

Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux do Egrégio Supremo Tribunal Federal

RE 669.465-ES¹

O **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM**, associação civil sem fins lucrativos e de Utilidade Pública Federal (Portaria nº 2.134, de 27/05/2013), CNPJ nº 02.571.616/0001-48, com sede em Belo Horizonte - MG, Rua Tenente Brito Melo, nº 1.215, 8º andar, por intermédio de seus procuradores² e, acreditando trazer importante colaboração para o deslinde do feito, vem requerer sua admissão no presente Recurso Extraordinário 669.465 -ES, na condição de **AMICUS CURIAE**, pelos fatos e fundamentos aduzidos a seguir.

1. DA POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO

Dispõem o artigo 543- A, § 6º, do Código de Processo Civil e o artigo 323, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 543- A.

[...]

¹ O Requerente obteve informações extraídas da página oficial do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=203568&caixaBusca=N>) que divulgou matéria intitulada "**Efeitos previdenciários em concubinato de longa duração tem repercussão geral**". Desta forma, em face da relevância que o tema *sub judice* tomou, reitera o interesse em prestar informações que possam corroborar para a melhor solução da causa.

²Os advogados subscritores são Presidente e Vice Presidente do Instituto, o que pela ATA e Estatuto registra-se a legitimidade para interposição do presente requerimento.



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 323.

[...]

§ 2º Mediante decisão irrecurável, poderá o Relator admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado sobre a repercussão geral.

A interpretação jurisprudencial desta Corte já consolidou o entendimento de não restringir o instituto *do amicus curiae* somente em ações do controle concentrado. Nesse sentido, foi a interpretação conferida no RE 415.454/ SC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, senão vejamos: *“Em síntese, creio que o instrumento de admissão do amicus curiae confere ao processo de fiscalização de constitucionalidade um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado”*. Ainda trilhando os fundamentos deste julgado, merece destaque a conclusão do Ministro Carlos Britto:

O instituto do *amicus curiae* homenageia o princípio que é constitucional do pluralismo, e isso, sem dúvida, ampliando a participação de setores da sociedade nos nossos processos decisórios, legitima ainda mais as decisões emanadas desta Corte. Também simpatizo.

Na mesma direção, em outra circunstância, decidiu esta Egrégia Corte Constitucional nos seguintes termos:

[...] a exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do julgamento do Recurso Extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo a que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízos e tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa de cada caso. **Essa nova característica**



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

torna mais legítima a presença de ‘amicus curiae’, ainda que não se tenha disposição legal expressa.³ (Grifamos)

Considerando a pertinência entre o tema a ser julgado por este E. Supremo Tribunal Federal e as atribuições institucionais do IBDFAM (objeto estatutário anexo), constata-se a possibilidade de sua atuação no feito, ainda que posterior ao reconhecimento da repercussão geral sobre a matéria, conforme a interpretação adotada no RE 565.714/SP⁴: “*A presença do amicus curiae no momento em que se julgará a questão constitucional, cuja repercussão geral fora reconhecida, não só é possível como desejada*”.

Em face do exposto e tendo em conta a evolução interpretativa do *amicus curiae*, justifica-se a intervenção do Requerente, tanto pela relevância da matéria discutida, como, também, pela representatividade do postulante, certamente a mais importante entidade jurídica brasileira voltada às questões do Direito das Famílias. Por outro lado, os argumentos e ponderações adiante apresentados autorizam sua admissibilidade, pois permitem democratizar o debate acerca dos efeitos jurídicos de famílias simultâneas ou paralelas. Sublinhe-se que o IBDFAM não possui interesse particular na solução da causa, sendo sua única pretensão oferecer subsídios para o julgamento do Recurso Extraordinário, tendo em vista o potencial significado e alcance que este julgamento terá para o Direito das Famílias.

Pelas razões sumariamente evocadas, o **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM** pleiteia seja-lhe admitida intervenção no feito, na qualidade de *amicus curiae*, em face da contribuição que acredita poder trazer ao debate de tão relevante questão jurídica.

2. DA REPRESENTATIVIDADE DO POSTULANTE

³ STF, RE 565.714/SP, Rel^a Min^a. Cármen Lúcia, j. 30/04/2008.

⁴ STF, RE 565.714/SP, Rel^a Min^a. Cármen Lúcia, j. 30/04/2008.



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, fundado em 1997, é uma associação civil sem fins lucrativos instituída na forma de organização social. Entre seus objetivos destacam-se: promover, em caráter interdisciplinar, estudos, pesquisas e discussões sobre questões de família e direito sucessório; divulgar e transmitir conhecimentos a todos os seus membros e à sociedade em geral; atuar como força representativa nos cenários nacional e internacional, como instrumento de intervenção político-científica, ajustado aos interesses da família e ao exercício da cidadania.

