



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

LUIZ GUSTAVO TIROLI

**AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO CONTEXTO JURÍDICO-
SOCIAL BRASILEIRO: ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N. 1.045.273/SE À LUZ DA TEORIA
CRÍTICA DO DIREITO CIVIL**

Londrina
2022

LUIZ GUSTAVO TIROLI

**AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO CONTEXTO JURÍDICO-
SOCIAL BRASILEIRO: ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N. 1.045.273/SE À LUZ DA TEORIA
CRÍTICA DO DIREITO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Londrina - UEL, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Daniela Braga Paiano

Londrina
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Tirol, Luiz Gustavo .

As famílias simultâneas no contexto jurídico-social brasileiro: : análise do Recurso Extraordinário n. 1.045.273/SE à luz da teoria crítica do Direito Civil / Luiz Gustavo Tirol. - Londrina, 2022.
67 f.

Orientador: Daniela Braga Paiano.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Graduação em Direito, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Famílias simultâneas - TCC. 2. Monogamia - TCC. 3. Teoria crítica do direito - TCC. 4. STF - TCC. I. Paiano, Daniela Braga . II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

LUIZ GUSTAVO TIROLI

**AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO CONTEXTO JURÍDICO-
SOCIAL BRASILEIRO: ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N. 1.045.273/SE À LUZ DA TEORIA
CRÍTICA DO DIREITO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Estadual de
Londrina - UEL, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Daniela Braga Paiano
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof^ª. Dr^ª. Rita de Cássia Resquetti Tarifa
Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof^ª. Dr^ª. Alessandra Cristina Furlan
Universidade Estadual do Norte do Paraná -
UENP

Londrina, 14 de outubro de 2022.

Dedico este trabalho a todas às famílias, às planejadas e às espontâneas, às solenes e às informais, às nucleares e às expansivas, pois *consideramos justas todas as formas de amor.*

AGRADECIMENTOS

À Prof^a Dr^a Daniela Braga Paiano, minha orientadora. A atenção, precisão, disponibilidade e entusiasmo são as marcas que você imprimiu na minha existência. Agradeço o aceite de orientar e iluminar a caminhada. Agradeço, principalmente, as observações, correções e direcionamentos que foram essenciais para a apresentação dessa investigação, ainda aberta e em construção.

Às professores que contribuíram com o desenvolvimento da pesquisa, Prof^a. Dr^a. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UEL) e Prof^a. Dr^a. Alessandra Cristina Furlan (UENP), membras da banca de avaliação, que aceitaram o convite de participar do processo, contribuindo com a construção do trabalho com correções, indicações, sugestões e apontamentos.

À minha família, especialmente minha esposa Lariane, esperançosa e perseverante estudiosa do Direito, que embora tenha enfrentado toda sorte de adversidades, não dobrou a espinha e avançou na conquista do seu sonho. Ao meu filho, Henrique, companheiro e motor do meu desejo de ser mais. Aos meus pais, Fabielli e André, trabalhadores brasileiros que, com muito esforço, permitiram que eu trilhasse o caminho do conhecimento.

Às professoras e professores que, ao longo da minha trajetória na escola pública brasileira, ampliaram meu horizonte e alargaram meu caminho. Aos docentes da Universidade Estadual de Londrina, e especialmente aos professores-orientadores que me acompanharam na pesquisa científica-acadêmica desde o primeiro ano da graduação em Direito, e a todos aqueles comprometidos com horizontes emancipadores, democráticos e inclusivos no campo jurídico.

Um agradecimento especial aos realistas esperançosos, aqueles que diante das barreiras impostas não retrocederam, aos pais e avós que tiveram os portões das escolas fechados diante de seus olhos, mas lutaram arduamente para garantir um novo povir para seus filhos. Aos filhos da classe trabalhadora, que ocupando a espacialidade universitária, possa pensar os problemas que afetam a sua existência no seio da sociedade brasileira.

Nosso Tempo

Este é tempo de partido,
tempo de homens partidos.

Em vão percorremos volumes,
viajamos e nos colorimos.
A hora pressentida esmigalha-se em pó na rua.
Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.
As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.
Meu nome é tumulto, e escreve-se na pedra.
[...]

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

TIROLI, Luiz Gustavo Tiroli. **As famílias simultâneas no contexto jurídico-social brasileiro**: análise do recurso extraordinário n. 1.045.273/SE à luz da teoria crítica do direito civil. 2022. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei. O poeta anuncia a complexidade da existência. As famílias não nascem das leis, elas existem na realidade social. Realidade essa que experimentou profundas transformações históricas, políticas, econômicas e culturais, modificando os contornos até então atribuídos às famílias. Embora a Constituição Federal de 1988 tenha albergado o princípio da pluralidade de arranjos familiares, permanecem na marginalidade muitos modelos. As famílias simultâneas, em que um mesmo indivíduo compartilha dois núcleos familiares distintos concomitantemente, são realidades que com constância batem às portas dos tribunais. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 529, por 6 votos a 5, não atribuiu efeitos previdenciários a uma união estável de doze anos por estar em situação de simultaneidade com uma outra união estável. Isto posto, questionar se e como a teoria crítica do Direito Civil poderia contribuir para compreender e interpretar os fundamentos jurídicos que balizaram os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento do Recurso Extraordinário que versou sobre a possibilidade de se atribuir efeitos jurídicos previdenciários às uniões estáveis concomitantes é o problema que direciona a presente pesquisa. O objetivo geral consiste em discutir os votos do ministro relator e ministro divergente nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE que trata sobre a possibilidade de atribuição de efeitos previdenciários às uniões estáveis simultâneas, tendo como premissa a teoria crítica do Direito Civil. O método adotado é o histórico-indutivo. A problemática da pesquisa é desenvolvida por meio da abordagem qualitativa, com intuito de analisar os objetivos em uma perspectiva descritiva e exploratória. O primeiro capítulo trata sobre os principais aspectos teórico-metodológicos da teoria crítica do Direito Civil como perspectiva interpretativa e propositiva da civilística brasileira no tripé contrato, propriedade e família. O segundo aborda a facticidade e juridicidade relativas às famílias simultâneas, analisando a monogamia como princípio estruturante e a possibilidade de acolhimento das famílias simultâneas no mundo jurídico. Por fim, o terceiro capítulo analisa criticamente os votos do ministro relator e do ministro divergente no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, problematizando os principais fundamentos da decisão, bem como a tese de repercussão geral fixada pela Suprema Corte. Nas considerações finais, ressalta-se que a decisão foi denegatória de direitos e não ajustada à realidade concreta apreciada, tendo em vista que a monogamia não se constituiu princípio estruturante do direito das famílias, e a fundamentação trazida pelo relator, que subsidiou a tese de repercussão geral, não se adequa ao caso apreciado. Portanto, no julgamento em questão, o Supremo Tribunal Federal não decidiu de maneira justa e acertada.

Palavras-chave: Família simultânea; Monogamia; Teoria crítica do direito; STF.

ABSTRACT

TIROLI, Luiz Gustavo Tiroli. **Simultaneous families in the Brazilian legal-social context**: analysis of extraordinary appeal n. 1.045.273/SE in the light of critical theory of civil law. 2022. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

Laws are not enough. The lilies are not born from the law. The poet announces the complexity of existence. Families are not born from laws; they exist in social reality. This reality has experienced profound historical, political, economic and cultural transformations, changing the contours previously attributed to families. Although the Federal Constitution of 1988 has contemplated the plurality principle of family arrangements, many models remain marginalized. Simultaneous families, in which the same individual shares two distinct family nuclei at the same time, are realities that constantly knock on the doors of the courts. The Federal Supreme Court, considering issue 529, by 6 votes to 5, did not attribute social security effects to a twelve years stable union for being in a simultaneity situation with another stable union. With that in mind, to question whether and how the critical theory of Civil Law could contribute to understanding and interpreting the legal foundations that guided the votes of the ministers from the Federal Supreme Court in the judgment of the Extraordinary Appeal that dealt with the possibility of attributing social security legal effects to concomitant stable unions is the predicament that conducts the present research. The general objective is to discuss the votes of the reporting minister and the dissenting minister in the case of Extraordinary Appeal (RE) n. 1.045.273/SE that manage the possibility of attributing social security effects to simultaneous stable unions, based on the critical theory of Civil Law. The method adopted is historical-inductive. The research problematic is developed through a qualitative approach, in order to analyze the objectives in a descriptive and exploratory perspective. The first chapter handles the main theoretical-methodological aspects of the critical theory of Civil Law as an interpretative and propositional perspective of Brazilian civil law on the tripod contract, property and family. The second addresses the facticity and legality related to simultaneous families, scrutinizing monogamy as a structuring principle and the possibility of welcoming simultaneous families in the legal world. Finally, the third chapter critically analyzes the votes of the reporting minister and the dissenting minister within the scope of the Extraordinary Appeal (RE) n. 1.045.273/SE, questioning the main grounds of the decision, as well as the thesis of general repercussion established by the Supreme Court. In the final considerations, it is emphasized that the decision was a denial of rights and does not adequate to the concrete reality appreciated, considering that monogamy did not constitute a structuring principle of family law, and the reasoning brought by the rapporteur, which subsidized the thesis of general repercussion, does not suit the case under consideration. Therefore, in the judgment in question, the Federal Supreme Court did not decide in a fair and correct manner.

Key-words: Simultaneous family; Monogamy; Critical theory of law; STF.

RESUMEN

TIROLI, Luiz Gustavo Tiroli. **Las familias paralelas en el contexto jurídico-social brasileño**: análisis del Recurso Extraordinario n. 1.045.273/SE a partir de la teoría crítica del Derecho Civil. 2022. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

Las leyes no bastan. Los lirios no nacen de la ley. El poeta declara la complejidad de la existencia. Las familias no nacen de las leyes, ellas existen en la realidad social. Realidad esta que experimentó importantes transformaciones históricas, políticas, económicas y culturales, lo que cambió los lineamientos hasta ahora vigentes en las familias. Aunque la Constitución Federal de 1988 ha acogido el principio de la pluralidad de arreglos familiares, muchos modelos siguen en la marginalidad. Las familias paralelas, que es cuando un mismo individuo comparte dos núcleos familiares distintos al mismo tiempo, son realidades que constantemente golpean a las puertas de los tribunales. El Tribunal Supremo, juzgando el tema 529, por 6 votos a favor y 5 en contra, no atribuyó los efectos de seguridad social a una unión estable de hecho desde hace doce años por quedarse en situación de simultaneidad con otra relación estable. Así pues, indagar se y de qué modo la teoría crítica del Derecho Civil podría contribuir para comprender e interpretar los cimientos jurídicos que subsidiarán los votos de los magistrados de la Suprema Corte no juzgamiento del Recurso Extraordinario que versó acerca de la posibilidad de atribuir efectos jurídicos de seguridad social a las uniones estables de hecho paralelas es el problema que nortea la presente investigación. El objetivo general consiste en analizar los votos de dos magistrados, uno a favor y otro en contra, en el juzgamiento del Recurso Extraordinario (RE) n. 1.045.273/SE, en que trata sobre la posibilidad de atribución de efectos de seguridad social a las uniones estables paralelas, a partir de la teoría crítica del Derecho Civil. El método adoptado es el histórico-inductivo. La problemática de la investigación es desarrollada a través de la óptica cualitativa, con fin de analizar los objetivos en una perspectiva descriptiva y exploratoria. El primer capítulo discurre sobre los principales aspectos teóricos-metodológicos de la teoría crítica del Derecho Civil como perspectiva interpretativa y propositiva de la civilística brasileña en el trípode contrato, propiedad y familia. El segundo capítulo expone la factibilidad y juridicidad relativas a las familias paralelas, en que analiza la monogamia como principio estructurante y la posibilidad del acogimiento de las familias paralelas en el mundo del Derecho. Por fin, el tercer capítulo examina críticamente los votos de dos magistrados de la Suprema Corte en el contexto del Recurso Extraordinario (RE) n. 1.045.273/SE, problematizando los principales fundamentos de la decisión, igualmente la tesis de repercusión general fijada por el Tribunal Supremo. En las consideraciones finales, se señala que la decisión fue la denegatoria de los derechos y no adecuada a la realidad concreta analizada, una vez que la monogamia no se constituyó como un principio estructural del derecho de las familias, y la fundamentación utilizada por el relator, que ha motivado la tesis de repercusión general, no se adecua al caso juzgado. Por lo tanto, la Suprema Corte no ha tomado la decisión justa e correcta.

Palabras clave: Familia paralela; Monogamia; Teoría crítica del derecho; STF.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
ADFAS	Associação de Direito de Família e das Sucessões
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBDP	Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro
RE	Recurso Extraordinário
RJ	Rio de Janeiro
SE	Sergipe
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-SE	Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe
UNICASP	União dos Juristas Católicos de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
1 A TEORIA CRÍTICA APLICADA NO DIREITO CIVIL: FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS TEÓRICO-CONCEITUAIS.....	21
1.1 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO.....	21
1.2 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL: PARA ALÉM DO POSTO E ACABADO	23
1.2.1 Contrato	26
1.2.2 Propriedade	28
1.2.3 Família.....	29
2 FACTICIDADE E JURIDICIDADE: O PARADIGMA DOGMÁTICO DA MONOGAMIA E AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS COMO EXPRESSÃO DA REALIDADE SOCIAL	32
2.1 ORIGENS E FUNDAMENTOS DO PADRÃO MONOGÂMICO COMO VALOR DETERMINADO PARA OS RELACIONAMENTOS FAMILIARES.....	32
2.2 A POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO MUNDO DO DIREITO.....	42
3 ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.045.273/SE COM REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.....	49
3.1 RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES.....	51
3.2 VOTO DIVERGENTE: MINISTRO EDSON FACHIN.....	55
3.3 A TESE PARA FINS DE REPERCUSSÃO GERAL: DEVER DE FIDELIDADE E MONOGAMIA	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

Os desdobramentos históricos, políticos, sociais e culturais das últimas décadas impactaram profundamente as famílias que não mais se concentram em torno de um modelo predeterminado com finalidade política e institucional bem definida. O dinamismo e a liberdade nas relações afetivas evidenciam o surgimento de novos arranjos familiares que, pouco a pouco, passam a ser reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência como entidades familiares. Hodiernamente, a família é tida como reduto da formação humana, uma união que tem a finalidade de congregar, por meio de laços de afetividade e solidariedade, indivíduos que conjuntamente almejam o desenvolvimento e a busca da felicidade.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece a existência de três modelos de entidades familiares, as provenientes de casamento civil, as de união estável e as monoparentais. Entretanto, tal rol constitui-se meramente exemplificativo, o que abre margem para o reconhecimento de outros arranjos familiares, entre os quais se encontram as famílias simultâneas, em que um mesmo indivíduo compartilha dois núcleos familiares distintos concomitantemente, e que, em alguns casos, vinham alcançando, por meio das decisões judiciais, a garantia de previdenciários, bem como direitos sucessórios e de partilha.

Embora a possibilidade jurídica do reconhecimento das uniões simultâneas viesse sendo debatida entre a doutrina pátria e analisada pela jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, – apreciando o tema 529, que versava sobre a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte – por 6 votos contra 5, denegou o rateio e inviabilizou o reconhecimento de direitos previdenciários.

Isto posto, estabelece-se como objeto de investigação da pesquisa o Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE que trata, com repercussão geral, sobre a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos previdenciários às uniões estáveis simultâneas no ordenamento brasileiro. Nesse sentido, tendo em consideração que o estudo do Direito Civil requer, necessariamente, o estudo da sociedade, foi que a teoria crítica do Direito Civil – como perspectiva teórica que visa rechaçar o mito da neutralidade da norma jurídica, bem como promover uma abertura do sistema na construção de um Direito Civil mais inclusivo e correspondente ao contexto sócio-

histórico-cultural em que está inserido – foi elegida e adotada como corrente teórico-filosófica dessa investigação. A finalidade consiste em perscrutar os alicerces que fundamentam a decisão judicial relativa ao objeto investigado, muito embora, cumpre ressaltar que muitas das posições adotadas podem não necessariamente corresponder com a posição dos autores do marco teórico adotado.

