

Famílias Simultâneas e Monogamia¹

Carlos Eduardo Pianovski

Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais na UFPR. Professor de Direito Civil da PUC/PR e da UNIBRASIL. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Membro do NUPECONST. Membro da Associação Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado militante.

1. Delimitação temática e ponderações preliminares.

A simultaneidade familiar diz respeito à circunstância de alguém se colocar concomitantemente como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si. Trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum.

São inúmeras as possibilidades concretas de verificação de famílias simultâneas: desde a bigamia típica até a pluralidade pública e estável de conjugalidades; desde a situação que envolva filhos de pais separados, que mantêm os vínculos de afeto e convivência com ambos os pais, até a situação de pessoas divorciadas ou separadas que constituem novas famílias nucleares por um novo casamento ou união estável, mantendo o vínculo com a prole resultante da primeira união; ou, ainda, netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência contínua com seus avós, para citar apenas algumas configurações possíveis.

¹ O presente trabalho recolhe reflexões e argumentos desenvolvidos anteriormente, de modo mais amplo, em nossa obra “Famílias Simultâneas: Da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional” (Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

Não é possível pretender circunscrever a complexidade que podem assumir esses arranjos familiares que, como se observa, podem não se restringir à simultaneidade entre dois núcleos, envolvendo várias entidades familiares simultâneas.

A identificação da simultaneidade principia por dois pressupostos: (a) a noção de família de que se está a tratar diz respeito à comunidade ou entidade familiar, e não ao sentido amplo do parentesco jurídico ou da consangüinidade e (b) o olhar que busca a aferição da existência ou não de uma situação de simultaneidade parte do sujeito que constitui elemento comum entre as entidades familiares examinadas.

Dentre as possibilidades de configuração de simultaneidade, avulta como alvo de maiores controvérsias aquela que se institui mediante duas ou mais relações concomitantes de conjugalidade – aqui tomada tanto em sua concepção formal matrimonializada quanto em sua conformação como situação de fato.

É, efetivamente, no âmbito desse vetor pertinente às relações de conjugalidade que a simultaneidade familiar adquire contornos mais polêmicos, embora se trate de hipótese claramente menos comum do que a da simultaneidade de famílias na perspectiva da filiação. Também é no âmbito da conjugalidade que se mostra sustentável identificar possíveis limites à eficácia das relações entre os componentes de famílias simultâneas – já que, por exemplo, tratando-se de simultaneidade na perspectiva do vínculo parental a atribuição eficaz é plena.

A simultaneidade de conjugalidades é tema que, embora suscite perplexidades, não é alheio ao direito de família. Identificar os limites e possibilidades da apreensão jurídica e da atribuição de eficácia a situações de tal natureza implica a necessidade de enfrentar questões pertinentes ao universo principiológico que permeia esse ramo do direito. Dentre as questões candentes a demandar análise está a eventual oposição de óbices decorrentes de um possível princípio da monogamia.

O presente texto se propõe, assim, a examinar os limites e possibilidades da apreensão jurídica e da atribuição de eficácia a situações de simultaneidade familiares instituídas por meio de múltiplas conjugalidades concomitantes.

Principia-se, nesse passo, pela problematização a respeito da existência ou não de um princípio jurídico da monogamia no direito brasileiro, passível de ser imposto como dever-ser a todas as formações familiares.

2 - Ponderações sobre a existência ou não de um princípio da monogamia no direito de família brasileiro contemporâneo.

Um exame histórico atento permitirá aferir ao menos uma dada forma de monogamia como característica de longa duração presente nas comunidades familiares (assim como é dado histórico de longa duração a própria existência de comunidades que, à luz das peculiaridades de seu tempo, se reconheciam como familiares): trata-se da monogamia configurada como uma única conjugalidade dentro de uma mesma comunidade familiar, à qual se propõe denominar como monogamia endógena.

Essa relativa estabilidade, todavia, não permite uma absolutização da monogamia como dado histórico. A “implodir o *continuun* da história” – para empregar a conhecida expressão de Benjamin² – emergem realidades não monogâmicas que possuem maior ou menor aceitação em certos momentos históricos.

Com efeito, a história da monogamia no ocidente, longe de ser linear – como de fato, não o é qualquer análise histórica com preocupação de método – é permeada por rupturas, sobretudo no que tange à dimensão dessa monogamia que se apresenta como externa ao que se pode chamar de comunidade familiar. Propõe-se denominar esse surgimento de conjugalidades exteriores a uma comunidade familiar originária de poligamia exógena, em contraposição a uma poligamia endógena – ou seja, aquela que se constitui por múltiplas conjugalidades inseridas em um mesmo grupo familiar.³

A longa duração da monogamia pode ser aferida no seu caráter endógeno. O mesmo não se pode dizer de seu caráter exógeno. A poligamia

² BENJAMIN, Walter. Teses sobre o Conceito de História. In: *Obras Escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

³ A esse respeito, PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Família Simultâneas: Da unidade codificada à pluralidade constitucional*.

exógena masculina⁴ chega a ser aceita – e até incentivada – em dados momentos históricos, ao passo que, em outros, é veementemente repelida.

É possível identificar, todavia, contornos mais ou menos estáveis que permitem qualificar ao menos a monogamia endógena como um dado histórico de natureza estrutural.

