. 2. Consta dos autos provas suficientes de que verdadeiramente existiu convivência marital entre a autora e o de cujus, não tendo sucedido apenas mero romance efêmero. 3. A Lei nº 9.278/1996, que regulamentou o §3º, do art. 226 da Constituição Federal, define no seu art. 1º, a União estável como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, e não estipulou o tempo mínimo para tal mister. 4. O reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes não é possível no âmbito do Direito de Família, contudo, no caso concreto, trata-se de situação peculiar, onde ambas as companheiras foram exitosas em demonstrar a convivência marital. 5. Desde o requerimento administrativo formulado pela autora, a Administração Pública já era ciente de tal pretensão, não havendo que se falar em desconhecimento. Por outro lado, a então única beneficiária da pensão recebia tais valores de boa-fé não sendo plausível impor a esta o pagamento de quantias que, desde o requerimento administrativo, já poderia ter sido pagas de forma rateada. 6. Apelos improvidos.” Embargos de declaração parcialmente providos, sem atribuição de efeitos infringentes. No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Nas razões recursais, sustenta-se, em suma, a existência de concubinato impuro para afastar o rateio do benefício previdenciário pensão por morte. A Vice-Presidência do TRF/5ª Região inadmitiu o recurso com base no enunciado da Súmula 284/STF. É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. Consta-se que o acórdão recorrido não diverge da jurisprudência desta Corte, segundo a qual a união estável é núcleo doméstico apto a receber a proteção estatal dada à família: “(...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família.(ADPF 132/RJ, Tribunal



Justiça da Colômbia, nos termos da decisão exarada em 30 de junho de 2016, sob a lavra do Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, ficando registrado que o concubinato estendido de 1995 a 2007 não passara de mera sociedade fato, a qual foi dissolvida com a morte de um dos consortes, não restando justificativas para o companheiro sobrevivente receber qualquer benefício econômico a título de herança<sup>9</sup> (*Radicación* nº 68755-31-03-002-2008-00129-01).

Tais descrições demonstram o anacronismo patente do princípio da monogamia, ainda mais no aspecto criminal, onde reside a pena potencial de dois a seis anos de reclusão, completamente desproporcional à conduta tipificada como ilícito penal se comparado ao crime previsto no artigo 129, §9º, Código Penal (lesão corporal lesão praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade). Por conseguinte, essa matéria está afeta à intimidade da pessoa, não merecendo tratamento de delito dado que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (artigo 1513, do Código Civil). Nesse contexto, as limitações impostas à liberdade individuais requerem justificativas amparadas na função social da família, pois do contrário são consideradas absolutamente arbitrárias e destituídas de legitimidade, características que rompem com as amarras constitucionais do século XXI.

Os argumentos supramencionados formam consignados pela Suprema Corte na ADI 4277, não obstante o objeto de a ação tratar especificamente da união entre pessoas do mesmo sexo. Significa dizer que o princípio da monogamia não teria mais sustentação na ordem jurídica brasileira em decorrência da inadmissibilidade de qualquer discriminação, merecendo reforço os artigos 2º, item 1 e, art. 26, do Decreto nº 592 de 07 de julho de 1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), norma dotada de natureza supralegal. Sob a lavra

---

Pleno, Relator Min. Ayres Britto, DJe de 05.05.2011)” Em relação à dependência econômica e ao reconhecimento da união estável, constata-se que eventual divergência ao entendimento adotado pelo juízo a quo demandaria o reexame de fatos e provas e o da legislação infraconstitucional, aplicável à espécie, de modo a inviabilizar o processamento do apelo extremo, tendo em vista as vedações contidas nas Súmulas 279 e 280 do STF. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 279/STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. Os temas constitucionais do apelo extremo não foram objeto de análise prévia e conclusiva pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. Para dissentir do acórdão recorrido, quanto à existência de união estável ensejadora do direito à pensão por morte seria necessária a análise do material fático-probatório dos autos, bem como da matéria infraconstitucional pertinente, procedimentos inviáveis em sede de recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 821460 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 12.12.2014).