A epígrafe representa a principal motivação que justifica a investigação dessa pesquisa. O poeta, ao retratar uma sociedade alienada e fragmentada, brada em alta voz: “As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei”. A codificação faz retratos e emoldura realidades, a existencialidade se impõe e reclama tutela. A lei não é suficiente para dar conta da complexidade da vida, a lei não faz nascer a família. Assim sendo, foi por meio de inúmeras indagações a respeito da relação entre o jurídico e o social que se pesquisa o assunto em questão com o intuito de dar alguma contribuição para a comunidade acadêmica, tanto quanto para a sociedade em geral.

Deste modo, questionar se e como a teoria crítica do Direito Civil poderia contribuir para interpretação dos fundamentos jurídicos balizadores dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário (RE), que trata sobre a possibilidade de se atribuir efeitos jurídicos previdenciários a uniões estáveis concomitantes é o problema de pesquisa que passa a nortear a investigação.

Na consecução de respostas para o problema formulado, a pesquisa tem como objetivo geral discutir a possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões estáveis simultâneas por meio do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, tendo como premissa a teoria crítica do Direito Civil. Desta forma, cumpre ressaltar que o princípio motivador do processo investigativo se assenta na intencionalidade de compreender e analisar criticamente os fundamentos teóricos, conceituais, sociais e jurídicos lançados pela Suprema Corte para denegar o direito e marginalizar o arranjo familiar trazido à baila.

Embora de suma importância, não se objetiva discutir as repercussões jurídicas decorrentes do reconhecimento, discussão oportuna que caberia em futura reflexão, mas tão somente focar os elementos constitutivos do processo decisório. Para tanto, têm-se como objetivos específicos: compreender os principais pressupostos teórico-filosóficos da teoria crítica do Direito Civil; discorrer sobre as origens e o fundamento do paradigma monogâmico como base das relações familiares ocidentais; investigar a possibilidade jurídica do reconhecimento das

famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro; e analisar criticamente dois votos relativos aos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, tanto o voto do ministro Alexandre de Moraes (relator), quanto o voto do ministro Edson Fachin (divergente).

O método adotado é o histórico-indutivo. A problemática da pesquisa é desenvolvida por meio da abordagem qualitativa, com intuito de analisar os objetivos em uma perspectiva descritiva e exploratória. A técnica de pesquisa é a revisão bibliográfica e a análise documental. A estratégia de coleta de dados adotada é o fichamento da bibliografia e de documentos públicos primários.

O plano de trabalho da presente pesquisa está organizado em três etapas. Inicialmente, objetiva-se apresentar os principais pressupostos teórico-conceituais da teoria crítica do Direito Civil na consecução de novos paradigmas para o Direito Civil brasileiro por meio de uma visão multidimensional, alicerçada na legalidade constitucional, tendo, como fundamento, os princípios da pluralidade, diversidade, democracia e igualdade.

Na sequência, busca-se discorrer sobre a facticidade e juridicidade envolvida no âmbito das famílias simultâneas no ordenamento brasileiro, problematizando as origens e fundamentos do paradigma monogâmico como valor escolhido para alicerçar a legitimidade das famílias no aspecto jurídico, bem como compreender as implicações e impedimentos relativos ao reconhecimento das uniões simultâneas, abordando a natureza jurídica e as suas repercussões no mundo do Direito.

Por fim, analisa-se o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE relativo às uniões simultâneas, no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral sobre a matéria, no intuito de não apenas compreender e descrever os fundamentos das decisões do ministro relator e do ministro divergente, mas também analisar criticamente tendo como marco a teoria crítica do Direito Civil.

1 A TEORIA CRÍTICA APLICADA NO DIREITO CIVIL: FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS TEÓRICO-CONCEITUAIS

O conceito de *crítica* foi empregado de maneira diversa ao longo das quadras históricas, denotando-se, assim, a sua natureza ambígua e polissêmica. Conforme ensinamento de Correias (1995), em Kant, por exemplo, a crítica assume o papel de operação analítica do pensamento, uma forma de trabalhar. De modo distinto, em Marx, a crítica tem a função de desvelar a realidade ocultada e desmitificar as ideologias. Segundo Coelho (2019, p. 74), o núcleo da teoria crítica busca, fundamentalmente, a “[...] adesão ao real, a descoberta da verdade pela recusa de negar, distorcer ou omitir.”

A origem da teoria crítica remonta à Escola de Frankfurt, um grupo de intelectuais e pesquisadores de tradição marxista não-ortodoxa ligados ao Instituto de Pesquisa Social, entre os quais Adorno, Horkheimer, Marcuse, Benjamin e Habermas (PEREIRA, 2018). De acordo com Giroux (1986, p. 21), a Escola de Frankfurt ressaltou “[...] a importância do pensamento crítico, argumentando que ele é uma característica construtiva da luta pela autoemancipação e pela mudança social”. Uma postura crítico-emancipatória, que visa romper com os padrões de opressão por intermédio da conscientização e desvelamento da realidade posta.

A expressão *teoria crítica* foi concebida por Horkheimer na obra *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, para designar uma perspectiva teórica que não se limita a observar e descrever a realidade, mas designa uma postura metodológica que busca interpretar e analisar, questionando os resultados em um estado permanente de desconfiança (NARDELLA-DELLOVA, 2019).

1.1 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

No campo jurídico, Coelho (2019, p. 190) auxilia na compreensão do processo de inserção da teoria crítica, visto que, para o jurista, são três os estratos teóricos em que se manifesta o saber jurídico: I) o dogmático, saber teórico alicerçado na descrição da norma; II) o zetético, saber baseado nos pressupostos de investigação dos “[...] conteúdos sociais normados”; e III) o crítico, “[...] uma teoria construtiva e prospectiva do direito enquanto instrumento das mudanças que se fizerem necessárias à sociedade.”

Nesse ponto, uma vertente crítica busca abrir espaço para novos agentes e grupos sociais marginalizados histórico-socialmente pelos diplomas legais. Ensina Wolkmer (2015a, p. 33), “a teoria crítica revela-se como instrumental operante que permite a tomada de consciência dos sujeitos na história e a ruptura de sua condição de opressão, espoliação e marginalidade”. Um novo sujeito, não mais abstrato e universal, preconcebido aprioristicamente, mas um “[...] sujeito vivo, atuante e livre, que participa, autodetermina-se e modifica a mundialidade do processo histórico-social” (WOLKMER, 2015b, p. 236).

Nesse sentido, por exemplo, ao perscrutar os fundamentos da legislação brasileira em uma perspectiva histórica, Machado Neto (1979) defende que, dos três grupos étnico-raciais que constituíram a nacionalidade brasileira, somente o do colonizador (homem, branco, cristão, europeu, heterossexual, cisgênero, proprietário e conservador) foi determinante e se impôs no processo de constituição da juridicidade.

Não obstante terem contribuído para a construção da cultura nacional, não se pode admitir que a moral, as leis e os costumes das populações negras e indígenas tenham influído para a instituição do direito adotado, assim, somente um exerceu influência na consolidação do sistema jurídico, um direito dominante e excludente. Corroborar essa afirmação Wolkmer (2015a) ao sustentar que, decorrente do processo de colonização portuguesa, se consolidou uma cultura jurídica unidimensional, reprodutora de contradições e permeada de retórica formalista liberal e conservadora.

As próprias declarações de direitos humanos foram instituídas tendo-se como premissa e ponto de partida, esse homem paradigmático (ROSSI; KOZISKI, 2021). A mulher, o negro, o colonizado, o indígena e o estrangeiro, excluídos das condições de humanidade, foram marginalizados (BRAGATO, 2009), tanto que se contemplam, hodiernamente, as lutas organizadas de movimentos sociais e entidades coletivas populares para o reconhecimento de direitos que respeitem a sua cultura, identidade e diversidade, o direito de existir e ser reconhecido como existência humana.

Outrossim, o direito vai operando na realidade e criando espaços de não-direito, estipulando o que é legítimo e ilegítimo. O paradigma dominante cria esses espaços, os quais, porém, vão sendo, gradativamente, ocupados pelos grupos que foram marginalizados, mas que vão avançando da periferia do mundo jurídico para o centro, galgando tutela jurídica para realidades sociais, até então, rejeitadas e

abandonadas. Os excluídos dessa operação de seletividade compõem “uma histórica periférica”, a daqueles que foram silenciados (FACHIN, 2012, p. 201-202).

Na perspectiva da teoria crítica, almeja-se uma mudança do paradigma dos direitos humanos de origem liberal-burguesa – construído para atender aos interesses de grupos sociais específicos, cuja titularidade é abstrata, individualista e pretensamente universal, visto que o protótipo do sujeito humano é restrito – na consecução de um modelo fundamentado na práxis histórica da libertação dos oprimidos por meio da luta dos povos emergentes em um processo constante de construção social da realidade.

Em síntese, o Direito em uma perspectiva crítica pode ser conceituado como sinônimo de Direito humanista, que centraliza a pessoa humana como valor supremo, absoluto e inegociável (NARDELLA-DELLOVA, 2019). Nesse caso, torna-se imperioso repensar o exercício da atividade jurídica a partir de um outro paradigma: uma lógica que seja “[...] capaz de encarar a produção dos direitos como inerentes ao processo histórico-social, um Direito que transpõe os limites do Estado, encontrando-se na práxis social, nas lutas cotidianas, nas coletividades emergentes, nos movimentos sociais, etc.” (WOLKMER, 2015a, p. 119).

Diante do exposto, adota-se uma perspectiva de teoria crítica que pode ser concebida como uma postura ética e epistemológica que o pesquisador (jurista) manifesta em face do objeto de investigação (fenômeno jurídico), assumindo um horizonte contradogmático e antipositivista. Portanto, busca-se indagar, perquirir, perscrutar, desvelar e analisar os fatos jurídicos-sociais em uma perspectiva sócio-histórica-cultural assentada na realidade concreta, afastando-se de universalismos, abstracionismos e idealismos, não se limitando a descrever e compreender, mas, sobretudo, analisar e propor soluções alternativas ao modelo hegemônico-dominante.

1.2 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL: PARA ALÉM DO POSTO E ACABADO

A teoria crítica do Direito Civil visa revisitar e reconfigurar os clássicos institutos civilísticos, bem como os principais institutos do direito privado: família, contrato e propriedade, na perspectiva da diversidade, pluralidade e democracia. Fachin (2012), expoente da perspectiva crítica no âmbito do direito privado, inclusive por ser autor de uma obra referencial para o campo de investigação (*A teoria crítica do Direito Civil*), sustenta que a teoria crítica visa promover a análise dos clássicos e

consolidados institutos jurídicos à luz da axiologia constitucional e do contexto histórico-social.

Particularmente no âmbito do direito privado, nota-se que os juristas têm fortes apegos ao passado e dificuldades de atender aos anseios da sociedade, tendo em conta que buscam em estruturas antigas e, no contexto histórico-social europeu, respostas para as particularidades e diversidades da condição brasileira, que, por vezes, menosprezam e ignoram (WOLKMER, 2015a).

De outro lado, a teoria crítica não tem desprezo pelos clássicos, mas “é uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas”, isto é, “[...] uma teoria crítica construindo um modo diverso de ver” (FACHIN, 2012, p. 6). Para Mialle (1984, p. 49) “[...] o direito nunca está só”, logo, “[...] se torna compreensível unicamente em relação com outros fenômenos sociais”.

Em relação ao Código Civil de 2002, embora tenha sido promulgado 14 anos após a Constituição Federal de 1988, considera-se que seus “[...] avanços foram muito comedidos para enfrentar a evolução e o grau de complexidade das relações sociais, vivenciadas nos horizontes de um novo milênio, marcadas por diversidades e realidades emergenciais” (WOLKMER, 2015a, p. 146). Conforme ensina Fachin (2012, p. 12), o Código Civil, que completa 20 anos de vigência, representa o legado “[...] desse sistema que teima em recusar a travessia do indivíduo ao sujeito, e do sujeito à cidadania”.

A falta de colação histórica-social do diploma legislativo fica expresso: “é o inegável envelhecimento do que já nasceu passado, pois foi parido de costas para o presente” (FACHIN, 2012, p. 12). Aliás, não foi capaz de representar uma “nova arquitetura jurídica substancial” em face do antigo diploma, pois tem como essência uma concepção abstrata, individual e pretensamente universal do sujeito de direito. Para Carvalho (1981), a relação jurídica deve restaurar a primazia da pessoa humana e adotar o horizonte do sujeito em concreto. O civilismo pretensamente neutro não é mais capaz de dar conta das situações fáticas emergentes da sociedade em constante mutação, sobretudo por estar alicerçado em reducionismos e abstracionismos (RIBEIRO, 2021).

À vista disso, “[...] o medievo que emoldura os institutos do *status quo* se mostra em pânico” (FACHIN, 2012, p. 12). Isso se deve ao fato de que o Direito coopta

alguns fatos da realidade concreta e atribui-lhes juridicidade, desconsiderando outros que não lhe interessa, ou, quando acolhe a realidade, emoldura-a com contornos bem definidos, promovendo uma verdadeira deformidade da realidade fática a fim de enquadrá-la no conceito jurídico aceito e elegido no sistema jurídico vigente (FACHIN, 2012).

O Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade histórica de promover a inclusão daqueles que são marginalizados e não encontram espaço na sociedade. Entretanto, compete ao jurista – considerando-se que as modificações na codificação ocorrem em duas frentes: interna, relativa à sua estrutura; e externa, atinente aos axiomas fundantes (FACHIN, 2015) – promover a construção de espaços de inclusão e democratização do sistema a partir do próprio sistema, não fechado em si mesmo, mas em sintonia com a legalidade constitucional.

Assim, a teoria crítica pressupõe e exige que a apreciação dos fenômenos sociais e jurídicos analisados não se limite à descrição, compreensão e repetição, mas tenha como premissa a análise e a interpretação; para tanto, torna-se fundamental adotar uma postura aberta, permitindo-se que os próprios conceitos criticados e analisados possam ser reavaliados. Portanto, não se trata de promover soluções gerais para dilemas universais, mas dispor-se em um processo contínuo de interrogação e questionamento dos clássicos institutos à luz da realidade histórico-cultural, compreendendo que o Direito não é dono do real, nem o contém em sua integralidade (FACHIN, 2012).

Por isso, o jurista deve estar atento às novas dinâmicas sociais, analisando a realidade concreta e respeitando a sistematicidade do ordenamento jurídico unificado em torno da Carta Fundamental. Contribuindo, assim, para a consolidação de uma cultura jurídica construída por meio de um novo perfil de jurista e novos aportes teórico-práticos, sintonizada com os anseios da sociedade e comprometida com horizontes mais justos, solidários, participativos e emancipadores (WOLKMER, 2015a).

Assim sendo, a base fundante do Direito Civil (contrato, patrimônio e família) deve ser redimensionada para contribuir com a construção desse projeto democrático, inclusivo e emancipatório. Consequentemente, os três pilares dessa estrutura devem ser reconfigurados, contudo, sem a utilização dos mesmos instrumentos do passado que já não dão conta da moldura atual da sociedade. Alguns esforços têm sido empreendidos, e pode-se vislumbrar uma nova feição na arquitetura do mundo jurídico

privado, porém, há muito trabalho pela frente; os juristas devem se valer constantemente do conjunto de ferramentas proporcionado pela teoria crítica do Direito para fazer avançar a reformulação dos alicerces do direito da vida na consecução de uma ordem jurídica justa e cidadã.