O IBDFAM é uma das mais conceituadas e reconhecidas entidades voltadas ao estudo e ao debate do Direito das Famílias e Sucessões, contando com a participação de juristas de notório saber, professores e estudiosos. Compõem o seu quadro social mais de 8.000 associados de todos os Estados que integram a Federação. Já realizou nove congressos nacionais e três congressos internacionais. A contribuição do IBDFAM ao Direito das Famílias, no Brasil, concretiza-se, também, em suas publicações regulares e sistemáticas, com destaque para os anais de seus congressos e a *Revista IBDFAM - Famílias e Sucessões*.

Assim, resta sobejamente demonstrado que o IBDFAM, por sua natureza e objetivos, bem como por sua notória representatividade nacional e internacional, preenche os requisitos legais de modo a ser admitido como *amicus curiae*, no processo em epígrafe.

3. DA *QUESTIO IURIS*: "O ESTABELECIMENTO DA EXTENSÃO E DO ALCANCE DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO"

Ainda que a matéria em apreço neste RE 669.465-ES tenha sido suscitada no âmbito do Direito Previdenciário, não há dúvida de que se trata de tema atinente ao Direito das Famílias. Ao reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, o Excelentíssimo



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

Senhor Ministro Relator Luiz Fux, sumarizou:

Em suas razões recursais, o recorrente aponta violação ao artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, que “não sendo possível reconhecer a união estável entre o falecido e a autora, diante da circunstância de o primeiro ter permanecido casado, vivendo com esposa até a morte, deve-se menos ainda atribuir efeitos previdenciários ao concubinato impuro. Nessa linha de raciocínio, a união estável apenas ampara aqueles conviventes que se encontram livres de qualquer impedimento que torne inviável possível casamento” (fl. 147).

Não há, *in casu*, necessidade de reexame de provas, porquanto já estabelecido nas vias ordinárias que “o falecido viveu por mais de 20 anos com a autora, em união pública e notória, apesar de ser casado”.

A *vexata quaestio* consiste em averiguar, à luz do art. 226, § 3º, da Carta Magna (“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”), **se é possível reconhecer direitos previdenciários à pessoa que, durante longo período e com aparência familiar, manteve união com pessoa casada.** (Grifamos)

Fazendo remissão a casos pretéritos julgados por este E. Supremo Tribunal Federal, versando sobre a possibilidade de rateio de benefício previdenciário entre a viúva do segurado e a companheira com quem mantinha união paralela ao casamento, Vossa Excelência, Senhor Ministro Relator, concluiu:

Considero que a matéria possui Repercussão Geral, apta a atingir inúmeros casos que exsurtem na realidade social, envolvendo a extensão normativa do art. 201, V, e 226, § 3º, da CRFB.

Neste V. Acórdão, que reconheceu repercussão geral à questão constitucional em apreço, há transcrição feita por Vossa Excelência de informação prestada pela Assessoria. Desta, um excerto merece especial destaque em razão da precisão com que circunstancia a questão de direito ora *sub judice*:

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, mostrando-se relevante do ponto de vista social e econômico, porquanto a decisão impugnada, caso mantida, implica obrigar o INSS ao pagamento de pensão por morte à esposa e à concubina, ainda que de forma rateada, **sendo**



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

necessário o estabelecimento da extensão e do alcance da união estável no direito brasileiro. (Grifamos)

Logo, não há dúvida de que, tendo sido atribuída repercussão geral à questão constitucional versada no Recurso Extraordinário em referência, a decisão a ser prolatada, neste caso, implicará direcionamento fundamental para a compreensão jurídica das famílias e da conjugalidade, no complexo e diversificado contexto social brasileiro contemporâneo.

Sobressai, como pano de fundo e núcleo da *questio iuris*, não o direito subjetivo a um benefício previdenciário, mas, sim, e antes de tudo, o reconhecimento jurídico da existência de uma família e de uma conjugalidade constituídas paralelamente ao casamento. No âmbito previdenciário, apenas terá reverberação o entendimento que se firmar quanto ao "estabelecimento da extensão e do alcance da união estável no direito brasileiro", para usar a expressão contida no V. Acórdão que imputou repercussão geral ao caso.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM tem, por meio de seus integrantes, professores e pesquisadores, dedicado especial atenção à questão das famílias simultâneas ou paralelas, mas, sobretudo à concepção constitucionalizada da família ou das famílias. Os novos paradigmas estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para a apreensão jurídica das relações familiares não são estáticos, como se pudessem ser extraídos, automaticamente, do texto constitucional. Eles se constroem e se reconstruem na permanente confrontação, interpretação/aplicação da norma, revigorada pelos influxos dos fatos e da dinâmica social. Em face de tais considerações e, mais uma vez, ressaltando que não tem qualquer interesse particular na solução da causa, o IBDFAM comparece, nestes autos, pleiteando seu ingresso na condição de *amicus curiae*, movido unicamente pela intenção e disposição de oferecer subsídios para o julgamento deste Recurso Extraordinário, cômico da repercussão geral que dele defluirá.