Essa característica histórico-sociológica é efetivamente marcante na construção do que se apresenta como um “padrão médio” da família ocidental. Seria irreal pretender negar que a sociedade ocidental contemporânea é, efetivamente, centrada em um modelo familiar monogâmico.

Falar-se em um padrão-médio, todavia, não implica dizer que inexistam formações familiares que se distanciem desse padrão. Também não implica afirmar que o direito de família, como expressão estatal, estaria a eleger esse padrão como o único passível de apreensão e tutela jurídicas, relegando comportamentos supostamente “desviantes” à mácula da ilicitude.

O “desvio” do padrão médio gera, é certo, perplexidades no ambiente social em que venha a se configurar, já que, como dado histórico-sociológico dotado razoável estabilidade e internalização social, forja o que se pode denominar de “moral social média”, retroalimentando-se dessa mesma moral. O lugar do “não” à poligamia, seja endógena seja exógena, situa-se, hoje, nos padrões de conduta socialmente institucionalizados que geram juízos

⁴ O que não significa, por óbvio, fechar os olhos para o dado da infidelidade feminina que, todavia, não se confunde com uma formação poligâmica. Ainda que não tolerada socialmente, talvez sua frequência não fosse tão escassa quanto faz crer a rigidez da proibição historicamente instituída, revelando a clivagem entre o “ser” e o “dever ser”. A literatura – cuja relevância como instrumento de análise se apresenta, quando menos, pelo fato de ser fonte imersa em dado contexto histórico – traz sintoma da presença do relacionamento sexual extra-conjugal por parte da mulher, como se infere em Shakespeare, em *Cimbeline*, ao colocar nos lábios de Póstumo: “Todos somos bastardos,/E o homem venerável, a quem pai/Chamei, andava sei lá por onde,/ Na hora em que fui gravado./ Um cunhador com sua ferramenta fez-me falso;/ No entretanto, minha mãe aparentava/ Ser a Diana da época, assim como/ Minha esposa, hoje em dia, era sem par(...)” (embora a acusação seja injusta quanto à esposa de Póstumo). As filhas de Père Goriot, em Balzac, já no século XIX, entre outras, são claro retrato do que se está a explicitar. No século XVIII, poucos exemplos são tão adequados quanto a ópera de Wolfgang Amadeus Mozart e Lorenzo da Ponte, “*Così fan tutte*: ou, a escola dos amantes”. O libretto versa sobre dois rapazes que, em virtude de uma aposta com um velho amigo, resolvem por à prova a fidelidade de suas noivas. Frustram-se ao constatar a infidelidade, restando proclamar que “*così fan tutte*” (ou, “assim fazem todas”). Reveladora de uma dada postura feminina encoberta pela rigidez dos costumes socialmente impostos é a ária cantada pela personagem Despina: “Una donna a quindici anni/ Dee saper ogni gran moda,/ Dove il diavolo ha la coda,/ Cosa è bene e mal cos’è./ Dee saper le maliziette/ Che innamorano gli amanti,/ Finger riso, finger pianti, / Inventar i bei perché./ Dee in un momento/ Dar retta a cento,/ Colle pupile/ Parlar con mille./ Dar speme a tutti,/ Sian belli o brutti,/ Saper nascondersi/ Senza confondersi,/ Senza arrossire/ Saper mentire”.

morais tendentes à reprodução desses padrões. Não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropriar desse lugar de interdição.

Nessa toada, tomar um princípio jurídico da monogamia como um “dever ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade.

Nada obstante sua inequívoca inserção histórico-sociológica como dado de longa duração - sob a perspectiva já explicitada - não se trata a monogamia de regra que possa ser imposta a todas as pessoas que, em suas múltiplas “morais”, podem reputar uma realidade familiar poligâmica como mais adequada às suas aspirações existenciais.

Não se trata de criticar a orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. Trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistentes materialmente livres.

Note-se que a monogamia impositiva por meio da vedação jurídica a múltiplas relações matrimonializadas pode ser reputada legítima, na medida que restringe a concomitância de vínculos formais instituídos perante o próprio Estado. Em outras palavras: não infringe os limites de restrição legítima passível de ser imposta pelo Estado a proibição de dois casamentos simultâneos, desde que essa proibição não se absolutize de modo a se estender, inclusive, a relações não constituídas sob as formalidades oferecidas pelo ente estatal.

Um direito de família plural e democrático é compatível com uma regra de monogamia imposta sobre o casamento, como vedação a mais de uma relação matrimonializada. Pode não sê-lo, porém, como uma vedação apriorística e absoluta que abarque situações familiares de fato que possam demandar o jurídico para a proteção da dignidade e da liberdade de seus integrantes. Com efeito, mesmo a poligamia que infringe a regra monogâmica imposta ao casamento admite efeitos jurídicos, como prevê o artigo 1.561 do CCB.

Assim, além da hipótese de bigamia como simultaneidade de vínculos formais matrimonializados, a multiplicidade de conjugalidades - ou mesmo a infidelidade em sentido estrito – somente se situa sob a égide de um juízo de reprovabilidade jurídica quando se materializa de modo a implicar, para ao menos um dos cônjuges/companheiros, a construção de uma vida afetiva baseada no engano, na mentira, na ofensa à dignidade, na aniquilação clandestina de expectativas afetivas monogâmicas. Esse tema será retomado mais adiante.