1.2.1 Contrato

No âmbito dos contratos, autonomia privada é o poder de que as partes dispõem para, por meio da manifestação de vontade, determinar o conteúdo e a disciplina das relações jurídicas em que estão envolvidas. Não como mera expressão da vontade em uma mirada reducionista do individualismo, mas em uma perspectiva que considera o conteúdo humanístico que permeia as relações negociais (RODRIGUES JUNIOR, 2004), por isso, limitada ao ordenamento jurídico vigente e seus respectivos princípios estruturantes.

A necessária evolução da contratualização, anteriormente alicerçada na concepção de que a vontade livremente manifestada deveria ser cumprida (*pacta sunt servanda*), hodiernamente adquire novos contornos, de forma a conceber o poder de contratar não como absoluto, mas limitado pelos princípios constitucionais e civilísticos, por estar fundada na ordem, na justiça e na liberdade. “A autonomia privada, vista como um dogma, está teoricamente ultrapassada” (FACHIN, 2012, p. 227).

Desse modo, a evolução do conceito de autonomia da vontade para o princípio da autonomia privada modifica consideravelmente a compreensão de negócio jurídico, que se acha atrelado aos valores constitucionais, sobretudo, à realização da dignidade da pessoa humana (BORGES, 2005, p. 46) e à realidade histórico-social, pois ao tratar, por exemplo, sobre o pilar dos contratos, mencionando os requisitos do artigo 104 do Código Civil brasileiro¹, Fachin (2012, p. 71) ensina que a ilicitude de que trata o artigo em relação ao objeto passível de contratualização depende da realidade histórica, já que, “[...] do ponto de vista da natureza e da biologia, esta proibição não passa de um corte epistemológico derivado da cultura dominante”.

Ademais, observa-se a ruptura paradigmática no direito contratual

¹ “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

contemporâneo, em “razão da desamarra de concepções clássicas e liberais para uma visão social, especialmente em relação a valorização do ser humano, e verdadeira concretude do sujeito” (LIMA; MARQUESI, 2019, p. 43). Abandona-se a concepção de sujeito em abstrato e adota-se uma análise do sujeito de forma concreta (CARVALHO, 1981), demonstrando uma predileção pelas questões existenciais em detrimento das patrimoniais.

Quanto a isso Ferreira (2009, p. 14) defende que, com a decadência do “[...] paradigma liberal-individualista-normativista novos movimentos conduzem a reconstrução das bases da teoria negocial assentada no novo paradigma”, um paradigma “[...] democrático-plurindividual-principiológico”. Um deslocamento que exige criticidade para analisar seus fundamentos, de modo a não abandonar o *pacta sunt servanda*, mas não o assumindo como fundamento absoluto, devendo ser posicionado ao lado da igualdade e dignidade humana.

Assim, no âmbito da contratualística, tem-se a incidência da boa-fé objetiva que se baseia na obrigação de lealdade e cooperação, isto é, há uma operação objetiva, um adimplemento escrupuloso das obrigações contratuais, em que a cláusula geral² encontra-se no artigo 422 do Código Civil. A função fundamental da boa-fé objetiva consiste em constituir um padrão ético de conduta entre as partes nas relações obrigacionais.

Além da boa-fé objetiva, tem-se a implicação da função social do contrato, disciplinada no artigo 421 do Código Civil brasileiro³. Segundo Negreiros (2006, p. 211), a existência desse princípio representa a passagem da visão individualista para uma funcionalização das situações jurídicas com a legalidade constitucional, permitindo a tratativa de situações existenciais.

Na lição de Fachin (2012, p. 365), “quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e que quem contrata não contrata mais apenas o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos”, ou seja, têm-se os fenômenos de transubjetivação e transobjetivação no âmago dos negócios jurídicos (FACHIN, 2015). Assim, ao limitar as vontades individuais, os contratos, importantes motores do desenvolvimento econômico e social, foram redimensionados,

² “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

³ “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

abandonando-se a perspectiva unilateral da liberdade, e assumindo-se caráter plurilateral, na igualdade, dignidade humana, boa-fé objetiva, bem como no aspecto histórico-social.

1.2.2 Propriedade

Para Fachin (2012, p. 84), “a história do Direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade”. Em que pese adquirir feições sociais limitantes, como a possibilidade de desapropriação da propriedade de acordo com os fins e interesses sociais, o Código Civil brasileiro de 2002, no artigo 1.228⁴, traz o paradigma clássico ao definir o direito de propriedade como sendo o direito de usar, gozar, dispor, reter e reivindicar a propriedade, um direito real por excelência (PEREIRA, 1987) .

Em uma perspectiva crítica do Direito, a propriedade não se reveste de caráter absoluto e incondicional, bem como não se assenta na realização das pretensões do indivíduo em-si-mesmo, mas adquire contornos quando inserida no contexto social. “Não há direito na ilha onde apenas habita Robinson” (MOTA PINTO, 1993, p. 21). Logo, a valoração axiológica do Direito deve se dar no seio da sociedade, conforme preceitua o texto constitucional⁵. Pode o sujeito ser proprietário, desde que essa propriedade cumpra os fins sociais.

Deste modo, a propriedade adquire funcionalização que não se encerra em si, pois não pode ser absolutamente disposta ao bel prazer do proprietário, sobre essa relação incide um conjunto de regras e critérios que visam disciplinar o exercício desse direito, incluindo-se limitações ambientais que têm implicância não somente no coletivo, mas também no futuro e na possibilidade de desenvolvimento de outras gerações de sujeitos.

A respeito desse ponto, que envolve a propriedade imobiliária, Castilho (2000, p. 62) lembra que “tanto o uso regular da propriedade como o mau uso dela merecem, do ponto de vista constitucional, tratamento de idêntica dimensão”, ou seja, “[...] devendo ser protegidos os direitos de quem explora adequadamente seus imóveis, como penalizados os proprietários que os abandonam ou ignoram suas responsabilidades de dono”.

⁴ “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

⁵ Artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988: “a propriedade atenderá a sua função social”.

Lemos (2012), ao abordar a responsabilidade civil do proprietário no contexto do meio ambiente, ressalta que o direito à propriedade privada não mais se constitui absoluto, tendo em vista a previsão do direito difuso ao meio ambiente equilibrado. Conforme a jurista, o proprietário pode ser impelido a ter comportamentos ativos e passivos para garantir a efetivação da função socioambiental, que implica um poder-dever imposto pelo ordenamento jurídico. Além do mais, Tepedino (2009) ressalta que o proprietário, mesmo que tenha desempenhado uma função economicamente relevante para a sociedade, mas tenha violado o meio ambiente, bem de interesse coletivo e difuso, pode sofrer consequências referentes quanto ao exercício do seu direito de propriedade.

A noção de funcionalização social alcança, também, a propriedade privada dos meios sociais de produção. No âmbito empresarial, tem-se a responsabilidade social empresarial, uma lógica que ultrapassa a clássica visão instrumental, restrita e unidimensional alicerçada no lucro (NOGUEIRA; BANNWART JUNIOR; FAVORETO, 2020). Trata-se de uma teorização crítica empresarial, que visa promover uma atuação preventiva e propositiva na comunidade em que está inserida, e que reconhece a sua responsabilidade no processo de construção de um projeto de emancipação dos sujeitos e dos povos marginalizados.

Enfim, a propriedade, por não ser um direito absoluto, encontra seus demarcadores na funcionalização social, e assim deve ser interpretada para todos os fins, como um direito de propriedade, que garanta ao possuidor a fruição do bem, mas que o responsabilize pelas consequências derivadas da destinação antissocial que lhe é atribuída, pois, sendo esse direito atrelado à realidade social, não se pode concebê-lo como um direito de propriedade abstrato, fechado, absoluto e aprioristicamente determinado.

1.2.3 Família

O campo familiarista pode ser designando como ambiente que vivenciou as principais transformações experimentadas pelo direito privado nas últimas décadas. Quando se contempla que a realidade sócio-histórico-cultural insiste em florescer e grupos emergentes, historicamente marginalizados e excluídos dos círculos de proteção da juridicidade, passam a conclamar reconhecimento e igual tutela jurídica, levantando as bandeiras da igualdade e dignidade da pessoa humana previstas na

Carta Fundamental.

No ensinamento de Fachin (2012, p. 127), ainda que o sistema jurídico defina padrões a serem seguidos e requisitos para reconhecimento de realidades sociais, elementos que não são naturalmente definidos ou providencialmente fixados, “[...] o passar do tempo, entretanto, demanda uma transformação desses conceitos pela força com que os fatos acabam se impondo, mesmo que essas relações não tenham, originalmente, regulação”. Assim, os arranjos familiares emergentes são, ao mesmo tempo, conquistas de grupos minoritários e novos atores sociais, e dilemas a serem enfrentados pela juridicidade (FACHIN, 2015).

Nesse ponto, têm-se inúmeros exemplos, entre os quais, o deslocamento do eixo matrimônio para o eixo eudemonista (afetividade e solidariedade) como elemento fundante da entidade familiar, e suas consequências e repercussões, tais como a isonomia entre filhos, levando-se em conta que, no Código Civil de 1916, o filho adotivo poderia receber, a depender da temporalidade em que se efetivava a adoção, metade daquilo que era destinado aos demais⁶, e, atualmente, não prevalece qualquer distinção para fins de direito. Também o concubinato, que, outrora vinculado a noções de sociedade de fato no campo das obrigações, concretizou-se como entidade familiar, reconhecida constitucionalmente.

Além disso, tem-se a socioafetividade, que representa a sabedoria popular: ‘pai é quem cria’, um fenômeno social que foi trazido à baila do mundo do Direito, que por sua vez, atribuiu status jurídico a uma realidade social amplamente difundida e vivenciada, bem como o reconhecimento da multiparentalidade. Entretanto, Paiano (2019) ressalta que o Código Civil brasileiro não faz menção à realidade socioafetiva, tampouco avança na matéria de filiação como deveria. Portanto, segundo a jurista, o diploma legislativo é excludente ao ignorar essa modalidade amplamente aceita pela sociedade.

Embora não seja uma vitória alcançada pelo caminho legislativo, outro exemplo é o reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, por meio da decisão paradigmática exarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ em 2011, e a respectiva possibilidade de adoção por esses casais.

Assim, embora o sistema normativo opere recortes na realidade para incluir e

⁶ Artigo 1.605, §2º, do Código Civil 1916: “Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.”

excluir os modelos tidos como legítimos, no intuito de “[...] definir que determinados sujeitos podem ser considerados filhos, ao passo que outros não podem ser designados como tais” (FACHIN, 2012, p. 209), a realidade fática se impôs e sentenciou o fim desse sistema excludente, acolhendo manifestações plurais e diversas.

O reconhecimento jurídico das realidades sociais demanda uma postura crítica e reflexiva do jurista, visto que se torna imprescindível compreender as novas dinâmicas, porque “a morada da relação familiar tem diversas arquiteturas” (FACHIN, 2012, p. 59). Assim, compete ao Direito oferecer uma resposta adequada à realidade social, sob pena de perder a sua aderência histórica e tornar-se instrumento de perpetuação de estruturas antigas e excludentes, elaboradas por um grupo dominante, com prevalência de um modelo preestabelecido e rejeição dos demais. Tal postura não condiz com a axiologia constitucional, e o jurista deve ser formado para atuar nessas demandas, com o intuito de assegurar a efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivos no seio da sociedade contemporânea.

Em vista disso e em face do inevitável declínio do padrão assentado nas concepções liberais de um indivíduo abstrato, deve-se, em consonância com os novos tempos, que fazem novas exigências, promover um “[...] renascimento republicano” (AZEVEDO, 1975, p. 21), o que significa que, hodiernamente, o civilista deve reconhecer que “[...] é tempo, pois, de operar criticamente e ‘reinventar’ o Direito Civil” (FACHIN, 2012, p. 99). Além disso, deve aprender a lidar com as indispensáveis instabilidades resultantes das entradas e saídas que o sistema experimenta, um sistema aberto e a serviço da sociedade e do sujeito, que não é posto e acabado, mas que está em constante construção. Um Direito Civil contemporâneo, crítico, emancipatório e democrático, situado sócio historicamente, que não despreza o passado, mas está assentado no presente com vistas direcionadas ao futuro.

2 FACTICIDADE E JURIDICIDADE: O PARADIGMA DOGMÁTICO DA MONOGAMIA E AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS COMO EXPRESSÃO DA REALIDADE SOCIAL

Em sintonia com os pressupostos da teoria crítica do Direito, que apregoa uma leitura multidimensional do fenômeno jurídico, a análise e interpretação da monogamia também devem ser contextualizadas à realidade histórico-social, isto é, investigadas à luz da interdisciplinaridade. Em uma perspectiva biológica, a monogamia não é tida como natural, nem para muitas espécies de animais, nem para o ser humano (BARASH; LIPTON, 2007), no máximo uma estratégia evolutiva restrita.

No viés sociológico, pode ser concebida como uma construção que tem a finalidade precípua de garantir a perpetuação e manutenção do capital no seio da família por meio do controle da mulher (ENGELS, 2002). Uma engenharia social que representa o domínio do homem sobre a mulher e, respectivamente, sua prole. Portanto, a monogamia não é natural (biológico), mas é normal (social).

A referida noção de ‘normal’ não está atrelada àquilo que comumente se pratica, ou que a maioria vivencia (noção de *moda* na matemática), mas ‘normal’ como norma moral, social e jurídica. Nesse ponto, interessa avançar a investigação sobre os aspectos que dizem respeito ao viés histórico-social, em consonância com a perspectiva teórico-metodológica adotada, logo, com as implicações sociais e jurídicas da monogamia.

2.1 ORIGENS E FUNDAMENTOS DO PADRÃO MONOGÂMICO COMO VALOR DETERMINADO PARA OS RELACIONAMENTOS FAMILIARES

A tese da monogamia, como instrumento de domínio da mulher, é sustentada por Engels (2002, p. 64) que, ao estudar o processo evolutivo-histórico da instituição familiar, ressalta que o paradigma monogâmico surge para garantir o predomínio do homem sobre a mulher em uma família patriarcal, hierarquizada e totalizadora. Não consiste no resultado natural do amor romântico ou desejo de proteção, mas é como que instrumento cuja “[...] finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível, e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens do seu pai”.

Desse modo, Engels (2002) faz uma relação direta entre a monogamia e o

sistema capitalista. O pressuposto do sistema é o acúmulo de capital, que, pelas regras civilistas, é transmitido aos herdeiros legítimos por meio da herança, direito sagrado quanto à manutenção do próprio sistema. Pois bem, considerando-se que a maternidade era sempre certa (*mater semper certa est*)⁷, mas a paternidade relativa, isto é, presumida dos filhos havidos de mulher casada, era necessário garantir que os filhos herdeiros fossem legítimos, assegurando-se uma paternidade certa e, conseqüentemente, uma herança que assegure a manutenção do capital no interior da família-instituição.

A lógica da propriedade em detrimento do indivíduo está na gênese da monogamia. A propriedade privada dos meios sociais de produção, a propriedade privada dos bens produzidos e a propriedade privada dos filhos, inclusive da mulher. E nesse ponto, ressalta Freud (1995) que a essência da monogamia é o controle do homem sobre a atividade sexual da mulher, que, levada ao casamento sem conhecer outro, garanta ao homem o monopólio em relação ao passado, ao presente e ao futuro.

Segundo Silva (2013)⁸, foi no Concílio de Trento (1545-1563) que a Igreja Católica sacramentou o casamento e lhe atribuiu regramento específico e demasiado longo, com 18 tipos de impedimentos, além da monogamia, que foi consagrada com clareza, o que influenciou a concepção de conjugalidades até os dias atuais.