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

4. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES

No julgamento deste RE 669.465-ES não está em questão apenas "o estabelecimento da extensão e do alcance da união estável no direito brasileiro". Há um princípio constitucional que demanda especial atenção e análise. Trata-se do princípio da pluralidade das entidades familiares. De sua efetiva consideração decorrem importantíssimas consequências jurídicas, que reclamam nova concepção de família e de conjugalidade.

Em texto⁵ que se tornou um referencial para vários estudos que lhe sucederam, o professor Paulo Luiz Netto Lôbo demonstrou que não existe hierarquia entre formas de constituição de família elencadas na Constituição Federal, para, em seguida sustentar a tese de que as entidades familiares citadas (casamento, união estável e família monoparental) não conformam rol taxativo, mas, sim, meramente, exemplificativo das múltiplas formas de se constituir família. Sublinhou Paulo Lôbo, no conhecido texto:

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução 'constituída pelo casamento' (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional 'a família', ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu.⁶

Para, em seguida, concluir:

O *caput* do art. 226 é, conseqüentemente, **cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e**

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. (p. 89-107).

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 94.



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*
ostensibilidade.⁷ (Grifamos).

Esta tese, isto é, a de que o rol constitucional não é taxativo, pode ser considerada, atualmente, como vencedora. No ano de 2011, este E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, reconheceu como união estável aquela formada entre pessoas do mesmo sexo.

A união estável consagrada na Constituição Federal, sob a égide do princípio da pluralidade das entidades familiares e na superação do monismo do matrimônio, não pode ter sua compreensão encastelada pelos limites linguísticos de seu anúncio na prescrição normativa. Tanto é assim, que este E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, decidiu pelo voto do Ministro Ayres Brito:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar', entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.⁸

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 95.

⁸ No dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 132 e a ADI 4277, reconheceu a união homoafetiva – aquela formada por pessoas do mesmo sexo – como entidade familiar e sendo que dela devem decorrer todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil (A íntegra do voto do Ministro Ayres Brito, que foi acompanhado à unanimidade, encontra-se publicada no site do STF: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf> Acesso em: 17 ago. 2014). Cumpre anotar que a petição inicial da ADI, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, foi instruída com pareceres de dois professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Direito Civil, Gustavo Tepedino e Professor Titular de Direito Constitucional, Luís Roberto Barroso. Em seu parecer, Gustavo Tepedino fez consignar: “Se a tutela da personalidade deflui da cláusula geral da proteção da dignidade humana, e se o respeito à intimidade afigura-se expressão essencial da personalidade, mostra-se imperativa a obediência às escolhas individuais quanto à constituição do núcleo familiar, excluindo-se a definição apriorística de padrões preconceituosos para a convivência em família”. (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872> Acesso em: 17 ago 2014).



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

A interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil⁹ implica necessária interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal,¹⁰ também, conforme a própria Constituição. A Carta Magna, ao referir-se à união estável, fez expressa menção à união entre homem e mulher. Assim, à primeira vista, a regulação da união estável no Código Civil, limitando-a expressamente aos casos de relação heterossexual, estaria em plena conformidade com o texto constitucional.

A interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil, realizada por este E. Supremo Tribunal Federal, veda que, na sua aplicação, se extraia qualquer significado que impeça o reconhecimento de união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar — sendo esta sinônimo perfeito de família. Logo, tal significado limitador não pode, tampouco, ser aplicado ao § 3º do art. 226 da Constituição Federal, que também se refere apenas à união estável entre homem e mulher.¹¹ E mais, o reconhecimento das uniões homoafetivas — nos termos do voto condutor da decisão que é dotada de repercussão geral — deve ser realizado de acordo com as mesmas regras da união estável entre um homem e uma mulher e deve produzir os mesmos efeitos que esta última.

Reconhecendo a importância da decisão referida e os desdobramentos que terá para a reconfiguração da compreensão das famílias e parasuperação de discriminação que não poderia ser mais tolerada em um Estado que se qualifica como democrático e de direito, não é o mérito propriamente dito da

⁹ Dispõe o art. 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre **o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (Grifamos)

¹⁰ De forma semelhante dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição Federal: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (Grifamos)

¹¹ Este ponto que não é um mero detalhe foi registrado por Gustavo Tepedino em editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*: “Consagrou, então, como inconstitucional, a interpretação do art. 1.723 do Código Civil e de outros preceitos infraconstitucionais que excluíssem a formação de famílias homoafetivas, em favor de interpretação dita conforme à Constituição. Preferiu o STF o caminho hermenêutico mais sinuoso — mas nem por isso menos corajoso e altivo —, da proibição hipotética de interpretação restritiva da regra que curiosamente, limita-se a reproduzir, *ipsis litteris*, a dicção do art. 226, § 3º da Constituição da República”. (TEPEDINO, Gustavo. Editorial: União de pessoas do mesmo sexo e a teoria da interpretação. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2011, v. 45, p. vi.)