Não se pode afirmar, pois, que a monogamia seja um princípio do direito estatal de família, mas, sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas – e, portanto, constituídas sob a chancela prévia do Estado.⁵ Não cabe ao Estado realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob sua égide, e que se constroem no âmbito dos fatos.

Assim, para além da multiplicidade de relações matrimonializadas, a monogamia somente é relevante para o direito de família quando seu avesso violar a dignidade da pessoa humana. Se assim não for, não cabe ao Estado ser o tutor da construção afetiva coexistencial, assumir o lugar do “não”. A negação ao desejo mútuo, correspectivo, nesse caso, já se apresenta por meio do juízo de reprovação social movido por uma moral média. A coerção estatal não encontra, aqui, o espaço em que legitimamente possa ser exercida.

3 - A apreensão jurídica da simultaneidade familiar na perspectiva da conjugalidade.

⁵ Em sentido diverso, merece destaque a análise levada a efeito por Rodrigo da Cunha Pereira, em “Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família” (Belo Horizonte: Del Rey, 2006). O autor sustenta, que “para se manter uma organização jurídica sobre a família, em que o eixo estrutural gira em torno da monogamia, é preciso que haja interditos” (p. 113), embora admita eficácia jurídica a certas relações de simultaneidade familiar, de modo a atender o imperativo ético da “consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação”, ainda que isso custe “arranhar o princípio da monogamia” (p. 124). Nada obstante as razões apontadas na obra, parece-nos que a defesa da monogamia como um dever-ser que parte do direito estatal acaba, involuntariamente, por cair em um “pan-estatalismo” em matéria de direito de família – criticado pelo próprio autor quando da análise do princípio da menor intervenção estatal. Com efeito, outras searas de controle de comportamentos incidem sobre situações não monogâmicas – como a moral média, que faz com que normalmente se encare com desvalor aqueles que integram relações de tal natureza – não cabendo ao Estado assumir para si esse papel. No direito de família, a ação do Estado como coação legítima somente deve se dar com vista a evitar ofensa a direitos fundamentais ou a promover sua eficácia. Não deve, todavia, se apresentar de modo a dirigir comportamentos e aniquilar, *a priori*, morais individuais.

Conforme acima explicitado, a relação familiar fundada na conjugalidade se apresenta, na perspectiva de uma história de longa duração da família ocidental, como afeita a uma dada forma de monogamia. Se é certo que o que se apresenta como permanência estrutural no transcurso histórico é uma monogamia endógena, também não se nega que a monogamia exógena seja um traço marcante mesmo quando se mergulha nas temporalidades mais profundas e estáveis da história da família.

O que não significa que, na complexidade das relações humanas, não se afigurem situações episódicas de efetiva simultaneidade familiar centrada em conjugalidades múltiplas⁶, nem, tampouco, que esse fato tenha o condão de ensejar a conclusão a respeito da existência de um princípio jurídico da monogamia a incidir sobre todas as espécies de conjugalidade.

Por isso, essas situações em que as famílias simultâneas se configuram a partir de um componente comum que mantém conjugalidades em múltiplos núcleos familiares não podem ser reputadas de antemão como irrelevantes para um direito que se preocupa com a proteção da dignidade coexistencial dos componentes de uma comunidade familiar.

Vê-se, de plano, que uma faceta dessa hipótese é disciplinada pelo direito por meio das regras atinentes à bigamia, situando, aqui, a simultaneidade, no âmbito da ilicitude. Nem por isso, entretanto, como se sabe, o direito nega às relações dessa natureza a atribuição de certos efeitos – como na hipótese em que um dos cônjuges contrai as núpcias ignorando o impedimento do outro.

Em outras circunstâncias, a simultaneidade de conjugalidades não dirá respeito a relações matrimonializadas, podendo ser, mesmo assim, apreensível pela porosidade do direito. Isso não significa, de outro lado, que toda simultaneidade de relações conjugais ingresse no âmbito de incidência do direito de família, nem, tampouco, que todas elas ensejem efeitos jurídicos em qualquer circunstância.

⁶ É o que constata Carlos Alberto BENCKE: “Mas situações de fato existem que justificam considerar-se que alguém possua duas famílias constituídas. São relações de afeto, apesar de consideradas adúlteras, e podem gerar conseqüências jurídicas”. BENCKE, Carlos Alberto. Partilha de bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. N° 14, jul-set, 2002, p. 20-42. (P. 27).

Uma primeira situação que deve ser, desde logo, objeto de reflexão, diz respeito à ausência de uma completa identidade entre núcleo familiar e relação conjugal. Embora, em regra, a relação conjugal possa ensejar a formação de uma entidade familiar, nem sempre isso ocorre. Assim se dá porque a família como situação de fato apresenta alguns caracteres estruturais, dentre os quais uma ostensibilidade relativa, ao menos, à comunidade – mais ou menos ampla - em que essa conjugalidade está inserida, bem como um sentido de estabilidade.

Diante desses caracteres, pode-se sustentar a exclusão dos relacionamentos esporádicos do âmbito das relações familiares, uma vez que não apresentam o sentido de comunhão de vida inerente à família, haja vista o fato de não se apresentarem como estáveis. Tais situações não ingressam na porosidade do sistema jurídico, não porque haja limites “a priori” impostos pelo direito positivo, mas porque não se enquadram entre as relações que podem ser qualificadas como de natureza familiar.