Nem mesmo a Revolução Francesa (1789) ou a República brasileira (1889) foram capazes de afastar a incidências das regras, direitos, cânones e teses do casamento tridentino sobre o casamento civil. Portanto, o que se observa é a negação do reconhecimento jurídico de novos arranjos familiares no século XXI com base em uma regra religiosa fixada no século XVI para um determinado modelo constitutivo de família.

No campo jurídico, cumpre ressaltar o posicionamento da doutrina civilista brasileira em relação a monogamia. O quadro abaixo relaciona os principais juristas

⁷ Hodiernamente, em face do avanço científico e tecnológico, tal adágio é relativo também em relação à mulher, sobretudo no contexto da gestação por substituição. Conferir: RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (e o legislador teve medo de responder). **Revista do Ministério Público**. jan./mar., 2017. TIROLI, Luiz Gustavo.; FURLAN, Alessandra Cristina. Negócios biojurídicos existenciais: a (in) eficácia do contrato de gestação substitutiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. (Org.). **Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito**: discussões sobre negócios biojurídicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 37-53.

⁸ Responsável pelo desenvolvimento de uma tese robusta sobre a temática, passando por teóricos clássicos dos vários campos do conhecimento, desde filósofos, sociológicos, biólogos, juristas, entre outros.

do Direito Civil, sua orientação a respeito da temática e uma síntese que visa destacar os aspectos mais interessantes para a investigação.

Quadro 1 – A monogamia na doutrina civilista brasileira

Doutrinador	Posição	Síntese
Clóvis Beviláqua (1956, p. 37)	<i>“É fácil apontar, entre selvagens contemporâneos, seja em tribos brasileiras atuais ou das que ao longo de nosso país vagabundeavam, no tempo da descoberta, o uso da monogamia ao lado da poligamia”. Para alguns povos incultos o casamento é alguma coisa inatural e ilícita”.</i>	Sugere que a monogamia seria um estágio superior dos relacionamentos familiares, sendo a bigamia algo relativo a povos incultos.
Pontes de Miranda (2001, p. 65)	<i>“É um dado sociológico que a mulher, na história, quando dela depende a fixação das formas, prefere a monogamia, exatamente o que é mais propício à procriação, à criação dos filhos e à segurança da família num par andrógino + filho”. “A monogamia criou o amor”.</i>	Aventa que a mulher é mais propícia à monogamia, que lhe seria mais vantajosa, além de reduzir as famílias a uma perspectiva de procriação.
Orlando Gomes (2000, p. 62)	<i>“Não se permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa. A bigamia é punida. Quem é casado está proibido de contrair segundas núpcias, defesas enquanto permanece o vínculo. Nessa proibição, tecnicamente, a monogamia.”</i>	Parte do pressuposto de que não haveria outra maneira de constituir o matrimônio que não fosse pela perspectiva da monogamia, que se torna, assim, um dogma.
San Tiago Dantas (1991, p. 142)	<i>“Há ainda impedimento em que o legislador não faz mais do que obedecer à organização da sociedade. Se a sociedade se organiza sob a forma de monogamia familiar, o casamento seguinte é impossível”.</i>	Opera uma lógica alicerçada em uma pretensa universalidade da sociedade. Ademais, o posicionamento é situado histórico-socialmente, de modo que transformações ocorreram, e novos modelos emergiram.
Washington de Barros Monteiro (1996, p. 53)	<i>“Em todos os países em que domina a civilização cristã, a família tem base estritamente monogâmica [...]”. “A monogamia constitui a forma natural de aproximação sexual na raça</i>	Reconhece que o padrão monogâmico tem origem em uma determinada religião que o impõe dogmaticamente à sociedade, bem como sustenta ser um

	<i>humana. A poligamia, ao inverso, corresponde ao estágio menos avançado da moral."</i>	estágio superior no desenvolvimento moral do ser humano.
Maria Helena Diniz (2008, p. 75)	<i>"A monogamia é a forma natural e mais apropriada de aproximação sexual da raça humana, ao passo que a poligamia, como pondera Savigny, é o estágio menos avançado da moral".</i>	Os termos 'natural' e 'apropriada' revela a ideologia do pensamento jurídico. São abstrações baseadas em um modelo paradigmático tomado como dogma universal.
Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 59)	<i>"Procura-se, assim, combater a poligamia e prestigiar a monogamia, sistema que vigora nos países em que domina a civilização cristã".</i>	Admite que a monogamia é um padrão tradicional em sociedades predominantemente alicerçadas em uma religião específica. Traz a problemática para o campo da 'batalha' jurídico-social-moral.
Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 75)	<i>"Trata-se do princípio do casamento monogâmico que domina a civilização cristã".</i>	Assume que o padrão monogâmico tem origem em uma religião específica.

Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados coletados da revisão bibliográfica desenvolvida por Marcos Alves da Silva na obra *Da monogamia: a superação como princípio estruturante do Direito de Família* (2013), 2022.

De modo geral, nota-se que os doutrinadores trazidos a lume, selecionados metodologicamente por serem adeptos do posicionamento que elege a monogamia como princípio estruturante do direito das famílias, concebem o binômio monogamia-poligamia como um dogma jurídico fundante. As reflexões têm a monogamia como ponto de partida, como uma linha ferroviária bem traçada, sobre o qual não cabem questionamentos.

Além da postura dogmática, nota-se a elevação da monogamia, elevação que a torna como uma organização superior às demais, como superioridade moral em uma escada de aperfeiçoamento dos relacionamentos afetivos e sexuais, cujo topo é ela, a monogamia, que ocupa e é insígnia dos países centrais de tradição cristã. Trata-se de um posicionamento ideológico e moralista que circunscreve o pensamento jurídico civilista dos autores, justificado pela demasiada aproximação que possuem, os autores, com a civilística europeia, o que leva a reconhecer a condição de colonialidade do pensamento jurídico brasileiro.

De mais a mais, do quadro acima, depreende-se que a monogamia seria um padrão que se impõe ao comportamento dos sujeitos em suas experiências afetivas e sociais, especialmente quando pretendem que o relacionamento tenha tutela jurídica,

um padrão constatado em sociedades em que, hegemonicamente, uma determinada religião impera, padrão que os juristas reconhecem como dogma de fé, instituído por uma congregação de líderes religiosos no século XVI⁹ e que rege as hipóteses de dispensa de tutela jurídica do Estado laico, proclamado com a fundação da República brasileira no século XIX, sobre os cidadãos brasileiros, que pretendem constituir famílias, das formas, maneiras, arranjos, feições e jeitos diferentes.

Quando se parte de uma visão dogmática do Direito, inviabiliza-se esse processo de reconhecimento da origem e consequente indagação das razões sociais, políticas, econômicas e culturais de determinado instituto jurídico. Uma vez que o jurista parte do dogma da monogamia, entendendo-a como um alicerce bem firmado, um caminho seguro, local de onde partem suas reflexões, interpretações e análises.

Contemporaneamente, constatam-se no âmbito familiarista pós-moderno¹⁰ “a existência de novos problemas e a necessidade de novas soluções, ambos inseridos numa teia complexa que requer uma nova metodologia inerente aos conflitos surgidos” (MOSCHETTA, 2018, p. 11). Nesse sentido, ressalta-se a necessidade de um pensamento crítico que possibilite o desvelamento dessas realidades no intuito de problematizar o posto e acabado e, prospectivamente, construir um novo paradigma para “um novo sujeito de direito, o qual possui anseios e necessidades inalcançáveis para a Modernidade” (MOSCHETTA, 2018, 12).

Outro ponto suscitado na temática da monogamia é a previsão penal do crime de bigamia. O quadro abaixo sintetiza a tipificação e as penas atribuídas ao bígamo ao longo das quadras históricas.

Quadro 2 – Crime de bigamia no Brasil

Ato normativo	Previsão legal
Ordenações Filipinas	Livro V, Título XIX. Do homem, que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dous maridos. Todo homem, que sendo casado e recebido com huma mulher, e não sendo o Matrimonio julgado por invalido per Juizo da Igreja, se com outra casar, e se receber, morra por isso. E todo o dano, que as mulheres receberem, e tudo o que dellas levar sem razão, satisfaça-se por os bens delle, como for de Direito. E esta mesma pena haja toda a mulher que dous maridos receber, e com elles casar pela sobredita maneira, o que

⁹ O Concílio de Trento (1545-1563) da Igreja Católica Apostólica Romana.

¹⁰ Alguns autores, tais como Lyotard (2002) denomina este período de pós-modernidade, assim como outrora o próprio Bauman (1998), que ficou conhecido por renomear de Modernidade Líquida (2001), ou hipermodernidade de acordo com Lipovetsky (2004) e transmodernidade de Dussel (2005).

	tudo haverá lugar, ora ambos os Matrimonios fossem inválidos per Direito, ora hum delles.
Código Penal de 1830 (Poligamia)	Art. 249. Contrahir matrimonio segunda, ou mais vezes, sem se ter dissolvido o primeiro. Penas - de prisão com trabalho por um a seis annos, e de multa correspondente á metade do tempo.
Código Penal de 1890 (Poligamia)	Art. 283. Contrahir casamento, mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade, ou por morte do outro conjuge: Pena - de prisão cellualar por um a seis annos. Paragrapho unico. Si a pessoa tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento, incorrerá nas penas de cumplicidade.
Código Penal de 1940 (Bigamia)	Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Fonte: Elaborado pelo autor, 2022.

A bigamia sempre foi crime no ordenamento jurídico brasileiro. Desde as Ordenações Filipinas até a norma penal vigente, incluindo-se os Códigos de 1830 (do Império) e 1890 (da República), a redação do tipo penal quase não sofreu modificações, embora tenha sido alterada a pena atribuída ao criminoso. Inicialmente, a pena era capital para aquele que, casado, contraísse novo casamento, sendo adiante atenuada para trabalhos forçados e reclusão. Todavia, permanece grave, por se prever reclusão, não detenção.

Pela redação do artigo 235 do Código Penal brasileiro, incorre em crime de bigamia aquele que, sendo casado, contrai novo matrimônio em concomitância. O bem jurídico tutelado é o casamento. Na lição de Nucci (2015, p. 1159), a poligamia, praticada por um indivíduo casado, que contrai dois ou mais casamentos também fá-lo incurso no mesmo tipo penal, sendo “[...] considerado bígamo, embora seja autêntico polígamo.”

A despeito da afronta ao princípio da intervenção mínima (Direito Penal é a *ultima ratio*), que decorre do fato de que tal matéria deveria ser tratada nos limites familiaristas e não criminais, à luz do princípio da reserva legal (artigo 5º inciso XXXIX, da CF88) e da taxatividade, as uniões estáveis simultâneas, bem como as famílias poliafetivas não incorrem em tal previsão legal. O tipo penal fala propriamente do casamento, um rito solene e específico, de modo que a união estável não se encaixa nesse tipo, assim como as uniões poliafetivas, que constituem um único núcleo, portanto; tais arranjos são albergados na atipicidade.

O Direito Penal não aceita a analogia em prejuízo, não havendo, assim, que se falar na incidência desse tipo penal, que foi construído para proteger uma modalidade específica de arranjo familiar, que não admite dois casamentos coexistentes. Logo, o crime de bigamia não tem o condão de impedir o reconhecimento jurídico: quer das famílias tidas como simultâneas, quer das famílias poliafetivas, pois trata-se de um crime previsto para uma modalidade específica de constituição familiar, a oriunda do casamento.

Além do mais, diante do tratamento dispensado pela Constituição Federal (art. 226) às famílias em suas múltiplas dimensões, descritas em rol meramente exemplificativo de modelos, permanece a proteção ao casamento, mas não como modelo único. E em face da discriminação do adultério (Lei n. 11.106/05) e da possibilidade do divórcio (EC n. 66/2010), não parece razoável que o Direito Penal se ocupe dessa matéria. Portanto, vozes se levantam pela descriminalização de tal dispositivo (QUEIROZ, 2002; PADILHA, 2017). Sendo a monogamia um valor social de ordem religiosa, Araújo (2016, p. 502) questiona se o direito penal teria legitimidade para, baseando-se em uma estrutura moral, exercer coação contra os indivíduos.

Apesar de, na perspectiva da teoria crítica do Direito Civil, pretender-se a abertura do sistema, um redimensionamento dos institutos clássicos à luz da realidade histórico-social, assim como uma crítica contundente ao positivismo jurídico e ao dogmatismo, a lógica sistemática, que opera no Direito Civil, não deve operar no âmbito do Direito Penal. Enquanto no segundo uma aplicação legalista e circunscrita ao texto tem a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana, a fim de evitar incursões sobre os direitos fundamentais do sujeito; no primeiro, uma interpretação restrita e fechada gera, ao contrário, exclusão, marginalização e mitigação da realização do indivíduo em plenitude.

Outro ponto são os impedimentos que poderiam obstaculizar o reconhecimento de famílias não assentadas no prisma da monogamia e que, em tese, servem para reforçar a monogamia no sistema normativo. Inicialmente, têm-se o artigo 1.521, inciso VI, e o artigo 1.548, inciso II, do Código Civil, que, respectivamente, vedam a um sujeito a possibilidade de contrair novo casamento com pessoa casada; e que estabelece como nulo o casamento contraído por infringência do impedimento. Além disso, tem-se o dever de fidelidade imposto pelo artigo 1.566, inciso I. Novamente, enfatiza-se que se trata de regras atinentes ao casamento e que cumprem a função social de tutelar uma estrutura específica, tendo, portanto, razão

de existir, mas não podem ser transportadas para instituto jurídico de natureza diversa.

Para Santiago (2015, p. 113), “o raciocínio é simples: por meio de um exercício hermenêutico subversivo e flagrantemente inconstitucional, extrai-se a monogamia a partir da interpretação de dispositivos legais que já nasceram ultrapassados, qualificando-o como princípio”. Assim o fez Tavares da Silva (2021), ao sustentar que a monogamia é um princípio constitucional, e na sequência, citar três dispositivos do Código Civil para justificar (art. 1.521, VI; art. 1.723, §1^a e art. 1.727), isto é, interpreta a Constituição à luz do Código Civil, caracterizando flagrante subversão.

Assim, se faz necessário proceder a distinção entre valor e princípio. Para Ávila (2012), enquanto o último tem caráter deontológico, ou seja, está no plano do dever-ser, tem força normativa e deve ser aplicado, independente do grau de satisfação; o primeiro está situado no plano axiológico, podendo atribuir qualidade positiva apenas a um determinado elemento.

A monogamia é um valor no plano axiológico e moral, não pode ser considerada um princípio constitucional estruturante do direito das famílias no plano deontológico (SANTIAGO, 2015; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020). Isto porque sua natureza e função, como regra valorativa de um determinado arranjo familiar (casamento), são excludentes e promovem o não-reconhecimento de realidades sociais: seja as uniões estáveis, que são situações de fato, em que mesmo preenchidos todos os requisitos são afastadas, e existindo para o mundo social deixam de existir para o mundo jurídico; seja as relações poliamorosas, que alicerçadas na honestidade, consenso e afetividade de seus membros, núcleos formados com três ou mais integrantes, deixam de ser reconhecidas por um valor atinente a um determinado modelo.

Ao contrário do preceituado pela legalidade constitucional, que opera no viés democrático, plural e inclusivo, o paradigma do casamento é expansivo e invade os contornos atribuídos aos demais arranjos, promovendo segregação e marginalização de uma pluralidade de modelos diversos que devem ser albergados pelo sistema normativo brasileiro.