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

decisão que mais importa para a reflexão que aqui se desenvolve. Antes, ganha relevância a perspectiva de que a própria Constituição Federal deve receber interpretação dinâmica e em permanente relação dialética com as transformações sociais. Ainda que o texto constitucional tenha se referido apenas à *união estável* entre homem e mulher, a interpretação conforme a Constituição do instituto, segundo este E. Supremo Tribunal Federal, tem igual aplicação e efeitos para as relações heterossexuais ou homossexuais.

Qualquer que pondere sobre a interpretação da *união estável* realizada em 2011 por esta E. Corte Constitucional, isto é, 23 anos após a promulgação da Constituição de 1988, há de convir que jamais poderia tal interpretação ser concebida ao tempo em que entrou em vigência a Carta Magna brasileira. A Constituição não é um dado, como ensina Luiz Edson Fachin, mas, faz-se e se revela em um processo histórico de construção, de natureza eminentemente prospectiva.¹²

A decisão sobre a união homoafetiva constitui uma amostra da tensão entre um sistema fechado — fundado na propriedade e mantido sob o manto do voluntarismo jurídico, estipulando titularidades de direito, e delimitando separação intransponível entre o direito e o não-direito — que não é perene e vai-se esvaindo em um sistema aberto, assentado nos princípios constitucionais e cláusulas gerais permeáveis, realimentado sempre pelos fatos e pela concretude viva das relações sociais em permanente mutação. Neste caso específico, o sistema fechado, típico de toda concepção codificada do Direito Civil, cedeu. Mas não se deve esquecer, conforme registro de Luiz

¹² “O desafio é apreender extra-sistematicamente o sentido de possibilidade da *constitucionalização* como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a dimensão prospectiva dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da *ressignificação* dessas balizas linguísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito.” (FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo – novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

Edson Fachin, que “o sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o Direito, e assim o fazendo, delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina, o direito do não-direito; por essa via, fica fora do sistema o que a ele não interessa”.¹³

O *concubinato* constitui a expressão jurídica talhada por essa lâmina tênue, mas eficaz, que atuou historicamente na construção de um lugar de não-direito, isto é, de condenação à invisibilidade jurídica.

4.1. Os vícios decorrentes de um paradigma obsoleto

É fundamental não deixar ao esquecimento o fato de que o concubinato, no Brasil, desmereceu qualquer reconhecimento jurídico afirmativo até a década de 60 do século XX. Os manuais de Direito de Família e mesmo os tratados ignoravam por completo a família que não fosse a originada do casamento. Não se deve desprezar o significado da desconsideração desses arranjos que nem sequer eram percebidos pelo Direito como família, permanecendo no campo da invisibilidade jurídica e da marginalidade social.

Este pensamento perpetuou-se por séculos e especializou-se, no Brasil, fundamentalmente na discriminação da mulher índia, negra e pobre, percebida como *teúda e manteúda*,¹⁴ mas, nunca como companheira, como igual, como mulher. A união decorrente do concubinato chega, pela Súmula 380¹⁵ deste E. Supremo Tribunal Federal, à condição de sociedade de fato, mas não ao *status*

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 213.

¹⁴ A expressão *teúda e manteúda*, ainda hoje utilizada no nordeste do Brasil para designar a “concubina”, isto é, uma referência àquela que “*se tem*” e “*se mantém*”, figurava nas Ordenações Filipinas. Sílvio Rodrigues transcreve peculiar texto das Ordenações, Livro IV, Título 94, *principium*: “Fallecendo o homem casado abintestado, e não tendo parente até o décimo grão contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com elle estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ella será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ella primeiro fallecer sem herdeiro até o dito décimo grão”. (RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7. p. 111 – nota de rodapé).

¹⁵ Súmula 380/STF: “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”.



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

de família. Somente com a Constituição Federal de 1988 é que a união estável, isto é, a conjugalidade sem casamento, é reconhecida como família.

A história recente da negação jurídica de toda e qualquer família que não se amoldasse ao *standard* matrimonializado não pode ser esquecida, sob pena de se seguir utilizando os mesmos mecanismos jurídicos e as mesmas lentes para a leitura das famílias contemporâneas.

Novas consequências devem ser extraídas da afirmação de que o art. 226 da Constituição Federal estabeleceu o princípio da pluralidade das entidades familiares e de que o *caput* do referido artigo constitui cláusula de inclusão,¹⁶ sendo as famílias enunciadas em seus parágrafos rol meramente exemplificativo de um sem-número de possibilidades de ser família. Necessário é, também, que se afirme novas consequências para o princípio do Estado democrático e laico. Não é razoável que, considerados os princípios constitucionais vigentes, ainda se proclame o casamento monogâmico como o grande e insuperável paradigma, a partir do qual devem ser fixados limites estritos para se reconhecer, juridicamente, uma família e, para, via de consequência, negar reconhecimento àquela que não se pautar pelos critérios do mencionado paradigma.