Segundo essa ordem de idéias, todavia, caracterizada uma família sob sua perspectiva sociológica, o direito reconhecerá sua relevância jurídica, abarcando-a em seu âmbito sistemático.

Assim, verificadas duas comunidades familiares – assim reputadas sociologicamente – que tenham entre si um membro em comum, operar-se-á a apreensão jurídica dessas realidades familiares.

Essa conclusão é propiciada pelos princípios vetores do direito de família contemporâneo, sobretudo o princípio da pluralidade das entidades familiares, o princípio da liberdade e o princípio eudemonista.

Dúvida não há sobre a inadequação da pretérita concepção exclusivamente matrimonializada acerca da família em relação à configuração da relevância jurídica da simultaneidade familiar. A unicidade de modelo poderia implicar conclusões inadequadas, como a de que, ainda que alguém constitua, como realidade fática, uma pluralidade de núcleos familiares com os filhos que possui com várias mulheres diferentes, juridicamente terá apenas uma família – isso se for casado com alguma delas. Nada obstante isso, poderá não ter família alguma perante o direito se não for casado com qualquer

das mulheres com as quais constituiu prole, a despeito da coexistência afetiva que possa manter com os filhos decorrentes dos diversos relacionamentos.⁷

Conclusões dessa espécie afiguram-se inaceitáveis, todavia, à luz de um sistema jurídico que apreenda a realidade familiar em seu sentido plural e concreto. É o que tem ocorrido no Brasil desde a Constituição de 1988.⁸ Da leitura do artigo 226 da Constituição da República pode-se, de plano, aferir o reconhecimento expresso do direito positivo acerca do valor jurídico de formações familiares diversas do modelo matrimonializado que, no Código Civil de 1916, se apresentava como exclusivo.⁹

Verifica-se, pois, que, ao lado do casamento, a Constituição consagra ao menos outras duas formas de entidade familiar: a união estável e as famílias monoparentais.

A previsão constitucional acerca do reconhecimento jurídico de entidades familiares diversas do modelo matrimonializado implica, por si só, uma inequívoca ruptura com a unicidade imposta pelo CCB 1916, que vinculava a família a um único modelo, centrado no matrimônio. Trata-se, em certo sentido, de uma mudança paradigmática, na medida em que a família como dado jurídico passa a ser reputada como plural.

Entretanto, mesmo entre aqueles que, em consonância com a Constituição, reconhecem a união estável e os agrupamentos monoparentais como famílias, apresentam-se certas divergências no que tange a possibilidade ou não de extensão do “nomen juris” família e de sua tutela jurídica para outros arranjos afetivos, que como tais se apresentem na realidade social, mas que tenham caracteres diversos daqueles arrolados no texto constitucional. A

⁷ É a conclusão de Antunes VARELA, que sustenta a manutenção, no direito português, do modelo de família exclusivamente matrimonializado. VARELA, Antunes. *Direito de Família*. p. 175.

⁸ Bem observa Silvana CARBONERA: “Garante-se, desta forma, a liberdade de escolha no que tange ao modo de constituição da família, elemento inovador da Constituição Federal que permite afirmar a existência de uma pluralidade jurídica”. CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 37.

⁹ O Código Civil de 2002, embora discipline a união estável, parece fazê-lo, também sob uma racionalidade que se revela discriminatória, saudosista, quiçá, da unicidade codificada em 1916. Essa ordem de idéias se reflete no tratamento desigual em relação ao casamento – como, por exemplo, em matéria sucessória – e a distribuição da matéria no livro do *Direito de Família*, quase como um apêndice. Observa-se que ao tratar do direito pessoal e do direito patrimonial da família o Código Civil se refere apenas ao parentesco e à família matrimonializada. A união estável é tratada em tópico específico, depois das regras pessoais e patrimoniais acerca da família, como se não possuísse a mesma dignidade social do casamento.

discussão que vem à baila diz respeito, portanto, à abertura ou taxatividade do rol de entidades familiares explicitado na Constituição.

Preciosa indicação acerca da hermenêutica mais adequada é oferecida por Paulo Luiz Netto LôBO. Sustenta o autor que, em matéria de família, não se submete o rol definido na Constituição ao princípio de *numerus clausus*. Tratar-se-iam as normas de proteção da família de normas de inclusão. Infere-se, daí, um sentido hermenêutico que aponta para uma interpretação extensiva das estruturas familiares mencionadas na Constituição. Aponta Paulo Luiz Netto LôBO¹⁰, segundo essa ordem de idéias, a supressão operada em 1988 da vinculação constitucional restritiva da família ao casamento, rompendo com a unicidade de modelo.

Mais que isso, consoante explicitado, a regra de proteção da família na pessoa de cada um de seus membros enfatiza o seu sentido coexistencial, que não se deixa aprisionar em “tipos legais”, mas que se dirige ao “melhor interesse” dos componentes das entidades familiares.¹¹

Trata-se de optar pela interpretação que maior efetividade ofereça à disposição constitucional.¹² Em uma ordem de idéias que leve em conta a norma como construção em concreto, aqui adotada, pode-se compreender esse princípio como o máximo aproveitamento das possibilidades sistemáticas que emergem do texto legislado, de modo a atender às demandas que florescem no exterior do sistema, e cuja satisfação opera sua concreta legitimação.