Conforme ensinamento de Silva (2013, p. 165), “não existindo mais um modelo prevalecente [...] não há mais espaço para um princípio heteronômico imposto pelo Estado consagrando a monogamia como elemento estruturante do estatuto jurídica da família.” Ora, sendo a monogamia um princípio constitucional, suposta legislação infraconstitucional, democraticamente instituída pelo Poder Legislativo, que

reconhecesse direitos e deveres para três ou mais pessoas, que compõem um mesmo núcleo familiar (família poliafetiva), ou para um mesmo sujeito, que estivesse vinculado a dois ou mais núcleos, poderia ser alvo de controle de constitucionalidade à luz da Carta Fundamental, sendo, portanto, inviabilizada uma solução hipoteticamente construída pela via legal. Destarte, seja pela via Legislativa, seja pela via Judiciária, tendo a monogamia como princípio estruturante constitucional, esses arranjos seriam determinantemente relegados à marginalidade e à clandestinidade do ordenamento jurídico.

Acresce que qualquer ser humano, que pretenda integrar-se em um núcleo familiar, não poderá eximir-se dos pilares estruturantes do direito das famílias – como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a responsabilidade, a liberdade, a igualdade, a afetividade, o pluralismo e o melhor interesse dos vulneráveis¹¹ – que a todos os modelos, formas e arranjos se impõem, garantindo uma coesão sobre aquilo que se entende como famílias. De nenhum desses princípios se exige qualquer forma de constituição familiar, mas a monogamia, ao contrário, não promove coesão, sua única função é inviabilizar, separar, impedir, enterrar, não cumpre outro encargo que possa estar em sintonia com esses princípios estruturantes.

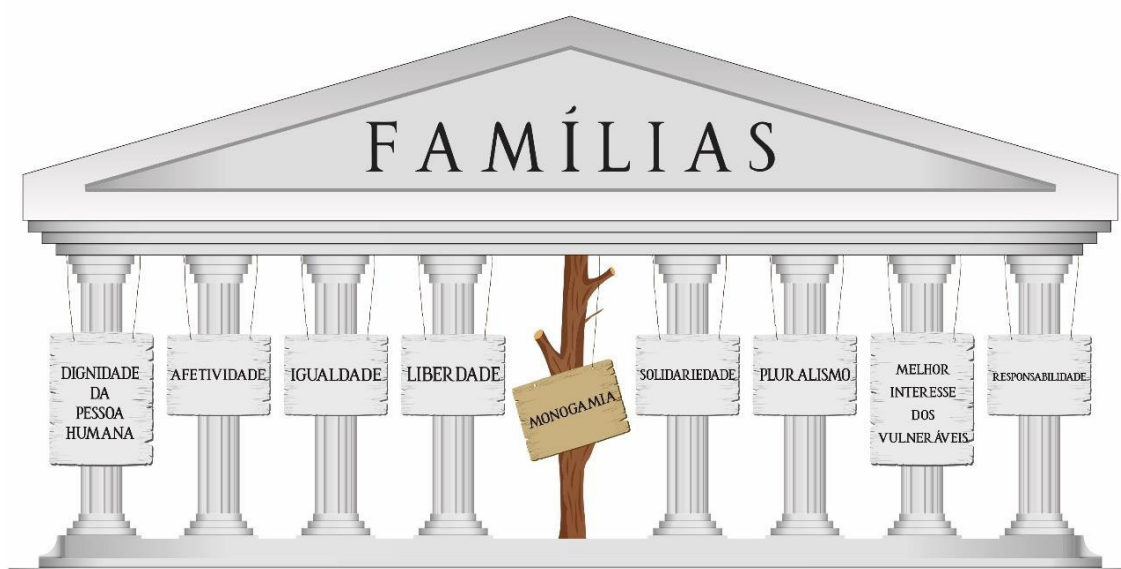
Para Ávila (2012, p. 38), “o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”. Portanto, tomando de empréstimo o princípio da unidade hermenêutica da Constituição, os princípios estruturantes do direito das famílias devem ser concebidos harmonicamente entre si, e, devem ter, como finalidade, a consolidação da família em sua funcionalização voltada à realização do indivíduo. A monogamia não parece harmônica com os demais princípios estruturantes, justamente por sua natureza teleológica, qual seja, a de promover a suplantação de realidades sociais que se manifestam em uma pluridade de arranjos.

Em face da unicidade, a monogamia, se concebida como princípio estruturante, esbarra frontalmente com o princípio da pluralidade de arranjos familiares, como se a pluralidade fosse limitada em relação a todos os modelos

¹¹ Entendem-se esses princípios constitucionais como estruturantes do direito de família, deles decorrem os demais, tais como: I) paternidade/maternidade responsável (responsabilidade); II) livre planejamento familiar (liberdade); III) igualdade entre cônjuges e companheiros (igualdade); IV) isonomia entre filhos, não importando a origem (igualdade), entre outros.

disponíveis, menos àqueles que podem vir a ser criados. Para Barroso (2011), a liberdade ocorre na dimensão objetiva, isto é, com possibilidade estrutural de opções, e se concretiza na dimensão subjetiva, a real possibilidade de escolha. Assim, deve-se facultar que diversos modelos e arranjos possam subsistir objetivamente, para que o indivíduo tenha condições de optar subjetivamente por aquele, graças ao qual ele se realiza, da melhor forma, como ser humano.

Figura 1 – Princípios estruturantes do Direito das Famílias



Fonte: Elaborado pelo autor, 2022.

À luz dos pilares estruturantes que sustentam as famílias, entendidas como palco da realização individual, em que seus membros se reúnem no intuito de buscar a felicidade, a monogamia apresenta suas fissuras e fragilidades, como uma escora acostada a pilares apenas para representar um valor de um determinado grupo dominante, que fez e faz seu modelo sobrepor-se aos demais, mas que, se retirado, não terá efeito algum na manutenção da estrutura, pois apenas cumpre um papel decorativo. A monogamia representa o triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, não é natural, é artificial, criada e mantida por condições econômicas, e não afetivas.

Sendo assim, a monogamia, como valor, deve estar restrita ao âmbito do

contingencial, cabendo aos parceiros, quando lhes aprouver, definir os limites, contornos e funcionalidades que o referido valor terá no âmbito do relacionamento. Respeitam-se os modelos monogâmicos, não se pretende, de modo algum, extingui-los, mas não compete ao Estado impor esse valor a todos. Como a Igreja Católica foi afastada da disciplina rigorosa da família, deve o Estado abster-se de fazer interferências que não sejam aquelas que tenha como finalidade promover a dignidade humana de seus membros, assim importa remover os obstáculos à realização do indivíduo no seio da família, e não sacrificá-lo para a consecução de um projeto dominante e totalizador.

2.2 A POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO MUNDO DO DIREITO

Segregar do mundo jurídico as relações, que não se enquadram nos ditames elegidos, não significa apenas negar modelos ou arranjos, mas, sobretudo, “[...] olvidar a própria condição existencial de sujeitos concretos, que vivencialmente buscam a felicidade e a si próprios no afeto para com outrem.” (FACHIN, 2015, p. 163). Por conseguinte, sendo adotado uma lente plural para proceder à leitura das famílias, não se reconheceria o direito do Estado em determinar qual feição ela deva adotar para ser legitimamente aceita, mas tão somente dispensar a sua tutela jurídica de maneira inclusiva e democrática.

Ainda nesse rumo, o projeto de vida, reconhecidamente um direito fundamental do sujeito, fulcrado na liberdade e dignidade humana, não pode ser solapado a pretexto de satisfazer os interesses de um grupo em detrimento da plena existência de outro. Não se trata de preferências, mas de possibilidade de existência, de plena realização individual no campo dos afetos e da solidariedade, em que ao jurídico compete distribuir a igual proteção. Para Canotilho e Moreira (2007, p. 856), a família é “[...] fenômeno da vida, e não uma criação jurídica”.

Especificamente a respeito das uniões simultâneas, fenômeno frequente na realidade social (CALDERÓN, 2017; SCHREIBER, 2021), vale ressaltar que “[...] não cabe ao Estado impor a *possibilidade* ou, até mesmo, a *impossibilidade* de constituição de duas famílias simultâneas” (FACHIN, 2015, p. 164-165). Isto é, a discussão em torno do reconhecimento jurídico não deveria existir, pois não se deve atribuir ao Estado a possibilidade de determinar os modelos familiares, quer aceitos quer não, pois os alicerces dessas famílias são o afeto e a solidariedade entre seus

membros.

Não se está a tratar de uniões casuais, pois ‘amante não tem lar’. Estas não podem ser confundidas com as existentes em adultério eventual ou em concubinatos, às escondidas (RUZYK, 2005). Trata-se de uniões estáveis que cumprem os requisitos de publicidade, continuidade, convivência, estabilidade e intenção de constituição familiar (art. 1.723, CC), e que são regidas pelos princípios constitucionais de solidariedade, responsabilidade, igualdade, dignidade humana e liberdade, e não somente por afetividade, como insinua Tavares da Silva (2021), citando Rodrigues Junior (2018, p. 555) para quem “o ‘amor’ não pode ser o novo ‘deus’ laico”.

Além de equivocadamente confundir os conceitos de amor (contingencial que não tem amparo jurídico) com afetividade (princípio estruturante do direito das famílias)¹², por certo, a afetividade, *per si*, não tem o condão de estabelecer vínculo familiar (PEREIRA, 2012), tanto é que se tem a distinção entre namoro e união estável. Entretanto, as uniões estáveis concomitantes são como todas as demais, com a distinção de que existe um valor impeditivo que se aplica a um modelo (casamento), que tem natureza solene, e não ao outro (união estável), que tem natureza social.

Não se pode confundir a natureza jurídica do casamento com a união estável e tratar ambas as modalidades como sinônimas (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990)¹³. Não o são, são, porém, reconhecidas por força da legalidade constitucional, e têm, portanto, igualmente o direito a especial proteção dispensada pelo Estado no concernente à constituição de família, e não quanto ao modelo. Isto é, se se tutela a família em seus múltiplos arranjos, e por isso ambas merecem a mesma proteção, mas não se aplica os mesmos deveres e impedimentos, tendo-se em vista que a natureza jurídica é desigual, o fato constitutivo observa regras distintas, são modelos diferentes e por isso possuem critérios diversos para a sua constituição (LÔBO, 2008a; SILVA, 2013; CAVALCANTI, 2016).

Por se tratar de ato solene, o rito de constituição do casamento está explicitado no Código Civil, nos artigos 1.511 ao 1.582, o qual dedica 71 artigos para disciplinar o matrimônio. De outro lado, são poucos os artigos¹⁴ que visam disciplinar

¹² Conferir: CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹³ A citação é de 1990. Sua finalidade é demonstrar que, logo após a promulgação do texto constitucional, os autores já tinham o entendimento relativo à distinção da natureza jurídica entre o casamento e a união estável.

¹⁴ 1.723 a 1.727, do Código Civil.

as uniões estáveis, e que, além de serem comedidos e nem sequer intentarem considerar as particularidades do arranjo familiar, são equivocados quando: I) limitam a união estável ao relacionamento entre homem e mulher, erro corrigido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵; II) remetem os impedimentos do casamento a instituto jurídico diverso; III) atribuem aos companheiros deveres semelhantes aos dos cônjuges; IV) conceituam o concubinato, terminologia preconceituosa que não tem mais aderência na realidade jurídica.

Relativamente aos impedimentos, Schreiber (2021) explica que não há impossibilidade de constituição de união estável simultânea a uma outra, há somente em relação a um casamento preexistente, e nesse caso, apenas na hipótese de não haver separação de fato ou judicial. Logo, o legislador reforçou a noção de espontaneidade e informalidade que configura a união estável, divergindo da natureza jurídica do casamento, que é um ato solene.

O jurista, no que se refere ao artigo 1.727 do Código Civil, defende a inconstitucionalidade do dispositivo, pois “se o Constituinte reservou proteção à união estável como entidade familiar independente do casamento, é certo que o legislador ordinário não poderia ter imiscuído na sua disciplina o regime dos impedimentos matrimoniais.” (SCHREIBER, 2021, p. 2096). Portanto, sendo fruto do fato social, não poderiam esbarrar em norma do casamento, aqueles que, observando os demais critérios, constituíram uma união de fato, uma união estável.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o concubinato, classificado como puro, quando não há impedimento, e impuro, quando a relação é concomitante (AZEVEDO, 2011; DIAS, 2021) era tratado pela Súmula 380 do STF¹⁶, que se aplicava somente quando constatado o primeiro caso, reconhecendo a relação como uma sociedade de fato entre os companheiros, em face da vedação ao enriquecimento sem causa.

A moralização do debate jurídico se verifica na própria designação dos termos ‘puro’ e ‘impuro’ (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990; MATOS, 2000), inclusive é o moralismo histórico que inviabiliza o avanço da matéria no âmbito jurídico (CALDERÓN, 2017). Ora, demarcada a distinção da natureza jurídica dos dois modelos (casamento e união estável), não merece referência a utilização do termo ‘concubinato’; essa palavra “[...]”

¹⁵ ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ.

¹⁶ “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

azedada, feia, discriminatória, preconceituosa” (BRASIL, 2008, p. 628), seja qual for a adjetivação que se pretenda utilizar, pois a partir da Carta Fundamental, o que se tem são uniões estáveis, também chamadas de uniões de facto em Portugal (CAVALCANTI, 2016).

O fato social é a raiz das uniões estáveis; não se pode impedir o reconhecimento jurídico por impedimentos do casamento, tal lógica é derivativa de um pensamento jurídico contaminado pelo paradigma do matrimônio como um modelo a ser perseguido, um ideal. Isso pode ser verificado na atribuição acrítica dos deveres dos cônjuges aos companheiros¹⁷, bem como na aplicação dos direitos e deveres das uniões estáveis heteroafetivas às homoafetivas.

Assim, o sistema ignora a origem, o fato constitutivo e as peculiaridades dos arranjos, promovendo retalhamentos e distorções para que os ‘novos’ se adequem aos ‘antigos’. Corrobora-o Calderón (2017, p. 19) ao sustentar que “é o discurso jurídico que deve captar as alterações ocorridas nas formas dos relacionamentos, e não os relacionamentos que se devem adaptar às categorias jurídicas.”

Criar espaços de não-direito pela exclusão alicerçada em um valor moral fere frontalmente a dignidade da pessoa humana (FACHIN, 2015). Negar proteção jurídica à união estável plenamente apta a produzir efeitos e existente no plano material, pelo simples impedimento instituído para o casamento, não pode ser uma postura albergada pela sistemática jurídica à luz da legalidade constitucional.

Embora a monogamia seja um valor do casamento, e o dever de fidelidade recíproca seja previsto no diploma legal (1.566, inciso I, CC), não há justificativa para que o descumprimento desse dever resulte em punição a terceiros, pois não há motivo para que a companheira, quando preenchidos os requisitos da união estável (art. 1.723, CC), tenha seus direitos denegados somente porque seu companheiro descumpra dever relativo a outro relacionamento (SCHREIBER, 2021).

Mesmo que, no intuito de impedir o enriquecimento sem causa, a tentativa de resolver o impasse com a aplicação da Súmula 380 do STF aos casos de uniões estáveis paralelas, quando presente a boa-fé, é uma negação da possibilidade de existência e realização do sujeito, uma situação degradante (SCHREIBER, 2021).

¹⁷ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Primeiro, a Súmula 380 não deve ser reconhecida como norma recepcionada pela Carta Fundamental, porque o termo 'concubinato' não tem mais referência no mundo do Direito. Segundo, perquirir boa-fé e má-fé no âmbito familiarista é uma tarefa hercúlea, pois a linha é tênue e, por vezes, invisível. Demais, esse não é um requisito objetivo para o reconhecimento de uniões estáveis. Como diz o poema: "Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos. As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei." (ANDRADE, 2012, p. 23). Não basta indenização no campo das obrigações, preenchidos os requisitos, os sujeitos têm direito de existirem e serem reconhecidos com família.