Os câmbios não ocorrem de uma hora para outra. O velho reluta contra seu fim e o novo encontra resistências iniciais, até que o ambiente se mostre favorável ao seu desenvolvimento.

A caracterização da união estável, no Código Civil de 2002, representa verdadeiro retrocesso se colocada em cotejo com o princípio constitucional da pluralidade das entidades familiares. O Código Civil, para pensar a união estável, tomou como paradigma o casamento. Todavia, é necessária uma construção teórica autóctone para a união estável, sob pena de reducionismo desta ao casamento, aniquilando-se, o que é efetivamente distinto.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

Este equívoco se revela nos casos de famílias/conjugalidades paralelas. Ainda que estas famílias simultâneas sejam reconhecidas como tais, socialmente, isto é, por aqueles que estão em seu entorno e que são partícipes da vida em comum que protagonizam e, também sociologicamente, isto é, por qualquer estudioso das ciências sociais, são negadas pelo Direito, visto que, por força do disposto no § 1º do art. 1.723 do Código Civil, os impedimentos do casamento, enumerados no art. 1.521 do mesmo Código, foram trasladados para união estável,¹⁷ de modo que, uma vez presentes, constituem óbice à configuração jurídica da união estável.

O pressuposto desta forma de perceber a família ainda está fundado numa concepção monolítica, que tem o matrimônio como seu paradigma maior, de tal sorte que à união estável devem ser aplicados os mesmos impedimentos previstos para o casamento. Por tomar como paradigma o modelo herdado das codificações oitocentistas, e não o princípio constitucional da pluralidade das entidades familiares, repugna-se o reconhecimento de uniões simultâneas. Faz-se, desta forma, marcada distinção entre o concubinato e a união estável. Apenas esta última configuraria relação familiar, já aquele teria, quando for o caso, apenas efeitos no campo obrigacional, mas, jamais implicaria direitos típicos de família, como alimentos, sucessão e benefícios previdenciários. Isto porque, a união paralela ou simultânea atentaria contra o princípio da monogamia que, segundo tal entendimento, regeria o sistema jurídico familiar brasileiro e que não admite atenuação do dever de fidelidade¹⁸ para assegurar

¹⁷ O concubinato na configuração legal é, assim, expressão inequívoca de exclusão de tutela às relações familiares que ficam desta forma empurradas para a marginalidade, e invisibilidade jurídica. Esta é também a percepção de Maria Berenice Dias: "Nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à invisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros, certamente do homem." (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 172.) A crítica à redação do art. 1.727 do Código Civil, que restabeleceu a ideia de concubinato é referida, entre outras, nas seguintes obras: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil. Vol. XX: da união estável, da tutela, da curatela**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 219 e, também, em LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

¹⁸ A ênfase no dever de fidelidade, historicamente, recaiu sobre a mulher. Em relação ao homem sempre houve certa tolerância. Observa Paulo Luiz Netto Lôbo que este dever, "historicamente, voltava-se em grande medida ao controle da sexualidade feminina, para

direitos à concubina.

4.2. Famílias paralelas: mote para repensar o tratamento jurídico às conjugalidades contemporâneas

O tema das famílias paralelas ou simultâneas constitui apenas a ponta do *iceberg*. Presta-se como mote para o repensar da apreensão jurídica da conjugalidade, que não pode mais ficar adstrita ao modelo da família matrimonializada herdada das codificações oitocentistas, mas que persiste como forte paradigma no senso comum dos juristas.

A *questio iuris ora sub iudice* transcende a mera discussão sobre os possíveis efeitos jurídicos que se podem reconhecer às uniões simultâneas. Trata-se, antes e sobretudo, da possibilidade de dar novo tratamento às múltiplas expressões de conjugalidade que se configuram contemporaneamente. Este exercício é fundamental para que o Direito não tome sustos, como se fosse um cidadão do século XIX que aporta na sociedade do século XXI. Não se trata, por outro lado, de elogio desmesurado e acrítico ao novo. Aliás, é necessário começar pela História.

4.2.1. Concubinato e marginalidade

Desde o início da colonização, o concubinato se apresenta sob o signo da marginalização e do domínio do homem sobre a mulher. A concubina sempre esteve e permaneceu em um lugar de não-direito, de invisibilidade jurídica.

As famílias formadas à margem do casamento estavam legadas ao sistema da bastardia e da exclusão social. Embora desclassificada socialmente, a família formada com a índia, com a escrava, com a mulher

proteger a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*. Nesse sentido estrito (e, por certo, insustentável na atualidade), sempre se manifestaram a doutrina e a jurisprudência.”(LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136).

pobre e socialmente inferior sempre existiu e não em pequeno número. Há, portanto, em relação ao concubinato, uma dívida social imensa.