<sup>9</sup> Na Colômbia, assim como no Brasil, o concubinato corresponde a uma instituição claramente diferenciada da união estável.





do Ministro Ayres Britto, relator da referida demanda, ficou asseverado no voto que “o papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize seu projeto de vida”. Ainda sim, vale sublinhar a indubitável afronta ao princípio da igualdade que encontra assento no artigo 3º, inciso IV, da Constituição brasileira de 1988, da mesma forma que atinge o os princípios da liberdade, da dignidade pessoa humana, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, diante do autoritarismo moral. O afeto não pode sofrer contenção da norma jurídica, até porque o gozo da felicidade e a alegria de amar têm caráter personalíssimo, ou seja, estão inseridos no íntimo de cada um. A ponte que une dois corações pode se estender a outros, criando uma congruência afetiva, entrelaçando parceiros diversos, sem que haja qualquer óbice ao rio de amor que fluirá por debaixo das interseções.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve a oportunidade de analisar matéria envolvendo família homoafetiva no caso “Atala Riffo e filhas vs. Chile”, ocasião em que rechaçou qualquer forma de discriminação enunciadas pelo pai das meninas que estavam inseridas num ambiente familiar formado por Karen Atala Riffo e sua companheira, Emma. Atala havia perdido a guarda das filhas por intermédio de processo judicial manejado pelo pai, Ricardo Jaime López Allendes, com fundamento no perigo emocional e nos riscos ao desenvolvimento das menores derivado da opção sexual de sua ex-mulher. Nesse caso prevaleceu a disposição do artigo 17, do Pacto de São José da Costa Rica, uma vez que a Corte se manifestou afirmando não existir um modelo único de família, tendo em vista a possibilidade de variações (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012. p. 55). Dai extrai-se mais um posicionamento que corrobora com a dissociação do princípio da monogamia com o arcabouço normativo no âmbito nacional e transnacional, deixando claro que é preciso progredir na interpretação e aplicação do Direito para que as diferenças não sirvam de puro referencial destinado a inferiorizar de pessoas ou grupos<sup>10</sup> (SANTOS, 2011, p. 38).

## **5 OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: MAIS UMA INCONGRUÊNCIA FRENTE À ORDEM CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA DE 1988**

As famílias estão num momento de ebulição contínua, no qual tudo muda a todo momento, os padrões se transformam em consonância com os avanços científicos e

<sup>10</sup> “As pessoas e grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferente quando a igualdade os descaracteriza” (SANTOS, 2011, p. 38).





tecnológicos; os núcleos são influenciados pelas instabilidades econômicas, políticas e jurídicas. O mundo está em plena mutação, circunstância que repercutirá no modo de sobrevivência, vivência e convivência das gerações futuras. As escolhas atuais precisam ser sopesadas, na medida em que seja possível haver um equilíbrio entre os interesses contemporâneos e as reservas que merecem proteção em prol daqueles que ainda estão por vir.

Completamente fora de lógica obstruir o juízo dos septuagenários alusivo aos bens adquiridos ao longo das suas vidas, seja antes ou após o matrimônio, pois todo ser humano capaz deve ser livre para realizar suas escolhas que não causem prejuízos à terceiros. A explicação para a inapropriada punição civil estava contida no pensamento de Beviláqua (1976, p. 645) ao afirmar que os maiores de 60 anos já não mais se casavam por “impulso afetivo”. De acordo com o autor do projeto do Código Civil brasileiro de 1916, aqueles enquadrados nessa faixa etária estariam sujeitos à “interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, premissa que sustentaria”, sendo essas as principais premissas para conservação do regime da separação compulsória, nos termos do artigo 1641, inciso II, CC/2002.

O Supremo Tribunal Federal tentou sanar a incoerência do legislador com a edição da súmula nº 377, aprovada na sessão plenária do dia 03 de abril de 1964, após ter analisado a matéria nos Recursos Extraordinários números 7.243-CE, 10.951-RJ, 9.128-RJ, 8.984-DF, ficando definido que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. A questão ficou resolvida em partes porque atendia apenas viúvas que buscavam defender suas meações, mantendo-se como obstáculos à manifestação dos nubentes atinente ao pacto antenupcial para designação diferenciada do estatuto patrimonial.

A celeuma persiste até hoje porque ainda que os tribunais autorizem a convenção para fixação do regime de bens por pessoas maiores de 70 anos, inclusive para não incidência dos efeitos da súmula nº 377 do STF, buscando a total e absoluta separação do patrimônio, os cartórios se recusam a aceitar o aludido pacto nos processos de habilitação, em cumprimento à disposição do artigo 70, item número 7 da Lei nº 6.015/73, onde fica vedado o registro de escrituras antenupciais no assento do casamento, em se tratando de hipótese de regime legal<sup>11</sup>.