O atendimento do escopo de desenvolvimento da dignidade da pessoa por meio de uma coexistência familiar impõe, nessa esteira, a compreensão de que a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas modelos expressos, mas, também, arranjos familiares que não se apresentam, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada. Sua inserção no sistema se realiza por meio da porosidade do princípio da família plural.

¹⁰ LôBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”.

¹¹ LôBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit..

¹² É a definição de CANOTILHO acerca do referido princípio: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6^a. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

Daí pode-se concluir que a Constituição de 1988 opera profunda transformação no sistema jurídico no que tange à disciplina jurídica a família, uma vez que rompe com a perspectiva conceitualista que restringe a apreensão jurídica de um fenômeno concreto à sua exata subsunção a um *a priori* definido no texto positivado. Exime-se o direito da secular pretensão de definir família por meio de um modelo abstrato e excludente de arranjos sociais que a ele não se subsumem – e, por conseguinte, das pessoas que os compõem.

Trata-se do reconhecimento de que a família é realidade social e histórica que precede o direito positivo, e que, nada obstante isso, demanda sua apreensão. Esta não se confunde com a constituição de modelos fechados que engessem a realidade, mas, sim, na possibilidade de inserção no sistema jurídico de racionalidade a ele alheias como “*a priori*”, mas que se mostrem aptas a gerar efeitos no âmbito do direito.

Se é certo que alguns arranjos familiares se apresentam de antemão como predefinidos no direito positivado, com maior ou menor refinamento conceitual, essa aferição, antes de implicar conclusão acerca da exclusão de outros arranjos, deve ser lida como sintomática da abertura do direito a outras realidades familiares. A inserção destas no ordenamento – e, sobretudo, o reconhecimento de sua eficácia jurídica - se opera mediante uma abertura seletiva.

A seletividade não é determinada, entretanto, como regra, por modelos prévios de exclusão, mas, sim, pela construção normativa realizada em concreto, que, sem descurar das demandas sociais, a apreende à luz de um sistema visto como totalidade ordenada, ainda que aberta.

Essa ampla abertura à pluralidade de arranjos familiares pode encetar possibilidade, em tese, de ingresso no sistema, inclusive, de formações familiares que sejam qualificadas pela marca da simultaneidade.

Trata-se de lógica coerente com o princípio da liberdade: não pode o Estado pretender formatar os cidadãos por meio da definição de modelos exaurientes para a família, uma vez que se trata do espaço privilegiado de formação de subjetividade.

Demais disso, não apenas o sujeito pode constituir livremente uma família, mas, também, insere-se desde logo em uma comunidade familiar

dentro da qual ele constitui a si mesmo – ou é por ela constituído -, a partir de condicionamentos prévios que não podem ser ignorados pela ordem jurídica.

Por isso, não apenas a liberdade como autonomia privada está em jogo, mas, sobretudo, o reconhecimento de que a liberdade de escolhas é contingente, não sendo possível negar proteção jurídica àquele que se constitui, à margem de uma vontade auto-consciente, no âmbito de uma comunidade familiar diversa de certos padrões médios de moral.

O princípio eudemonista vem, nessa esteira, a trazer à tona a dimensão protetiva imposta ao direito frente ao sujeito, de modo a propiciar um espaço em que ele possa buscar sua felicidade por meio da convivência familiar. Ainda que esse “sujeito” seja ele próprio “sujeitado” às contingências que o impelem a inserir-se em situações familiares que não partam, exatamente, da sua autonomia privada, a proteção de sua dignidade pessoal por meio da atuação do direito é imposição trazida de modo inexorável pelo conjunto de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Isso implica lançar o olhar da norma jurídica não ao modelo familiar propriamente dito, mas, sim, às pessoas que nele se inserem, independentemente do modelo familiar por elas escolhido ou a elas imposto. Trata-se de corolário da incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

A identificação de uma família seria pertinente, nesse passo, não mais para definir o destinatário abstrato da proteção jurídica, mas, sim, para delimitar a natureza das relações que estão sendo travadas em concreto, bem como para aferir a viabilidade de seu ingresso, pela porosidade seletiva do sistema jurídico, como passíveis de produção dos efeitos jurídicos destinados às relações familiares.

Transforma-se o sentido da proteção jurídica da família, na medida em que se privilegia a relação coexistencial concreta de seus componentes em detrimento da tutela de um ente abstrato e transpessoal. As causas desse fenômeno não residem, como é óbvio, simplesmente em uma vontade do legislador, mas, sim, na concreta mudança ocorrida no âmbito das funções e da estrutura da família ao longo do século XX.

O direito acaba por apreender essas mudanças, consagrando um princípio que pode ser denominado, na esteira de Andrée MICHEL, de

“eudemonista”. Por essa concepção, “o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal”.¹³ O eudemonismo é doutrina que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, de sua felicidade.

A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere do disposto na primeira parte do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal: “§ 8º - O estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram (...)”.