O Direito sempre legitimou e reforçou esse *discrímen*. A história dessas mulheres anônimas que foram destituídas de sua biografia, como se suas famílias forjadas pela miséria e pela dominação nunca tivessem existido, deve ser resgatada em um Estado que se pretende democrático e que tem como objetivo erradicar a marginalização, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

Lamentavelmente, o vetusto Código Civil de 2002 revigorou o concubinato e trouxe como requisito para a configuração da união estável a não existência dos impedimentos para o casamento. Mais uma vez é o velho paradigma da família matrimonializada lançando sua enorme sombra sobre uma conjugalidade sem casamento.

Um desafio está posto: ou para a união estável se erige um estatuto próprio, autóctone em relação ao casamento, ou os formalistas de plantão convertem a união estável em casamento, desnaturando completamente essa forma de constituição de família. O art. 1.723 do Código Civil não deve ser lido conforme a Constituição Federal, como bem determinou o Supremo Tribunal Federal, apenas para reconhecer como união estável aquela estabelecida entre pessoas do mesmo sexo, mas, também, para escoimar as limitações que, de forma absolutamente inconstitucional, foram impostas à união estável em geral, seja ela hetero ou homossexual. O Código Civil e os juristas servis à legislação obsoleta reforçam cegamente ou não, uma discriminação inaceitável, que perdura por séculos.

A evocação da monogamia se apresenta imantada de respeitabilidade e reforça uma suposta moral superior. Assim, é ocultado seu indecente uso ideológico discriminatório.¹⁹ Reforça-se, ao abrigo da lei, a dominação

¹⁹ Sobre o tema ver: SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

masculina que marcou a sociedade brasileira desde os primórdios da colonização lusitana.

4.2.2. Casamento e o patrimonialismo liberal: o desafio de uma superação

A despeito de as revoluções burguesas proclamarem a separação entre Estado e Igreja, o modelo canônico de casamento foi transplantado para as codificações civis e prestou-se como uma luva ao projeto liberal. A família formada pelo casamento constituiu a guardiã da propriedade. Nela é que se possibilitava a cumulação do capital e, também, a sucessão legítima da titularidade da fortuna. A família matrimonializada ajustou-se à perfeição ao modelo e mereceu especial proteção. Sua regulação, como se vê, também, no Código Civil brasileiro atual, dirige-se prioritariamente à dimensão patrimonial do casamento. Decorre desta proteção o que foi denominado tutela da "paz doméstica". A um filho nascido de aventura extraconjugal do marido, por exemplo, era vedada a investigação da paternidade em face do indigitado pai por ser ele casado. O filho extraconjugal, acoimado de ilegítimo/adulterino, poderia implicar dispersão patrimonial.

Da mesma sorte, as formas de constituição de família fora do casamento, ainda que não houvesse impedimento entre os parceiros, desmereceram qualquer tutela jurídica. O casamento, com seus regimes de bens, é que consistia a forma ideal de dar segurança jurídica ao patrimônio. É a partir do patrimônio, da propriedade, que os demais institutos, como a família, são pensados e idealizados.

Exatamente, por essa razão, até o início da década de 1960, o concubinato desmereceu, no Brasil, qualquer tratamento jurídico afirmativo. Se hoje, como reiteradamente se afirma, a dignidade da pessoa humana constitui o norte do Direito Civil, não é possível negar existência jurídica a famílias que,



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

de fato, existem. Se o fator patrimonial não deve ser o predominante, se as situações subjetivas coexistenciais é que devem ganhar proeminência, não faz sentido que o modelo patrimonialista de família, que determinou sua configuração nas codificações oitocentistas, siga ditando as diretrizes para o reconhecimento do que é ou não família.

4.2.3. Pluralismo e democracia: a questão da laicidade

A Constituição Federal de 1988 deu vestimenta jurídica ao processo de redemocratização do Estado brasileiro, estabelecendo os princípios e parâmetros que não se circunscrevem à dimensão pública. Há importantes reverberações da democracia no âmbito privado. Não são mundos estanques.

A democratização da intimidade constitui um dos aspectos do processo democrático. Falar em Estado laico deve, também, ter implicações que estão para além da separação formal entre Estado e credos religiosos. O Estado laico configura *conditio sine qua non* para autêntica democracia. Ele assegura a pluralidade de ideias, a diversidade das conformações sociais, e, portanto, das múltiplas formas de constituição de família.

Se o Estado é laico, se a democracia demarcada constitucionalmente tem o objetivo de estabelecer um Estado no qual caibam todos, com as suas multifacetadas maneiras de ser e de se fazer humanos, não há espaço para o pensamento único, mesmo que seja decorrente de religião majoritária, nem tampouco de uma concepção moral de maioria. A diversidade constitui garantia fundamental do Estado laico. Nele, afirma-se o direito de ser diferente. Desta forma, ainda que significativa parte da população tenha a monogamia como uma regra ou princípio em decorrência de sua formação religiosa ou moral, não é possível impor tal princípio ou regra como norma estatal, sob pena de afronta ao princípio da laicidade do Estado.