Entre os óbices suscitados pelos que têm posição contrária ao reconhecimento das famílias simultâneas, tem-se a alegação de que o acolhimento da realidade social, na esfera jurídica, poderia comprometer o patrimônio do cônjuge ou companheiro do relacionamento tido como 'legítimo', uma vez que decisões dos Tribunais de Justiça vinham determinando a 'triação' e a divisão da pensão por morte quando reconhecidas uniões simultâneas (TIROLI; NAKAYAMA, 2020). Nessa linha, seria 'injusto' com o parceiro tido como 'legítimo' a revelação de que teria de repartir com um terceiro aquilo que entendia ser seu por direito decorrente de uma relação estabelecida.

Ora, esse é o mesmo argumento aduzido pelos filhos 'legítimos', para não reconhecer os direitos sucessórios dos filhos bastardos, pois não poderia um filho, fruto de uma relação eventual ou espúria, portanto, ilegítimo, concorrer na herança do filho que durante toda a vida esteve junto ao pai, inclusive colaborando com a constituição do patrimônio do genitor, por exemplo, trabalhando na empresa da família. Entretanto, o sistema normativo afastou qualquer adjetivação ao substantivo filho, extirpando a figura do 'ilegítimo', e chamando o filho a concorrer nos direitos do pai, em relação seja à alimentação seja à sucessão, independente da origem da filiação (SILVA, 2013).

Portanto, no eixo das parentalidades, nota-se um progresso no sentido de reconhecimento jurídico da realidade social, como demonstrado anteriormente, como o fim da figura do filho bastardo, bem como o acolhimento da socioafetividade e a multiparentalidade. Contudo, tal progresso não pode ser vislumbrado no eixo das conjugalidades, pois o último importante avanço na matéria se deu no julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ pelo STF, que acolheu, no mundo do Direito a realidade social das uniões estáveis homoafetivas e, na sequência, o casamento entre pessoas

do mesmo sexo por determinação do CNJ.

Rejeitar o reconhecimento jurídico das famílias simultâneas fere, sobremaneira, as mulheres, que historicamente têm seus direitos solapados por um ordenamento constituído em torno do paradigma machista-sexista (SILVA, 2013; OLIVEIRA, 2020). Nesse ponto, Oliveira (2020, p. 77) ressalta que, além de limitar o *estar* em família, “a versão codificada das relações privadas no país também se propôs à captura do ser sob o manto do sujeito de direito, em cujos contornos, à luz de um ordenamento sexista e masculino, francamente, não se adequavam as mulheres”.

A monogamia nunca foi uma regra para os homens (ENGELS, 2002), e eles são os que historicamente têm mantido relacionamentos simultâneos (CALDERÓN, 2017). Portanto, as mulheres, quando são afastadas as uniões concomitantes da proteção jurídica, são revitimizadas, tanto na esfera patrimonial, quanto na existencial (SILVA, 2013). Os filhos advindos dessas relações são albergados pela proteção jurídica, mas suas genitoras são marginalizadas. Conforme exposto por Schreiber (2021), trata-se de uma verdadeira família pela metade.

Nas palavras de Dias (2015, p. 138) “ao baterem às portas do Judiciário”, essas mulheres são rechaçadas, pois não deveriam se envolver com homem compromissado. Assim, reforça-se o estereótipo de amante, concubina, manceba, amásia, fonte de devassidão, uma violência simbólica dirigida a quem mais necessita de proteção jurídica em face da sua vulnerabilidade histórica. Em uma perspectiva crítica e emancipatória, o sujeito das relações não pode ser conceituado como ‘algo que faz’, mas como ‘alguém que é’, que existe e que se impõe na realidade (DUSSEL, 1996).

Para Fachin (2015, p. 159), “repensar o Direito e as famílias sob um prisma crítico reside no confronto inafastável entre aquilo que é legalmente regulamentado e aquilo que é vivencialmente constituído.” A família deve ser funcionalizada para a realização do indivíduo (NOGUEIRA, 2021), não o contrário, devendo ser rejeitadas concepções e teorias que suscitem um hipotético interesse supraindividual da sociedade na família-instituição, interesses além daqueles que compõem o seu âmago (PERLINGIERI, 2002).

Portanto, negar tutela jurídica à realidade fática da simultaneidade é inviabilizar a possibilidade de o sujeito buscar a sua plena realização afetiva, social e sexual, em última instância, o próprio desenvolvimento da personalidade em dois

núcleos familiares distintos, constituídos por indivíduos livres e autônomos, vinculados por laços de solidariedade e respeito mútuo (FACHIN, 2015).

O pretexto da segurança jurídica ou da instabilidade que o acolhimento desse arranjo familiar¹⁸ poderia causar no sistema normativo não deve ser reconhecido. Compete ao ordenamento jurídico, por meio de regras e princípios estabelecer as balizas que devem ser aplicadas nas relações existenciais, e não as rejeitar aprioristicamente. Ao Estado “[...] cabe a tutela, a proteção, a garantia de que não haverá uma discriminação sobre quais relacionamentos são válidos e quais devem ser tidos como escusos, indesejáveis” (NOGUEIRA, 2021, p. 184).

Nesse sentido, havia o Projeto de Lei do Senado n. 470/2013 apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que listava um rol de princípios do direito das famílias em seu artigo 5º, excetuando a monogamia, e estipulava no artigo 14 que a pessoa que mantivesse relacionamento paralelo ao casamento tinha as mesmas responsabilidades atinentes à família primeira, inclusive por danos morais e materiais. Embora vanguardista em muitos aspectos, o projeto não prosperou e restou arquivado, cumprindo-se mencionar, por incursões da Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFAS) e da União dos Juristas Católicos de São Paulo (UNICASP) (CAVALCANTI, 2016).

Portanto, qualquer avanço nesse sentido será frontalmente confrontado no Congresso Nacional, tanto pela sensibilidade da matéria, como pelas bancadas religiosas que não aceitam bem a notícia de que não mais compete à religião delimitar os contornos da entidade familiar. Uma alternativa legislativa seria reconhecer tais realidades, quando preenchidos os requisitos da união estável, mas prever uma compensação ao cônjuge que se sentiu lesado pelo relacionamento paralelo. Sendo inerte à tratativa da temática ou inflexível em seu posicionamento, provavelmente a resposta não virá pelo Legislativo, caberia, portanto, ao Judiciário, guardião dos direitos fundamentais, tutelar as pessoas que vivem em união estável, independente da adjetivação que recebem, trazendo à baila do mundo jurídico a realidade social marginalizada.

¹⁸ Ressalta-se, um modelo que em tudo se assemelha à união estável, diferindo, somente, por decorrência da aplicação de um impedimento que é próprio do casamento e não da união estável.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.045.273/SE COM REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA

O Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE¹⁹ se tornou paradigmático relativamente a matéria das famílias simultâneas ou uniões poliafetivas. Embora corresse em segredo de justiça, a comunicação do Supremo Tribunal Federal relatou que o caso envolveu um relacionamento mantido durante doze anos entre um homem e seu companheiro falecido, união estável reconhecida judicialmente em instância primária, com atribuição de efeitos previdenciários póstumos. Concomitantemente, o falecido manteve relacionamento com uma mulher, no qual tiveram um filho, tendo sido reconhecida a união estável entre ambos em sentença transitada em julgado. Em que pese não haver nos autos informações que possam delimitar a união estável precedente no campo fático, a mulher foi a primeira a acionar o Poder Judiciário para obter reconhecimento da união estável e receber a pensão por morte (BRASIL, 2019).

Em face da sentença favorável ao autor da demanda, a mulher recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe (TJ-SE) pleiteando a reforma da decisão prolatada em primeira instância. A sentença foi reformulada, embora se reconhecesse

¹⁹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

a união estável homoafetiva, a pretensão do apelado não poderia ser reconhecida por haver uma união estável precedente, tendo em vista a impossibilidade jurídica do reconhecimento de uniões estáveis concomitantes no ordenamento jurídico brasileiro.

O processo que culminou com a decisão colacionada foi reautuado na Suprema Corte em maio de 2017, sendo designado o ministro Alexandre de Moraes como relator. A sessão extraordinária designada para o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE que foi interposto contra o Acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (AC 5.802/10)²⁰ iniciou os trabalhos na manhã do dia 25 de setembro de 2019.

O advogado do autor do recurso assinalou que as famílias simultâneas devem ser reconhecidas para fins de extensão dos efeitos previdenciários em face da existência de unidade familiar. Marcos Vecchi, patrono do companheiro da relação homoafetiva, ainda ressaltou que a Suprema Corte tem um importante papel contramajoritário de defesa das minorias, e que o caso em tela não versava sobre relação ocasional, mas relacionamento consolidado e amplamente conhecido pela sociedade local.

Ademais, representando o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), Anderson Ribeiro sustentou que a divisão não traria ônus ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), tendo em vista que o valor seria rateado, e não pago em dobro. Outrossim, ressaltou que a pensão por morte tem a finalidade de garantir proteção social, não sendo possível proteger uns e desproteger outros na mesma condição, pois há duas famílias, embora tal realidade afronte a ordem moral vigente.

Em nome da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), falou Regina Beatriz Tavares da Silva, sustentando que as relações de concubinato não têm efeitos previdenciários diante da Constituição Federal, considerando que a

²⁰ Apelação cível – Constitucional, civil e previdenciário – Pensão por morte – Relação homoafetiva – Possibilidade de reconhecimento com status de união estável, inclusive para fins de recebimento de benefício previdenciário – Inexistência de vedação nos artigos 226, § 3º da CF e 1723 do CC – Ausência de previsão legal – O julgador não pode esquivar-se da prestação jurisdicional – Autorizado, neste caso, o emprego dos métodos integrativos da lei, inclusive da analogia – Inteligência do art. 4º da LICC – Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação entre os sexos – Hipótese diversa impede o reconhecimento da relação homoafetiva como requerido pelo apelado – Existência de declaração judicial de união estável havida entre o de cujus e a primeira apelante em período concomitante – Concubinato desleal – Inadmissibilidade pelo ordenamento jurídico pátrio, cujo sistema não admite a coexistência de duas entidades familiares, com características de publicidade, continuidade e durabilidade visando a constituição de família – Analogia com a bigamia – Precedentes do STJ e do Tribunal de Minas Gerais – Sentença reformada – Recurso conhecido e provido – Votação unânime. (TJSE, 1ª Câm. Cív., AC 5802/10, rel. Des. Suzana Maria Carvalho Oliveira, j. 22.03.2011.)

monogamia é princípio constitucional estruturante do direito das famílias, além disso ressaltou que as pessoas que desejam, podem viver duas uniões concomitantes, mas não queiram a proteção jurídica do Estado.

Aliás, cumpre ressaltar que a entidade teve vigorosa atuação no caso, questionando se relacionamentos baseados na poliafetividade poderiam ser considerados como família²¹. Por outro lado, a participação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) como *amicus curiae* foi indeferida pelo ministro relator no dia 18 de fevereiro de 2019, participando, posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 883.168/SC que versava sobre temática semelhante.

Por fim, pela procuradoria da república, manifestou-se Cláudia Sampaio pela negação ao provimento do recurso, ressaltando que o sistema normativo apenas reconhece o concubinato em duas situações, a saber, na hipótese de separação de fato e na hipótese do casamento putativo de boa-fé. Assinalou, por fim, que a monogamia é um princípio estruturante, tanto que a bigamia é um ilícito no sistema normativo brasileiro.

Na sequência votou o relator ministro Alexandre de Moraes, seguido dos ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Abriu a divergência o ministro Edson Fachin, sendo acompanhado pelos votos dos ministros Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio de Mello. A sessão foi suspensa pelo pedido de vistas do ministro Dias Toffoli, sendo retomada e concluída de maneira virtual entre os dias 11 a 18 de dezembro de 2020, em que votaram os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Nunes Marques.

3.1 RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

O voto do ministro relator reconhece que a ação preenche os requisitos necessários para ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Na sequência, discorre brevemente sobre o caso em questão como uma ação de reconhecimento de sociedade de fato homoafetiva. A descrição do relator se equivoca a realizar tal menção, uma vez que o caso, conforme decisão exarada pelo juízo de primeiro grau

²¹ Inclusive, a entidade, ao final do julgamento, publicou a seguinte notícia: “*Vitória da família brasileira! Monogamia prevalece no STF – 6 votos pela não atribuição de direitos previdenciários para amantes. Julgamento encerrado*”. Disponível em: <http://adfas.org.br/2020/12/18/vitoria-da-familia-brasileira-monogamia-prevalece-no-stf-6-votos-pela-nao-atribuicao-de-direitos-previdenciarios-para-amantes-julgamento-encerrado/#prettyPhoto>.

e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe, tratava-se da possibilidade de reconhecimento de união estáveis simultâneas.

A linguagem não é neutra, é intencional, bem como o direito não é neutro. O mito da neutralidade, manifesto pelo discurso pós-político e descomprometido com a realidade social, cobre a ideologia dominante daqueles que política, econômica e historicamente ocuparam os espaços de poder e construíram o direito para cumprir a finalidade de garantir a manutenção desse poder, assegurando, assim, a manutenção do *status quo*. Aliás, Arruda Junior (1989) assevera que os juristas sempre estiveram à serviço da manutenção do *status quo*. Para tanto, Menna Barreto defende que (2021, p. 39), “um dos papéis da Crítica do Direito é a denúncia da função ideológica que encobre a própria fundamentação do jurídico”.

Não sendo neutra, a opção pela expressão ‘sociedade de fato’ em detrimento do conceito de ‘união estável’ revela a tentativa semântica de descaracterizar o caso analisado. Inclusive, consoante a ementa colacionada pelo ministro relator, o Tribunal reconheceu a união estável homoafetiva entre o *de cujus* e o apelante, tendo em vista que as provas trazidas aos autos, bem como os depoimentos testemunhais colhidos pelo juízo de primeiro grau eram suficientes para caracterizar a unidade familiar (art. 1.723, Código Civil), contudo, os efeitos jurídicos não foram estendidos por decorrência da concomitância dos relacionamentos.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o caso não tratava de relacionamento eventual, casual, espúrio, escondido (RUZYK, 2005), mas uma entidade familiar reconhecida por um juiz de Direito e confirmado pelo Colegiado de um Tribunal de Justiça à luz da realidade social trazida aos autos do processo. Assinala-se, portanto, que o civilismo pretensamente neutro que marginalizou a unidade familiar não dá conta das situações e sujeitos sociais emergentes, pois promove simplificações alicerçadas em juízos abstratos e universais (RIBEIRO, 2021).

Em tempo, o voto do ministro relator assinala a impertinência relativa a discussão sobre a modalidade da união estável, sendo hetero ou homoafetiva, uma vez que a Suprema Corte reconheceu efeitos jurídicos a essa última em julgamento paradigmático em 2011 (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ). Portanto, fixou a controvérsia sobre a “[...] possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes, independentemente de serem hetero ou homoafetivas.” (BRASIL, 2020, p. 3).

Ademais, o relator entendeu não ser possível o reconhecimento jurídico de uniões estáveis paralelas, inclusive, para fins de rateio de pensão por morte. Na decisão, cita um julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal de relatoria do ministro Marco Aurélio de Mello. Conforme trecho do voto citado, o relator não estende proteção a relação simultânea sob a justificativa de que um dos integrantes era casado, portanto, à luz do artigo 1.723, §1º, relativo ao impedimento do artigo 1.521, inciso VI, não se poderia contemplar uma união estável entre ambos.

Ignora o ministro relator de que o julgado trazido à lume para subsidiar a sua decisão não tem correlação com o caso concreto analisado nos autos, cometendo um abstracionismo analógico que pretende enquadrar a realidade do caso ao modelo preexistente (FACHIN, 2012). O julgamento da Primeira Turma tratava de uma união constituída por indivíduos que detinham um impedimento legal – aliás, considera-se que a previsão legislativa seja uma afronta a natureza jurídica da união estável, sobretudo por se aplicar impedimento do matrimônio a arranjo familiar diverso – no caso em tela, tem-se duas uniões estáveis, logo, a referência ao julgado não tem pertinência e nem aderência para o caso deliberado.