Com efeito, se o jurídico deve dirigir-se a uma proteção do sentido de busca pela felicidade dos componentes da família, acaba por enfraquecer-se o olhar institucionalista que reputava o casamento como perpétuo¹⁴ a despeito, até mesmo, da possibilidade jurídica do divórcio – que, antes da Constituição de 1988, sofria grandes restrições.¹⁵ A busca pela felicidade do sujeito por meio da família enfatiza o valor jurídico do afeto como origem e cimento da relação familiar.¹⁶ Há portanto, um caráter instrumental da família, que se dirige à concretização de aspirações afetivas¹⁷.

É necessário, entretanto, analisar com cuidado o real sentido dessa tutela jurídica da busca por uma felicidade individual. Por certo, não se está diante de princípio que, em contradição com o sentido solidarista¹⁸ da

¹³ No original francês, “Dans cette conception, l’individu ne pense pas qu’il existe pour la famille et le mariage mais que la famille et le mariage existent pour son développement personnel.” MICHEL, Andrée. *Modèles Sociologiques de la Famille dans les sociétés contemporaines*. In: *Archives de Philosophie du Droit: réformes du droit de la famille*. Tomo 20. Paris: Sirey, 1975, p. 131.

¹⁴ “A relação matrimonial tende a ser perpétua na medida em que a sociedade conjugal é constituída sob o signo da perpetuidade. (...) O divórcio constitui, por natureza, uma causa anormal de extinção da relação matrimonial”. VARELA, Antunes. *Op. cit.* p. 467 – 468.

¹⁵ O divórcio direto, por exemplo, somente era possível na hipótese de o casal já estar separado de fato há ao menos cinco anos, tendo a separação de fato sido iniciada antes do advento da Emenda Constitucional nº 9/1977, o que retirou, a médio prazo, qualquer alcance prático da norma, como bem observam Francisco José Ferreira MUNIZ e Lamartine Correa de OLIVEIRA. *Direito de Família (Direito Matrimonial)*. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 492.

¹⁶ Como bem observa Silvana Maria CARBONERA, “Assim, a família contemporânea é tomada como a ‘comunidade de afeto e entre-ajuda’, espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto”. *O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família*. In: Luiz Edson Fachin (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 293.

¹⁷ Nesse sentido, OLIVEIRA, Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família*. p. 11 e FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. .

¹⁸ A respeito do sentido solidarista presente na Constituição de 1988, ver RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: Luiz Edson Fachin (coord.) *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 09.

Constituição, consagraria uma perspectiva utilitarista, que culminaria em um ultraindividualismo no âmbito da família. Se a família é instrumento de desenvolvimento da personalidade, de concretização da dignidade da pessoa humana, resta evidente que não é de um individualismo utilitarista que se está a tratar.¹⁹

A perspectiva protetiva eudemonista da Constituição se dirige à concretude da vida, e não a uma abstração.²⁰ Não há uma tutela do lugar abstrato institucional, nem, tampouco, do indivíduo atomizado. Note-se que tomar a individualidade do sujeito de modo isolado das relações concretas que ele trava a todo momento também é conduta tendente à abstração.

Nesse sentido, a tutela jurídica à busca da felicidade por meio da família diz respeito a uma felicidade coexistencial, e não puramente individual. Por evidente, não se trata o eudemonismo constitucional de busca hedonista pelo prazer individual, que transforma “o outro” em instrumento da satisfação do “eu”. Se a relação familiar pode ser vista como instrumento, os entes que a compõem não são objetos uns dos outros. Uma concepção desse jaez aviltaria a dignidade dos componentes da família, por meio de sua reificação. O dever-ser da família constitucionalizada impõe respeito e proteção mútua da dignidade coexistencial de seus componentes.

Se a proteção deve se dirigir à pessoa de cada um dos membros da família e se estes não podem ser tomados como indivíduos atomizados, mas, sim, como entes em relação de coexistência, resta claro que, apresentada uma situação de simultaneidade familiar, o sentido dessa proteção deve atender à inter-relação entre aqueles que nela se inserem.

¹⁹ É precisa a reflexão realizada por Ingo SARLET: “Neste mesmo contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño, que, na esteira de Max Maihofer e, de certa forma, também retomando a noção kantiana, sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual, sem que com isto – importa frisá-lo desde logo – se esteja a advogar a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade.” Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53.

²⁰ Daí a assertiva de Gustavo TEPEDINO: “À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importante papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes”. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326-327.

Não é possível, nesse sentido, simplesmente eleger um dos entes, isoladamente, como sujeito à proteção do ordenamento, se essa proteção for destinada ao atendimento de interesses estritamente individuais, quiçá egoísticos ou narcísicos do ente eleito, gerando prejuízos – patrimoniais ou, sobretudo, morais – a algum outro componente da situação complexa – ofendendo, inclusive, a sua dignidade. O princípio eudemonista na Constituição de 1988 deve ser lido em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz em si um sentido ético de respeito ao outro.

Não resta dúvida, entretanto, que a proteção jurídica deve se destinar aos sujeitos tomados em relação – o que não se confunde com “O Todo” abstrato da família transpessoal –, com deveres mútuos de proteção, ou, ao menos, de não violação da dignidade do outro, seja no interior de um mesmo núcleo ou entidade familiar, e, mesmo, no que tange aos componentes do outro núcleo.²¹

Isso significa que, em concreto, pode ser possível, visando à proteção de um dos componentes da situação de simultaneidade, negar a produção de dados efeitos jurídicos esperados – ou pretendidos – por outro componente daquela situação de simultaneidade, em homenagem ao sentido ético imanente à perspectiva de tutela de uma felicidade coexistencial.