O problema é que boa parte dos juristas ainda não atentou para o fato



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

de que o Estado Democrático de Direito e laico tem implicações para além da praça pública. Ele adentra a intimidade do lar. A liberdade é fundamental. O pluralismo das entidades familiares, consagrado pelo art. 226 da Constituição Federal, corrobora essa perspectiva. Não pode o Estado, valendo-se de uma dada concepção religiosa ou de uma moral de maioria, dizer o que é ou não família. O casamento, como estruturado nas codificações, reflete uma determinada concepção religiosa. Sua indissolubilidade até a década de 70 do século XX evidencia este fato.

Aqueles que pretendem ver seu casamento regulado pelos ditames canônicos ou por qualquer outro conjunto de princípios religiosos, morais ou filosóficos devem ter assegurado tal direito. O que não é de se admitir é que um desses modelos seja eleito pelo Estado e imposto ao conjunto dos cidadãos. É o que ocorre quando, no campo jurídico, se pensa a união estável a partir dos parâmetros do casamento. Um lamentável equívoco que fere os princípios da democracia e da laicidade.

São os estados teocráticos e autoritários que impõem, explicitamente aos cidadãos, normas hauridas da dogmática de credos religiosos. Todavia, é necessário, nos Estados que se proclamam laicos, como o brasileiro, apontar tais imposições camufladas ou escamoteadas numa suposta legalidade.

Se a normatização da família não é mais aquela equalizada e plasmada na abstração do texto legal, mas resulta da atividade hermenêutica, orientada à realização dos princípios constitucionais, se não é possível, em abstrato e *a priori*, dizer que determinada formação social é ou não uma família, presente está o princípio da democracia que, segundo assenta Pietro Perlingieri, “revolucionaria a noção tradicional de comunidade familiar.”²⁰ Não é mais à estrutura familiar que a tutela constitucional se direciona, porém, à função que a família desempenha.²¹ No exercício de sua função é que a família é

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 40.

²¹ “O constituinte de 1988, todavia, além dos dispositivos acima enunciados, consagrou no art. 1º, III, entre os princípios fundamentais da República, que antecedem todo o texto maior, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de

reconhecida como tal. Logo, o que faz a família não é a adequação desta à estrutura legal predefinida, mas, a realização de uma função constitucional.

Com precisão registrou Maria Celina Bodin de Moraes, ao escrever sobre a família democrática: “o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela forma, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha — isto é, como espaço de companheirismo e convivência afetiva entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes”,²² referindo-se, obviamente, às famílias homoafetivas.

A funcionalização da família tem vinculação direta com o princípio da democracia, com assento na premissa da diversidade e não na da homogeneidade. Por esta razão, conclui Maria Celina Bodin de Moraes que “além das uniões estáveis, das chamadas famílias recompostas e das famílias monoparentais, devem usufruir de proteção formas alternativas, tais como as famílias concubinas, as famílias homoafetivas, a adoção de adultos, entre outras”.²³ Decorre do princípio da democracia a tutela das famílias que ela denominou concubinas e que, nesta petição, têm sido referidas como simultâneas ou paralelas.

Como salientou Gustavo Tepedino,

a família embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que — e somente na exata medida em que — se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de produção da dignidade de seus integrantes.²⁴

qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família.” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 352)

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 223.

²³ *Ibidem*. p. 221.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 352

Esta compreensão guarda perfeita coerência com a análise de Paolo Grossi, quando afirma que

é o Estado que impõe fronteira, que vive de fronteiras; a sociedade, realidade complexa e aberta, sem identificações potestativas, tem confins que não se transformam nunca em fronteiras. Alforriar o direito do vínculo necessário com o Estado constitui alforria dos empobrecimentos causados pela miúda política.²⁵

O princípio da democracia, ao tomar como referência a sociedade — e não apenas o Estado — como partícipe na produção normativa, produz novas perspectivas para compreensão do Direito das Famílias.

4.2.4.Dignidade, liberdade, igualdade: a dimensão coexistencial e conjugalidade(s)

O Estado não tem o poder de dizer como as pessoas devem constituir família. Se a família existe, tem ele, o Estado, sim, o dever de protegê-la e de assegurar aos seus integrantes o exercício de seus direitos. É o que prescreve o art. 226 da Constituição Federal. Este dever decorre do princípio estruturante do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. Tal princípio, no âmbito das relações familiares, põe em relevo as situações subjetivas coexistenciais. A história de vida das pessoas constitui sua própria humanidade. Negar sua história e a existência da família constituída ao longo dos anos, porque, por exemplo, paralela a outra, revela-se como afronta ao que constitui o núcleo do que é essencialmente humano.