Uma vez registrado o pacto, acaba por ser suscetível à declaração de nulidade, decisão que reestabelece, subsidiariamente, o regime da comunhão parcial de bens, na forma do artigo

<sup>11</sup> Habilitação para casamento. Pacto antenupcial firmado por nubente maior de sessenta anos. Obrigatoriedade do regime de separação de bens. Nulidade declarada. Manutenção da sentença. Improvimento do recurso. Tratando-se de pacto antenupcial firmado por nubente com mais de sessenta anos de idade, correta a sentença que declarou a nulidade da avença, homologou a habilitação para o casamento e determinou a observância do regime da separação obrigatória dos bens. TJRJ, Apelação Cível no 0000030-94.2004.8.19.0000, 3a Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Eduardo F. Duarte, julgado em 26.10.2004.



1.640, do Código Civil. Com isso, o Desembargador do Tribunal do Rio de Janeiro, Antônio Eduardo Ferreira Duarte afiançou na Apelação Cível nº 9.014/2004 que admitir o contrário franquearia fraude à lei, tornando viável, inclusive, a alteração posterior de regime, além de abrir a possibilidade do direito de herança, de acordo com o art. 1.829, inciso I do mencionado do mencionado diploma legal<sup>12</sup>.

Em sentido oposto, Nevares (2014, p. 9) afirma que a opção pelo regime da separação convencional, consignada em escritura pública pré-nupcial por vontade de maiores de 70 anos em nada atinge a legalidade do ato, devendo ser considerado plenamente válido, contanto que o agente seja capaz; o objeto lícito, possível e determinável; bem como observada a forma prescrita na lei. Neste caso, a regra não seria violada porque a convenção seguiria a direção dada pelo legislador, fortalecendo a tese de que a leitura do Código Civil não pode ser apartada dos vetores constitucionais. Isso revela que o próprio STF, por meio da súmula nº 377 deixou de lado o direito à liberdade dos maiores de 70 anos por apego aos dogmas patrimonialistas.

Não existe idade para exprimir o amor, o afeto e a paixão, além disso, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres” (artigo 1º, do CC/02) e, portanto, cabe aqui a crítica de Orlando Gomes ao Código Civil vigente: “não se tolera a mistificação de uma recodificação que não renova, nem avança. Se a reforma se consente, é para que pelo menos sirva como fermento de novos critérios de disciplina, de novas lógicas e de novas categorias interpretativas...” (GOMES, 1983, p. 50).

Nunca será tarde para se reclamar pela inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do Código Civil ou requerer ao Poder Legislativo a revogação do dispositivo, com o propósito de fazer florescer um direito aprisionado há séculos na história do ordenamento jurídico brasileiro. Já bastam as limitações sofridas pelas pessoas idosas num cenário social que não as valoriza, deixando-as numa condição de seres humanos descartados, contrariando a previsão do artigo 2º, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) que as assegura “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana...” Ademais, o artigo 4º descreve que “nenhum idoso será objeto de discriminação... e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”. Esses são alguns exemplos que retratam o paradoxo normativo que engloba os princípios que regem o regime de bens, sobretudo em relação aos maiores de 70

<sup>12</sup> Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.



anos, tais como: liberdade dos pactos antenupciais, indivisibilidade, variedade e mutabilidade justificada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Impossível imaginar, na sociedade contemporânea, um padrão de arranjo familiar que sirva como delimitação do conceito de família já que as balizas normativas dogmáticas e cerceantes foram finalmente rompidas pelo afeto. Este, tem uma definição ampla, aberta e subjetiva que inviabiliza a descrição dos fatores que correspondem as justificativas legitimadoras da comunhão de vidas. O Estado não tem a mínima orientação ou referencial para dizer o que é uma sociedade afetiva legal e um núcleo compreendido por pessoas que se amam sem merecer tutela jurisdicional, em virtude da sua autocontenção.

A Constituição da República de 1988 ao instituir o organismo estatal, impôs a ele limites para impedir prejuízos às liberdades individuais, porém estabelecendo também demarcações ao exercício dos direitos subjetivos. Isso porque, o papel das instituições é preservar o interesse público, promover os direitos fundamentais e assegurar prevalência das garantias constitucionais frente ao autoritarismo incidentes sobre as minorias.