De qualquer sorte, resta claro que a ambiência normativa hábil a recolher do âmbito dos fatos, sem um sentido de desvalor, a situação de simultaneidade familiar é aquela em que, de um lado, a família se põe como fruto do afeto, que não se deixa aprisionar pelos estreitos limites de um modelo jurídico tendente à tutela de uma instituição abstrata.

De outro lado, a simultaneidade adquire relevância jurídica quando o olhar da norma não se dirige ao todo abstrato, mas, sim, a cada um de seus componentes, podendo localizar, na perspectiva de algum deles, coexistências familiares em núcleos diversos entre si, mas que, nem por isso, podem ser reputadas de antemão como mutuamente excludentes.

²¹ Trata-se de decorrência da própria dimensão coexistencial da pessoa concreta: *“La revelación de la dimensión coexistencial de la persona, a la par que permite reconocer la importancia del valor solidaridad dentro del derecho, otorga sustento a la posición doctrinaria que postula que el derecho es intersubjetividad, relación entre sujetos.”* SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Derecho y Persona*. 2ª. ed. Trujillo: Editora Normas Legales, 1995, p. 86.

Diante disso, ainda que o princípio da monogamia não tivesse sua incidência restrita à vedação da simultaneidade de relações matrimonializadas, a dimensão axiológica – e normativa – que emerge dos demais princípios citados acabaria por impor, por meio da devida ponderação, o reconhecimento da relevância jurídica das situações de simultaneidade familiar aqui referidas.

Aferida a possibilidade de ingresso dessas situações familiares no âmbito sistemático de relevância do direito de família mister se faz investigar que eficácia jurídica pode ser a elas atribuída. Para isso, um primeiro passo necessário reside na definição de alguns pressupostos, que contribuirão para a análise que será realizada mais adiante.

4. Pressupostos da atribuição de eficácia à situação de simultaneidade.

Não é possível negar ao ser humano a condição de ser desejante – e esse fato não é alheio ao direito. Todavia, a partir dessa constatação, necessário é ter em conta certas premissas que servirão para construir as lentes por meio das quais o direito de família lê esse dado pulsional.

Nesse sentido, é indispensável distinguir duas situações que decorrem da ordem principiológica acima examinada: de um lado, de fato, não cabe ao direito imiscuir-se na comunhão de vida constituída pela família, sendo lícito encetar os arranjos afetivos que atendam à dignidade intersubjetiva dos seus componentes; de outro, porém, se é dever do Estado proteger a família na pessoa de cada um de seus membros, impõe-se ao direito uma tutela que contemple uma dimensão coexistencial, em que não se proteja somente na esfera do desejo de um dos sujeitos, mas, sim, na dignidade intersubjetiva que deve constituir o *leitmotiv* de todas as relações humanas.

Ou seja: proteger a família na pessoa de cada um de seus membros não é, sob um viés hedonista, proteger diretamente o desejo, mas, sim, assegurar o desenvolvimento e a concretização da dignidade da pessoa humana por meio da convivência familiar. Isso implica analisar as situações de simultaneidade familiar também sob uma perspectiva extrínseca, que recolha eventuais repercussões juridicamente relevantes dessa situação de fato para os componentes que não integram aquela mesma entidade familiar – ou seja, para os que integram o outro núcleo que se põe em condição de

simultaneidade. Isso porque a satisfação do desejo de alguns dos componentes no interior de um dos núcleos pode consistir em séria violação da dignidade pessoal dos componentes do outro núcleo.

Isso implica dizer que o direito pode não proteger aquele que, a pretexto da satisfação egoística do próprio desejo, aniquila a dignidade do outro, mediante um proceder iníquo e desleal, que frustra as expectativas de coexistência afetiva nutridas por conta da relação de conjugalidade entre eles mantida.

Do mesmo modo, aquele que, ciente de que está a manter relação de conjugalidade com pessoa que já compõe um núcleo familiar anterior, procede de modo a desprezar qualquer dever ético perante os componentes da primeira entidade familiar, pode não ter plenamente atendidas suas expectativas acerca de eventual cancela jurídica da relação por ele mantida, se essa eficácia vier a intervir na esfera jurídica dos membros do outro núcleo familiar.

O sentido ético que na análise do caso concreto pode obstar parcialmente a eficácia jurídica de uma situação de simultaneidade familiar pode ser inferido do princípio da boa-fé objetiva.

A boa-fé, como significante, aplica-se a duas circunstâncias distintas, embora não excludentes: a primeira diz respeito a um estado de ignorância acerca de uma dada situação; a segunda se refere a um princípio que determina certos deveres de conduta.²² A primeira hipótese, da boa-fé como estado, é denominada boa-fé subjetiva; a segunda, em que a boa-fé é tomada como princípio, é denominada boa-fé objetiva. O direito alemão distingue com clareza as duas espécies, adotando terminologia diversa: a boa fé objetiva é denominada “Treu und Glauben”²³, ao passo que a boa-fé subjetiva é denominada “Gutten Glaube”.²⁴

O sentido da boa-fé a que se está a referir diz respeito à boa-fé objetiva (“Treu und Glauben”), o que não significa, de antemão, que a boa-fé subjetiva se apresente como irrelevante. Há circunstâncias nas quais somente

²² NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

²³ A expressão pode ser traduzida por lealdade e fé, ou lealdade e confiança.