Nesta mesma direção, a liberdade, no que se refere às situações subjetivas existenciais, deve ser maximizada.²⁶ Como poderá o Judiciário enfrentar, por

²⁵ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 118.

²⁶ Sobre o tema da liberdade nas situações subjetivas existenciais, por todos ver: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a*



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

exemplo, o caso de famílias que se formam totalmente à margem do casamento, como na união estável entre três, o chamado poliamor, se continuar aferrado ao modelo único da família matrimonializada? Neste caso, não se trata de famílias paralelas, muito menos de união estável putativa. Desaparecem os parâmetros tradicionais. A liberdade traz consigo questões que não estão previstas nos textos legais ou na jurisprudência consolidada. Para Maria Celina Bodin de Moraes, assim é porque “a vida, para ser digna (CF, art. 1º,II), precisa, intrinsecamente, da mais ampla liberdade possível no que toca às relações não patrimoniais”.²⁷A liberdade é revalorizada, nas situações subjetivas existenciais, na medida que se revela como condição inerente à própria dignidade humana.

Por seu turno, o princípio da igualdade há de ser submetido a um processo contínuo e dialético de superação da igualdade meramente formal de modo a fazer prevalecente a material. A igualdade não pode pressupor uniformização. Esta somente existe quando assegurado, paradoxalmente, o direito à diferença. As famílias formadas ou não do casamento devem ser merecedoras de igual proteção e respeitadas igualmente em suas plúrimas manifestações. Trata-se de um imenso desafio para os juristas e para o Judiciário, em particular. As respostas não serão encontradas prontas em um compartimento numerado e de fácil acesso na lei. O ônus argumentativo ganha relevância, visto que o procedimento lógico e simples da subsunção do fato à regra jurídica revela-se cada vez mais insuficiente e, em verdade, totalmente inadequado.

5. DA CONCLUSÃO E REQUERIMENTO

dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2010. E sobre o princípio da liberdade aplicado à conjugalidade: NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 190.



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

Na ponderação dos princípios da monogamia e da dignidade da pessoa humana, não há dúvida, de que o macro princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer, para não repetir injustiças históricas de ilegitimação e de invisibilidade social e jurídica de milhares de famílias brasileiras constituídas paralelamente à outra família. São estas algumas pautas para reflexão e questionamento que o **Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**, na qualidade de *amicus curiae*, submete à apreciação desta E. Corte Constitucional, com o objetivo de contribuir à apreciação da questão de direito posta em destaque neste Recurso Extraordinário nº RE 669.465-ES, e o faz tendo a consciência de que a relevante matéria submetida a julgamento transcende o mero reconhecimento de direito ao benefício previdenciário — pensão por morte —, posto que envolve câmbio de paradigma jurídico em relação ao tratamento da conjugalidade contemporânea, em múltiplas expressões e configurações. Posta a monogamia em questão como princípio jurídico até então considerado intransponível, abre-se espaço para se repensar os fundamentos jurídicos da própria conjugalidade.

O caso ora *sub judice* apresenta-se como convite ou interpelação a todos aqueles que levam a sério o trabalho de pensar o Direito das Famílias para além de um sistema jurídico fechado, que se retroalimenta sem qualquer permeabilidade que permita o influxo da vida concreta.²⁸ As famílias ditas paralelas, que se formam pelas tortas linhas do amor e do desamor, por seu turno, desafiam o Direito a dar respostas coerentes com a tábua axiológica consagrada nos princípios constitucionais e que promovam, de fato, a Justiça.

Isto posto, é a presente para, respeitosamente, perante Vossa Excelência, requerer que seja admitida a intervenção do ora Requerente, o **Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**, na qualidade de *amicus curiae*, de modo que possa trazer subsídios a esta E. Corte Constitucional,

²⁸ “No sistema clássico, a primazia é colocar acima do que se verifica concretamente a previsão do modelo da relação jurídica. Para evitar que isso turbasse a compreensão da relação jurídica abstratamente considerada, o que interessa é um paradigma abstrato, que recolhe a realidade e faz com que a relevância jurídica dos dados se amolde a essa ordem previamente estabelecida” (FACHIN. Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 92.)



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

para a apreciação do caso ora *sub judice*, mormente tendo em consideração que ao julgamento deste Recurso Extraordinário nº 669.465-ES foi atribuído efeito de repercussão geral, pelo que requer seja intimado a participar dos atos processuais, na pessoa de seus procuradores que adiante assinam, inclusive para sustentação oral, na sessão de julgamento do presente Recurso Especial.

Nestes termos,

Pede deferimento,

Brasília, 29 de Agosto de 2014.

Rodrigo da Cunha Pereira

Presidente Nacional do IBDFAM

OAB/MG n. 37.728

Maria Berenice Dias

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

OAB/RS n. 74.024

Marcos Alves da Silva

OAB/PR 22.936