Adiante, o ministro relator sustenta em seu voto que “[...] a união estável é similar ao casamento civil, caracteriza como união com aparência conjugal” (BRASIL, 2020, p. 6). Na perspectiva da teoria crítica, opera-se um encobrimento do outro (DUSSEL, 1993) ao negar-lhe sua natureza própria, nega-se a possibilidade de plena existência. Essa negação pode ser constatada pela tentativa reiterada de assemelhar a união estável ao tipo ideal do matrimônio, negando e ignorando sua particularidade.

Na lição de Fachin (2012), os paradigmas clássicos que emolduram a realidade encontram-se em pânico em face das novas dinâmicas sociais. Assim, em uma perspectiva emancipatória, não se pode admitir distorções da realidade a fim de atender um projeto político-ideológico alicerçado em uma cultura dominante que reconhece no casamento um paradigma absoluto. Portanto, embora possa parecer similar, como advogado pelo relator, a natureza jurídica dos modelos constitutivos de família é diversa, uma assentada no contrato solene de natureza formal e outra em uma espontaneidade de natureza material (LÔBO, 2008a; SILVA, 2013; CAVALCANTI, 2016).

O voto destaca que a primeira legislação que pretendeu regulamentar o artigo 226, §3º da Constituição Federal foi a Lei n. 8.971/1994, estabelecendo lapso temporal de cinco anos ou existência de prole comum como requisito da configuração

da união estável. Com o advento da Lei n. 9.278/1996, o prazo foi suprimido, de modo que os critérios passaram a ser mais abertos, tais como a convivência duradoura, contínua e pública e a intencionalidade de constituir família (*animus familiae*). Entre o rol de deveres dos companheiros não constava o de fidelidade ou lealdade. Essa imposição nasce com o advento do Código Civil de 2002, que fixa o dever de lealdade.

Alicerçado nessa premissa, o ministro Alexandre de Moraes cita o artigo 1.521, valendo-se da premissa apresentada acima no caso relatado pelo ministro Marco Aurélio de Mello. Entretanto, o impedimento que inviabiliza o reconhecimento de união estável é relativo a pessoa casada, e não se refere aos companheiros, logo, o impedimento não se aplica ao caso concreto, tendo em vista que versa sobre uniões estáveis que se mantiveram simultâneas.

Continuando, o ministro relator extraí o princípio da monogamia como elemento estruturante do direito das famílias a partir do artigo 235 do Código Penal. Entretanto, novamente, não se aplica ao caso analisado. Para Greco (2004, p. 48), “em matéria penal, por força do princípio da reserva legal, não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos”. Como visto na seção anterior, o tipo penal não pode ser aplicado por analogia *in malam partem* (NUCCI, 2015)²² à união estável, tendo em vista que se refere a ilicitude do indivíduo contrair, de má-fé, dois casamentos ao mesmo tempo.

A monogamia ou exclusividade é ressaltada também tendo como base uma interpretação restritiva e objetiva do artigo 226, §3º da Constituição Federal no que se refere a conversão da união estável em casamento. Na perspectiva do ministro relator, esse mandamento do constituinte ao legislador criou um pressuposto para a configuração da união estável, isto é, de que ela somente seja reconhecida quando passível de ser convertida em casamento.

Para Vecchiatti (2020, p. 3), “isso não está escrito na Constituição e se trata de conclusão de todo arbitrária, ante a autonomia da união estável como o casamento civil.” A interpretação intuitiva consagra o casamento como um estágio superior à união estável, um modelo a ser perseguido por aqueles que se unem precariamente no âmbito da informalidade e espontaneidade. Novamente, intenta-se olhar a

²² Isto é, não se pode aplicar a analogia em desfavor do réu. Para Greco (2004, p. 48), “no que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei.”

realidade social com as lentes do matrimônio, uma hierarquização inconstitucional.

Nesse ponto, a monogamia é citada como um dogma inquestionável, um ponto de partida da interpretação e construção lógica do ministro relator. Para Wolkmer (2015b, p. 21), o pensamento jurídico crítico tem a finalidade central de “[...] repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país”, promovendo as condições pedagógicas de “[...] ‘esclarecimento’, ‘autoconsciência’, ‘emancipação’ e ‘transformação’ da realidade social”. Conforme Fachin (2015), uma hermenêutica jurídica crítica não pode se restringir a interpretar o mundo, mas ser capaz de promover a sua transformação.

Assim, embora os fundamentos que balizaram a decisão não sejam aplicáveis ao caso analisado, tais como a monogamia como dogma inefável do direito das famílias, o julgado colacionado, o dever de fidelidade, a bigamia como crime e o impedimento de pessoa casada, o ministro relator votou pela negação do provimento do recurso extraordinário, propondo a tese de repercussão geral vencedora.

3.2 VOTO DIVERGENTE: MINISTRO EDSON FACHIN

Abrindo a divergência, assim como o fez o ministro relator, o ministro Edson Fachin ressaltou que a condição de uma das uniões estáveis ser homoafetiva em nada interferiria na análise do caso concreto à luz da Constituição Federal, haja vista o entendimento pacificado da Suprema Corte em sede do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, inclusive, transcrevendo a ementa dessa última em seu voto.

O ministro relator enfaticamente ressaltou que a questão central a ser deliberada pelo Pleno era a monogamia como princípio estruturante do direito das famílias, preterindo o caso concreto que versava especificamente sobre a questão previdenciária. Nesse ponto, acertadamente o ministro Fachin afirmou que se promoveu uma verdadeira hipertrofiação da discussão que extrapolou os limites do caso em questão, que versava sobre a possibilidade de rateio de pensão por morte no âmbito do direito previdenciário, isto porque o relator optou por fixar uma tese de repercussão geral que atacou outras frentes ainda em debate na comunidade jurídica, principalmente no âmbito familiarista, tais como as relacionadas às famílias simultâneas e às uniões poliafetivas.

Em vista disso, o ministro divergente circunscreveu-se aos limites do campo

previdenciário, posicionando-se pela possibilidade do “[...] reconhecimento de efeitos *post mortem* previdenciários a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva” (BRASIL, 2020, p. 9). Para tanto, valeu-se de analogia com a hipótese do casamento putativo disciplinado no artigo 1.561, do Código Civil brasileiro²³, em que mesmo sendo nulo ou anulável, o casamento contraído de boa-fé produz seus efeitos jurídicos.

Na esteira desse entendimento, o ministro Edson Fachin propôs a seguinte tese: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva”. Embora a dificuldade de se estabelecer os contornos da boa-fé e da má-fé no âmbito dos relacionamentos existenciais (DIAS, 2021), o ministro divergente ressalta que, de acordo com os autos, não restou demonstrado a má-fé dos integrantes, portanto, sendo presumida a boa-fé, os efeitos jurídicos previdenciários deveriam ser estendidos as duas relações existentes.

Importa assinalar que a tese proposta pelo ministro em nada contrariava o sistema normativo vigente, pois, além de prestigiar o instituto da boa-fé objetiva (art. 422, do Código Civil), em que pese suas limitações no campo familiarista, sobretudo pela dificuldade de aferição, a tese limita os efeitos do reconhecimento de uniões estáveis simultâneas à seara previdenciária, não contemplando, portanto, questões relativas ao direito das famílias e sucessões.

Embora entenda-se, conforme demonstrado, não haver óbice a extensão de todos os efeitos jurídicos às famílias constituídas em simultaneidade, a tese proposta pelo ministro divergente vai ao encontro do caso concreto e traz uma solução adequada para um problema específico. Para Ruzyk (2012), a teoria crítica do Direito Civil preconiza aquilo que emerge do caso concreto, afastando-se de conceituações abstratas e idealistas, construindo, assim, “[...] as bases para um Direito Civil inclusivo e que, por isso mesmo, rechaça o mito da neutralidade do Direito”, confluindo nas vertentes críticas que recusam o papel pretensamente neutro assumido pelo jurista na teoria e prática jurídica, um papel que presta à conservação e manutenção da ordem vigente.

Ademais, refere-se ao reconhecimento de uniões estáveis concomitantes,

²³ Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

silenciando-se sobre a hipótese de uma união estável paralela a um casamento. Nisto também a tese é assertiva, tendo em vista que o caso em tela trata de duas uniões estáveis, situação sobre a qual não incide qualquer impedimento para o reconhecimento jurídico, nem mesmo para o campo das famílias e sucessões.

3.3 A TESE PARA FINS DE REPERCUSSÃO GERAL: DEVER DE FIDELIDADE E MONOGAMIA

A discussão e deliberação a respeito da temática foi acirrada, foram seis votos contrários: o relator ministro Alexandre de Moraes, acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Nunes Marques. E cinco favoráveis: abrindo a divergência o ministro Edson Fachin, sendo seguido pelos ministros Luis Roberto Barroso, Marco Aurélio de Mello, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

A tese proposta pelo ministro Marco Aurélio: “é constitucional a divisão da pensão por morte entre duas pessoas que mantiveram, paralela e concomitantemente, relações equiparáveis à união estável com o mesmo indivíduo já falecido” restou vencida. A tese vencedora para fins de repercussão geral estipula que:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (BRASIL, 2020, p. 11).

Dada a abrangência da tese fixada, para além da determinação relativa a impossibilidade de reconhecimento de novo vínculo concomitante, inclusive para efeitos previdenciários, importa investigar os fundamentos que alicerçam a decisão. Inclusive, aprouve ao relator deixar explicitado tais fundamentos na própria tese, qual seja, “em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” (BRASIL, 2020, p. 11). Portanto, a tese está alicerçada em dois pilares, a monogamia e o dever de fidelidade.

Ademais, como demonstrado, a monogamia não é princípio estruturante do direito das famílias, tampouco é princípio constitucional (SILVA, 2013; SANTIAGO, 2015; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020). Sua previsão é infraconstitucional e diz respeito ao modelo familiar baseado no matrimônio, e não se aplica a união estável,

que tem os mesmos direitos, mas não os mesmos deveres e impedimentos, haja vista a natureza jurídica distinta (LÔBO, 2008a; SILVA, 2013; CAVALCANTI, 2016).

Tanto é que a proteção jurídica da união estável decorre do *caput* do artigo 226, da Constituição Federal de 1988: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Assim, goza de proteção por ser família, assim como a conjugal é família, a monoparental é família e tantas outras o são. Por força do princípio da pluralidade, a proteção do Estado se estende à família, e não ao casamento, como ocorreu na Constituição Federal de 1967, no artigo 167, que previa que: “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” (BRASIL, 1967).

Não foi em vão que o constituinte deslocou o conceito de família como entidade-matrimônio para instituição-social. A pluralidade e a diversidade são harmônicas com a igualdade, liberdade e dignidade humana, compondo um corpo coeso de princípios constitucionais. Assim, não há – em que pese utilizar a expressão “ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” no seu texto – qualquer impedimento constitucional que justifique o não reconhecimento de famílias denominadas simultâneas, por força de impedimentos típicos do casamento, ou de famílias poliafetivas. Bem como não há, como demonstrado, impedimentos ao reconhecimento de uniões estáveis concomitantes no âmbito infraconstitucional, tendo em vista a ausência de impedimento expresse.

À luz do princípio da igualdade, na dimensão formal, material e de reconhecimento (MIRANDA; TIROLI; ALVES, 2021), não se pode estipular tratamento diverso sem uma fundamentação que justifique tal tratamento. Na lição de Alexy (2017, p. 430), “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”. Preenchidos os mesmos requisitos da união estável, a família em situação de simultaneidade não pode ser afastada da tutela jurídica, a não ser que exista uma fundamentação argumentativa sólida que justifique tal discriminação.

Como demonstrado, não sendo a monogamia um princípio jurídico, mas um valor moral e não se podendo atribuir os mesmos impedimentos do matrimônio a arranjos familiares de natureza jurídica diversa, não resta corpo argumentativo que possa subsidiar tamanha discriminação. Ainda que se considerasse a aplicação do dever de fidelidade e da monogamia às uniões estáveis, não parece esses serem suficientes em face da dignidade humana, responsabilidade, igualdade, liberdade,

solidariedade, afetividade, publicidade, comunhão plena de vida, continuidade e durabilidade que fundamentam as uniões estáveis.

Portanto, não cabe sustentar a possibilidade jurídica do reconhecimento das uniões estáveis que se encontram em situação de concomitância, ao contrário, o ônus deve recair sobre aqueles que argumentam o seu não reconhecimento (VECCHIATTI, 2014), pois se não houver um conjunto argumentativo sólido que subsidie a discriminação, o reconhecimento é tácito.

Em seu texto, Tavares da Silva (2021) menciona que a monogamia é amplamente aceita como valor social, portanto, deve ser observada. Nesse ponto, imperioso ressaltar que não se deve impor um valor coletivo hegemônico dominante a uma minoria que não compartilha do mesmo valor. Para Santos (2000, p. 16-17), a crítica é “[...] subversiva na medida em que visa criar desfamiliarização em relação ao que está estabelecido e é convencionalmente aceito como normal”. À luz da teoria crítica, que visa desvelar a realidade posta, poderia se observar uma tentativa de imposição de um padrão dominante sobre uma diversidade dominada.

Ao invés de promover a inclusão e emancipação dos sujeitos em um ambiente democrático (WOLKMER, 2015b), o estandarte da monogamia, levantado e aguerridamente defendido, promove a marginalização dos sujeitos, como dito, sobretudo das mulheres, um verdadeiro encobrimento do outro (DUSSEL, 1993). Resulta, assim, no silenciamento e ocultação de uma realidade social que reclama proteção jurídica, e faz jus a tal proteção, pois não está alicerçada somente na afetividade, mas em todos os requisitos principiológicos e legais.

Nesse sentido, como mencionado, importa assinalar que os autos não permitiram definir a união estável que era precedente, ambas foram reconhecidas judicialmente por juízes togados que, à luz da realidade social e das provas, constataram o preenchimento dos requisitos para declaração de união estável (art. 1.723). Não se trata de mancebia, adultério, traição ou outro adjetivo que se queira atribuir, são famílias, constitucionalmente tuteladas (art. 226, §3º).

Uma foi albergada em detrimento da outra por ter chego primeiro. No plano concreto, a decisão marginalizou uma família em face da outra, como se colocasse em uma pista de atletismo o homem e a mulher para disputarem, em uma espécie de ordália ou juízo divino: aquele que atravessasse primeiro a linha de chegada seria reconhecido como família ‘legítima’, a outra, mera mancebia.

Não parece ser esse o tratamento adequado a ser dispensado às famílias à

luz da principiologia constitucional. Ademais, não é a previsão da norma infraconstitucional, que conforme citado, não inviabiliza o reconhecimento jurídico de duas uniões estáveis simultâneas. No ensinamento de Schreiber (2021), o impedimento é relativo ao reconhecimento de união estável concomitante ao casamento, e mesmo assim, havendo separação de fato, não há óbice, tendo em conta a natureza espontânea e informal das uniões estáveis, produto da vida social.

Conforme Cavalcanti (2016, p. 67), as uniões estáveis paralelas são uma “[...] realidade fática, devendo os casos existentes serem tratados pelo ordenamento jurídico.” Assim, “o Direito não pode permanecer desatento às mudanças sociais” (PADILHA, 2017, p. 125). Portanto, não pode ignorar a realidade social que se impõe, sobretudo no caso em tela, em que não há impedimentos próprios que pudessem justificar o não reconhecimento das duas uniões estáveis. Ademais, o não reconhecimento é um prêmio para aquele que constituiu união simultânea, pois não é responsabilizado pela família que constituiu (PEREIRA, 2020).