Ainda que tenha operado sobre o ordenamento jurídico brasileiro o fenômeno da “publicização”, rompendo a antiga e superada dicotomia Direito Privado *versus* Direito Público as relações de caráter familiar e parental mantiveram suas raízes na esfera privatista, pois aqui o cidadão imbuído na missão de atingir a felicidade plena e gozar a vida de modo digno junto a seus entes querido não afetaria interesse de terceiros ou da coletividade. Assim sendo, o intervencionismo estatal foi barrado pela disposição prevista no artigo 1.513 do Código Civil de 2002, com a finalidade de tornar claro e efetivo o princípio do livre planejamento familiar, na forma do artigo 226, §7º, da CRFB/1988.

Por outro lado, não restaria mais espaço para o Estado ditar o modelo ideal de família porque, com a virada copernicana da ordem mundial, seria ela o elemento natural e fundamental da sociedade, ficando a cargo de ambos homem e mulher a faculdade de contrair casamento e fundarem uma família, sem ofender o princípio da não-discriminação. Dessa forma, mais do que satisfeitas as justificativas para abolir o crime de bigamia e legalizar as uniões poliafetivas, não obstante a preservação das tradições religiosas e do respeito à cultura monogâmica.

Nessa linha de pensamento, os laços de afeto dos conviventes passam do *status* de família desqualificada para vínculos jurídicos dotados de legalidade e amparados pelas



cláusulas protetivas que encontram assento nos princípios da isonomia e da solidariedade. Assim, a convivência familiar paralela ganha nova leitura, merecendo tratamento equiparado ao casamento ou à união estável, a fim de resguardar os efeitos pessoais e patrimoniais aos integrantes daquele núcleo que abriga a dignidade humana.

Oportuno concluir que as questões apresentadas no presente ensaio alusivas ao regime obrigatório da separação de bens, imposto aos maiores de 70 anos, se revelam deveras questionáveis, ainda que reverenciadas pela Corte Suprema deste país. O Supremo Tribunal Federal insiste em dizer na súmula nº 377 que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, circunstância que em nada ajuda na aplicação prática do princípio da liberdade de escolha do estatuto patrimonial do casamento. Esse é mais um diagnóstico relativo à família que exige profunda reflexão para que as pessoas idosas não continuem a ser tratadas como seres destituídos de dignidade e possa ser promovida uma exegese de verdadeira consolidação dos direitos consignados na Lei 10.741/2003.

Os conviventes sejam eles de qualquer espécie representam o mínimo ético, a morada da pluralidade, a residência da democracia, o celeiro da dignidade humana, a redoma protetora dos direitos fundamentais, o ambiente de desenvolvimento da personalidade e órbita de transformação do indivíduo em cidadão do mundo. É esse o autêntico sentido da família no século XXI, ou seja, mais do que uma mera instituição delineada pelo Estado ou orientada pela Igreja, a célula mãe da sociedade surge da manifestação do afeto e do desejo de manter uma comunhão de vidas para ascender ao patamar da felicidade plena.

Movimentos que embaraçam a constituição das famílias lato sensu são dotados índole discriminatória e antidemocrática, marcas que retratam o totalitarismo aniquilador das minorias escondidas nos porões da sociedade. Por conseguinte, fomentar a justiça exige muito mais empenho do que a simples aplicação da lei, dado que o manejo socialmente injusto da hermenêutica tem garantido privilégios e propagado larga desigualdade social na história do Brasil, premissa que demonstra a urgência do erguimento de referenciais que sejam capazes de conduzir a um pensamento crítico justo, de modo que os múltiplos arranjos familiares presentes no século XXI e as novas variações que ainda surgirão tenham proteção do Estado, gozem de legitimidade e se enquadrem no conceito de vínculos legais.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Trad. Dora Flaksman. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. Antiga forma de casamento de fato. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 90, 1995, p. 91-119.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*. 2012. Disponível em: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf) Acesso em 20 jul. 2016.
- CORNU, Gérard. La filiation. *Archives de philosophie du droit*. Paris, n. 20, 1975, p. 36.
- CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA. República de Colombia. *La Corte Suprema de Justicia aclara información sobre contenido de una sentencia que declare la existencia de una sociedad de hecho entre empleada y patron de una hacienda en Santander*. Disponível em: <http://190.24.134.101/corte/index.php/2016/06/30/la-corte-suprema-de-justicia-aclara-informacion-sobre-contenido-de-una-sentencia-que-declaro-la-existencia-de-una-sociedad-de-hecho-entre-empleada-y-patrono-de-una-hacienda-en-santander/> Acesso em 20 jul. 2016.
- COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. *Brasília*, a. 43, n. 169 jan./mar., 2006, p. 13-19.
- DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, nº 09, jan./jun. 2007, p. 107-116.
- FACHIN, Luiz Edson. Família. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 314-316.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). *Família e sucessões: volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 435-449.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14ª ed. atual. e ampl., 1ª reimpr. São Paulo: Edusp, 2013.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Trad. Ronaldo Catado Costa. 6ª ed. Porto Alegre: Penso, 2012.
- GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GOULD, Eric D.; MOAV, Omer; SIMHON, Avi. The mystery of monogamy. *The American Economic Review*, Vol. 98, No. 1, mar., 2008, pp. 333-357.
- KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Ícone, 2013. – (Coleção Fundamentos do Direito).
- KIERKEGAARD, Sören. *O Matrimônio*. Trad. Rodolfo Konder. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.
- LEITE, Antônio. *Código Canônico*. Versão portuguesa. 4ª ed. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, 1983.



MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira *et al.* Identidade de gênero, família poliparental: poligamia e poliandria. *Revista Iniciação Científica Newton Paiva*, Vol. 14, nº 2, 2014, p. 08-19.

MOTA, Giovana Escobar; ARAGÓN, Rozzana Sánchez. Validación psicométrica de la escala de premisas histórico sócio-culturales de la monogamia. *Revista Costarricense de Psicología*, nº 2, vol. 32, jul.-dic., 2013, p. 155-175.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. *Civilistica.com: Revista eletrônica de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-regime-de-separacao-obrigatoria-de-bens-e-o-verbete-377-do-supremo-tribunal-federal/>>. Data de acesso 23 jul. 2016.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. *Recomeçar: família, filhos e desafios*. São Paulo: Editora UNESP; Cultura Acadêmica, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Centro de Investigações de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), ano 1, nº 1, 2015, p. 1871-1893.

POLI, Luciana Costa; MACEDO POLI, Leonardo. A família contemporânea: reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, v. 33.1, jan./jun. 2013, p. 165-186.

RAWS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da modernidade. *Texto apresentado no Fórum Social Mundial*. Porto Alegre, 2011.

SOARES, Oscar de Macedo. *Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, comentado e anotado*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1890.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em Teses: União Estável*. Edição nº 50. Brasília: STJ, 2016. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%EA3o%20Est%EA1vel.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%EA3o%20Est%EA1vel.pdf) Acesso em 11 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Reconhecimento de união estável simultânea ao casamento*. Recurso Especial nº 789.293-RJ, DJ 20/3/2006, e REsp 1.157.273-RN, DJe 7/6/2010. REsp 912.926-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/2/2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=973541&num\\_registro=200901892230&data=20100607&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=973541&num_registro=200901892230&data=20100607&formato=PDF) Acesso em 20 jul. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Constitucional. Administrativo. Companheira. Pensão militar. Verificada a união estável. Possibilidade de reconhecimento de duas companheiras concomitantes. As parcelas em atraso devem ser arcadas pela administração. Apelos improvidos. Recurso Extraordinário com Agravo*. ARE 925474, Relator(a): Min. Edson Fachin, julgado em 20/04/2016, publicado em processo eletrônico dje-081 divulg 26/04/2016 public 27/04/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28uni%F5es+est%EA1vei s+concomitante%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jjn7h2s> Acesso em 18 jul. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Processo nº 0046030-75.2011.8.19.0205 - Apelação - 1ª Ementa Des. Jose Roberto P Compasso - Julgamento: 26/01/2016 - Nona Câmara Cível. *Apelação Cível. Ação de reconhecimento de união estável*. Disponível em





<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31836/unioes-estaveis-concomitantes.pdf?v42> Acesso em 17 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Processo nº 0287185-41.2010.8.19.0001 - Apelação - 1ª Ementa Des. Juarez Folhes - Julgamento: 26/08/2015 - Décima Quarta Câmara Cível. *Apelação. Direito de família. Ação de reconhecimento de união estável post mortem em face dos filhos do de cujus*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31836/unioes-estaveis-concomitantes.pdf?v42> Acesso em 17 jul. 2016.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais (UFMG)*, v. 27, nº 21, maio, 1979, p. 400-418.