Além do mais, o dever de fidelidade sustentado pelo relator não tem mais relação com a realidade social. Posto que tenha sido formulado para cumprir, de acordo com o paradigma do matrimônio-patrimônio, a finalidade de subjugar a mulher por um lado (SILVA, 2013); e por outro, garantir a manutenção das riquezas no seio da unidade familiar por meio da sucessão aos filhos legítimos. O dever de fidelidade, apesar de estar positivado no Código Civil²⁴, não tem relevância para a discussão contemporânea do campo familiarista. O casamento deve ser reconhecido como uma comunhão de afetos e companheirismo, e não um instrumento de controle e repressão sexual (LÔBO, 2008b).

Ademais, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante não têm reconhecido a possibilidade de responsabilizar civilmente o cônjuge em face da inobservância desse dever (BRASIL, 2012; TIROLI; FURLAN, 2022). Portanto, infringir o dever de fidelidade ou de lealdade, previstos nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil brasileiro, *per sí*, não resulta no dever de indenizar o cônjuge ou companheiro. Até porque a fidelidade deveria ser um acordo comum entre os membros que compõem a família, e não uma imposição legal.

A aplicação do dever de fidelidade foi equivocada, bem como a fundamentação assentada na monogamia. Logo, além de expansiva, a tese fixada

²⁴ Artigo 1.566, inciso II, do Código Civil 2002: “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca.”

resta equivocada: primeiro por não condizer à questão que fora trazida à lume para ser apreciada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a previdenciária; segundo por se fundamentar em elementos jurídicos distintos do caso em tela, isto é, aplica preceitos que não correspondem a matéria analisada; e terceiro por ter como alicerce a monogamia e o dever de fidelidade, duas colunas frágeis, justamente por serem concentradas e fixadas no âmbito de um modelo de constituição familiar: o casamento, e não a união estável.

Enfim, o placar foi acirrado e pode ser revertido no futuro. Acredita-se que a tentativa de 'solucionar o problema das famílias simultâneas', sepultando de vez esse arranjo familiar, fez com que a tese fixada se expandisse demasiadamente. Entretanto, na consecução dessa finalidade, falhou-se crassamente ao eleger o caso paradigmático para esse fim. São duas uniões estáveis, dois relacionamentos plenos, indivíduos, expectativas, vivências, que, pela visão estreita e fechada dos julgadores, foram escolhidas para ser a legítima e o ilegítimo.

Em uma perspectiva democrática e emancipatória, o compromisso do julgador deve ser garantir que o direito seja instrumento da justiça. À luz do caso concreto e da realidade histórico-social, por vezes fazer justiça é aplicar o direito posto, por vezes não. Nesse caso analisado, interpretações expansivas, analogias descabidas e visões estreitas serviram a manutenção de um sistema jurídico fechado, que se agarra a suas velhas estruturas e ignora a realidade posta, e no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.045.273/SE não houve justiça como decisão ajustada ao caso concreto, nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal não decidiu de maneira justa e acertada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emergência de novos atores sociais anuncia a derrocada definitiva do sujeito de direito como entidade abstrata, um sujeito sem rosto. Novos tempos, novos agentes, novas exigências. Padrões pretensamente universais e respostas apriorísticas não dão conta da multiplicidade de situações que se revelam hodiernamente nas relações sociais.

O civilista deve estar atento aos movimentos da sociedade, não pode se encastelar e ignorar o destinatário do sistema normativo. A pluralidade e diversidade de realidades gera, necessariamente, instabilidades momentâneas devido a entrada e saída que o ordenamento jurídico vivencia, um sistema aberto e à serviço do sujeito. Logo, o papel do civilista, em uma perspectiva crítica, emancipatória e democrática, deve ser repensar as possibilidades de inclusão e tutela das realidades dentro da sistemática, e não rejeitar aprioristicamente com uma solução pronta baseada em estruturas que não são mais capazes de satisfazer à realização da pessoa humana.

Não basta descrever ou interpretar, o civilista deve ser capaz de construir. E no âmbito do direito das famílias, dada a particularidade e dinamicidade que permeia os relacionamentos existenciais, essa postura aberta, atenta e propositiva se faz ainda mais necessária para a construção de respostas adequadas à realidade histórico-social.

As uniões estáveis concomitantes, embora não sejam prática ou temática nova, exige, isso sim, uma nova interpretação. A monogamia, principal barreira levantada contra a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos às uniões simultâneas não é princípio estruturante do direito das famílias. Tão somente um valor que está atrelado a um determinado arranjo familiar cuja origem, como norma, remota a uma congregação de líderes de uma determinada matriz religiosa, que, mesmo sendo majoritária, não pode ser absoluta. A laicização do Estado, exige, também, uma laicização dos valores que o Estado impõe a seus cidadãos.

As uniões estáveis são realidades concretas da sociedade. Assim, o Poder Judiciário correntemente é convocado a apreciar situações de fato que se apresentam em busca de acolhimento e tutela jurídica. Em tempo, cumpre ressaltar que não se trata de mancebia, adultério, relação casual ou eventual, traição ou qualquer outra palavra semanticamente alicerçada no moralismo que expressa essas realidades.

São, ao contrário, uniões existenciais fundamentadas sobre os alicerces

estruturantes do direito das famílias, tais como a liberdade, a responsabilidade, a dignidade humana, a afetividade, a igualdade e a solidariedade, preenchendo, inclusive, os requisitos infraconstitucionais de publicidade, continuidade, convivência, estabilidade e intenção de constituição familiar (art. 1.723, CC).

Nesse sentido, em sede do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, à luz do caso concreto, duas uniões estáveis reconhecidas pelo Poder Judiciário disputavam o rateio de pensão por morte. O ministro relator não deu provimento ao recurso interposto pelo autor, denegando o rateio em face da consagração do princípio da monogamia e do dever de fidelidade no sistema jurídico brasileiro. Assim, estabeleceu tese com efeitos de repercussão geral para não conhecer união estável que seja concomitante a outro vínculo, mesmo que para fins de direito previdenciário.

O ministro divergente pontuou que, em face da boa-fé objetiva e da aplicação análoga do casamento putativo previsto no artigo 1.561, do Código Civil, é possível a atribuição de efeitos jurídicos póstumos a uniões estáveis simultâneas para fins previdenciários, desde que verificado o princípio da boa-fé objetiva. Por 6 votos contrários e 5 favoráveis a procedência do recurso, venceu a tese do ministro relator.

O pleno do Supremo Tribunal Federal, na esteira do voto do relator, rejeitou efeitos jurídicos a uniões estáveis assentadas na realidade social aplicando regras, analogias e princípios que não se aplicam ao caso em tela. O desfecho não contemplou uma solução adequada e justa, no sentido de cabimento, pois a fundamentação e a expansividade do voto do relator aglutinaram e suprimiram as peculiaridades das uniões estáveis, de modo a relegar sua natureza jurídica e possibilidade de existência. Ressalta-se que o tratamento jurídico dispensado a essas modalidades de constituição familiar não pode ser assentado em paradigmas que não dizem respeito a sua natureza jurídica.

Mesmo sendo alvo de controvérsias, não somente quanto ao reconhecimento no mundo do Direito, mas também as repercussões jurídicas, a pluralidade de arranjos familiares está posta, mas não acabada, visto encontrar-se em processo constante de construção. Ninguém pode parar a primavera. No mundo monocromático, aos poucos, a vida social vai florescendo e, no embate jurídico, o mundo do Direito vai se colorindo, diversificando e tornando-se plural, multidimensional e democrático.

Ocorre que o paradigma que modulava e legitimava a família foi deslocado do eixo matrimônio, patrimônio e pátrio poder para o eixo eudemonista. Assim, os paladinos do sagrado e guardiões dos costumes agarram-se em poucas estruturas do

velho mundo para se firmarem. Entram elas, a monogamia, visto que já perderam em tantas frentes, como ocorreu com a libertação da mulher com a aprovação do divórcio, com o reconhecimento da legitimidade do filho advindo fora do casamento e com a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Por isso, não podem ver ruir o alicerce da monogamia, provavelmente o último sustentáculo do modelo que faz saudade a muitos, aqueles que amam o passado e que não veem que algo novo sempre vem. Assim, uma perspectiva crítica permite visualizar além das aparências e questionar o posto e acabado. O modelo dominante é aquele vencedor em determinado contexto histórico-social, se outrora fora diferente, em outras sociedades e culturas, parece evidente que pode ser agora.

Almeja-se, assim, um novo paradigma, guiado pelas promessas da Carta Fundamental de 1988, uma família alicerçada na afetividade, igualdade, dignidade humana, liberdade, diversidade e responsabilidade, conforme exige o contexto histórico-social em transformação.

O direito não pode pretender ser neutro, todo movimento do jurista vai no sentido de conversar ou transformar a realidade posta. Alinhado a axiologia e principiologia constitucional, pretende-se contribuir para um projeto emancipatório, democrático e inclusivo, aliado à realidade histórico-social, alargando, assim, as portas de entrada do mundo do Direito àqueles que historicamente foram renegados.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. **A rosa do povo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Direito penal: jurisprudência em debate**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Ensino jurídico e sociedade: formação, trabalho e ação social**. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 472, p. 21, fev. 1975.
- BARASH, David; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia**. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BEVILÁQUA, Clovis. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição Brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. 350 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.
- BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 4 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 178.331 – SP (2012/0097754-0)**. Trata-se de agravo desafiando decisão que não admitiu recurso especial, este fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravante: VLS. Agravado: PFB. Relator: Min. Raul Araújo Filho, 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário n. 397762/BA**. Companheira e Concubina - Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União Estável - Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão - Servidor Público - Mulher - Concubina - Direito. [...]. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Joana da Paixão Luz. Relator: Min. Marco Aurélio, 3 de setembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87718/false>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1045273/SE**. Recurso extraordinário. repercussão geral. tema 529. constitucional. previdenciário. pensão por morte. rateio entre companheira e companheiro, de uniões estáveis concomitantes. Impossibilidade [...]. Recorrente: C. L. S. Recorrido: M. J. O. S. e E. S. S. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de dezembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF começa a julgar recurso sobre reconhecimento de duas uniões estáveis para rateio de pensão**. Brasília: STF, 25 set. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424625>. Acesso em: 5 abr. 2022.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites.

2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. Nota prévia.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Meio ambiente e desapropriação agrária. **Revista Interesse Público**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 62, jan./mar. 2000.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **Famílias pós-modernas**: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2016.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**: uma aproximação macrofilosófica. 5. ed. Curitiba: Bonijuris, 2019.

CORREAS, Oscar. **Teoría del derecho**. Barcelona: Bosch, 1995.

DANTAS, San Tiago. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt/Enrique Dussel. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade y eurocentrismo. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. São Paulo: Clacso, 2005. p. 24-32.

DUSSEL, Enrique. **Filosofía de la liberación**. Bogotá: Nueva America, 1996.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privado e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria crítica do negócio jurídico. **Revista do Direito Privado**. Londrina, v. 2, n. 1, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/edicao.php?id=31>. Acesso em: 7 mar. 2022.

FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade: contribuições da psicologia do amor III. *In*: FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas**. Tradução de Jayme Salomão.

Rio de Janeiro: Imago, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

GIROUX, Henry. **Teoria crítica e resistência em educação**. Petrópolis: Vozes, 1986.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

LEMOES, Patrícia Faga Iglecias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Caroline M. Salvadego Guimarães de Souza; MARQUESI, Roberto Wagner. Os contratos existenciais e os contratos de lucro: aplicabilidade à luz dos princípios contratuais. *In*: ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho. **Direito contratual contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2019. p. 39-54.

LIPOVETSKY, Gilles. **Tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. *In*: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008a. p. 101-1016.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008b.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Sociologia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Estudios de Derecho**, Medellín, n. 171, p. 36-64, 2021.

MIAILLE, Michel. Reflexão crítica sobre o conhecimento jurídico: possibilidades e limites. *In*: PLASTINO, Carlos Alberto (org.). **Crítica do direito e do estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 31-57.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Lara Caxico Martins; TIROLI, Luiz Gustavo; ALVES, Fernando de Brito. A ética da alteridade e a busca pela igualdade de reconhecimento em Emmanuel Lévinas. **Direito & Paz**, São Paulo, ano 15, n. 44, p. 37-52, 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. **Teoria pós-moderna do direito de família**: a mediação como prática interventivo-participativa na dimensão do pluralismo jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao direito civil. **Revista de Direito Civil**, Jundiaí, v. 1, n. 1, p. 144-174, jan./jun. 2019.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; FAVORETO, Ricardo Lebbos. Problematizando o conceito de responsabilidade social empresarial: implicações de uma leitura multidisciplinar. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 1, p. 55-77, mar. 2020.

NOGUEIRA, Luiza Souto. Comentários ao Recurso Extraordinário n. 1.045.273/ SE: uma análise crítica dos votos vencedor e vencido. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 29, p. 183-201, jul./set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990.

OLIVEIRA, Lúcia Ziggioni de. **Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo**: perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PADILHA, Elisângela. **Novas estruturas familiares**: por uma intervenção mínima do estado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAIANO, Daniela Braga. **A família atual e as espécies de filiação**: da possibilidade jurídica da multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Altino Portugal Soares. O direito ele propriedade e o bem-estar social. **Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, ano 11, n. 41, p. 90, jul./set. 1987.

PEREIRA, Luiz Ismael. **Adorno e o direito**: para uma crítica do capitalismo e do sujeito de direito. São Paulo: Ideias e Letras, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF premia a irresponsabilidade ao negar rateio de pensão para união simultânea. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 19 dez. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1616/STF+premia+a+irresponsabilidade+ao+negar+rateio+de+pens%C3%A3o+para+uni%C3%A3o+simult%C3%A2nea>. Acesso em: 10 maio 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (e o legislador teve medo de responder). **Revista do Ministério Público**, [s. l.], v. 149, p. 9-51, 2017.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Amor e direito civil: normatividade, direito e amor. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (coord.). **Família e pessoa**: uma questão de princípios. São Paulo: YK, 2018. p. 542-568.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

ROSSI, Amélia Sampaio; KOZICKI, Katya. A colonialidade do direito: constitucionalismo e direitos humanos como categorias modernas em desconstrução. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 8, n. 21, p. 23-50, 2021.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias**: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício

da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 26. n. 8, p. 411-448, jan./mar. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 10, p. 127-148, jan./mar. 2009.

TIROLI, Luiz Gustavo.; FURLAN, Alessandra Cristina. A responsabilidade civil por violação dos deveres jurídicos existenciais nas relações conjugais e convivenciais. *In*: BERTOLAZO, Ivana Nobre; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Contexto jurídico das novas famílias do século XXI**: em homenagem à Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira. Londrina: Thoth, 2022. v. 3, cap. 3.

TIROLI, Luiz Gustavo.; FURLAN, Alessandra Cristina. Negócios biojurídicos existenciais: a (in) eficácia do contrato de gestação substitutiva no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (org.). **Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito**: discussões sobre negócios biojurídicos. Londrina: Thoth, 2021. p. 37-53.

TIROLI, Luiz Gustavo; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Famílias simultâneas: análise sobre o direito sucessório e de partilha no caso de concubinato adulterino no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: CACHAPUZ, Rozane da Rosa; EUGENIO, Alexia Domene; GARBELINI, Heloisa Honesko Medeiros. **Do acesso à justiça no direito das famílias e sucessões**. Londrina: Thoth, 2020. p. 249-260.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Famílias paralelas e poliafetivas devem ser reconhecidas pelo Judiciário. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-05/paulo-iotti-familias-paralelas-poliafetivas-reconhecidas>. Acesso em: 7 maio 2022.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. STF erra ao negar direito previdenciário a união paralela de boa-fé. **Jota**, São Paulo, 17 dez. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-erra-ao-negar-direito-previdenciario-a-uniao-paralela-de-boa-fe-17122020>. Acesso em: 8 maio 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015a.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.