²⁴ Sobre o tema, mais amplamente, CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil e COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado.

se mostram exigíveis certos deveres decorrentes da boa-fé objetiva quando se tem conhecimento acerca de uma dada situação jurídica ou de fato. Como bem observa Menezes CORDEIRO, “há aspectos importantes da boa fé objectiva que, apesar de uma diferenciação efectivamente existente entre duas realidades, são clarificados pela subjectiva”.²⁵

Com efeito, não seria lícito supor que alguém teria o dever de, diante de uma situação fática específica, praticar dada conduta, comissiva ou omissiva, quando não tem ciência de que está inserido na referida situação. Por conseguinte, quando o companheiro daquele que se encontra em situação de simultaneidade familiar não tem conhecimento acerca da existência de um outro núcleo, a ele simultâneo e anterior, não será logicamente possível supor, de sua parte, a violação de deveres inerentes à boa-fé. O estado de boa-fé (“Gutten Glaube”) faz supor que sua conduta não está a violar os deveres impostos pelo princípio da boa-fé (“Treu und Glauben”).

Essas premissas permitem alavancar algumas conclusões a respeito dos limites e possibilidade da atribuição de eficácia jurídica à simultaneidade familiar fundada na conjugalidade.

5. Limites e possibilidades da atribuição de eficácia jurídica a situações de simultaneidade familiar fundada em conjugalidades concomitantes.

Conforme explicitado acima, a incidência do princípio da boa-fé pode tornar sustentável afirmar o surgimento de deveres que se impõem aos sujeitos que se inserem em uma situação subjetiva de simultaneidade familiar. Desse modo, caso uma família seja constituída paralelamente a outra, tendo como elemento comum um componente que mantém relações de conjugalidade em ambos os núcleos, incidem sobre a hipótese deveres éticos de respeito e proteção à esfera moral e patrimonial dos componentes da outra entidade familiar.

²⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1997, p. 327. Há, ainda, como observa Rosalice Fidalgo PINHEIRO, pontos de convergência, na medida que tanto a boa-fé objetiva como a boa-fé subjetiva encontram “seu fundamento em uma confiança. Só que, enquanto lá (boa-fé subjetiva) trata-se de uma confiança própria, aqui (boa-fé objetiva) é confiança no outro”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O abuso do direito e as relações contratuais. (p. 189).

Entre esses deveres, pode estar o de tornar ostensiva a nova relação em face do núcleo original, de modo a não permitir que os componentes daquela primeira entidade familiar incorram em engano, que pode culminar em séria violação de sua dignidade. Trata-se do atendimento de um dever de transparência, de uma imposição ética de se agir com lealdade em relação às legítimas expectativas que o outro possui acerca da comunhão de vida instituída pela família, que pode implicar, como é evidente, a pretensão de mútua exclusividade no relacionamento sexual entre os cônjuges.

O atendimento do dever de transparência pode permitir que uma das conjugalidades seja rompida quando se toma conhecimento do relacionamento simultâneo, evitando-se, por tal modo, que se mantenha uma vida em comum fundada na mentira e no engano, o que, por certo, se coloca como aviltante à dignidade da pessoa humana.

Observe-se que, aqui, a monogamia como característica histórico-sociológica da família – e não como princípio jurídico – adquire relevância na aferição das expectativas dos integrantes das comunidades familiares que serão passíveis de tutela. A frustração de expectativas monogâmicas (fundadas em um padrão médio de constituição familiar) por aquele que, na satisfação de seu desejo, busca construir às escondidas vínculos conjugais paralelos não pode ser reconhecida pelo direito senão por meio de um juízo de desvalor. Não se trata de imposição estatal de modelos de conduta, mas, sim, de garantia da eticidade que deve informar a coexistência, que não ignora a força construtiva que os fatos exercem sobre o direito.

Não se trata, também, de desvalor devido ao fato objetivo da ofensa à monogamia, mas, sim, devido à violação das expectativas de construção de vida em comum fundadas em uma convivência familiar monogâmica, pautada na exclusividade da relação conjugal.

A simultaneidade que se constrói à margem dessas expectativas, crenças e aspirações existenciais pode ser atentatória à dignidade de alguns dos seus integrantes, pelo que, atendendo ao sentido ético que deve pautar o direito, a eficácia jurídica dessa espécie de relação deve ser restrita, como se verá mais adiante.

De outro lado, se a ostensibilidade é plena, estendendo-se a todos os componentes de ambas as entidades familiares – sobretudo os que

mantêm relação de conjugalidade com o componente comum – e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, sem o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, pode ser viável concluir, segundo as peculiaridades que se apresentarem no caso concreto à luz dos demais deveres inerentes à boa-fé, que a simultaneidade não seria desleal, não havendo violação de deveres de respeito à confiança do outro e, sobretudo, de proteção da dignidade dos componentes de ambas as famílias. A simultaneidade atenderia, assim, em tese, às pretensões de felicidade coexistencial de todos os componentes das famílias em tela.²⁶

Não se pode deixar de observar, sem embargo, que a configuração concreta de situações semelhantes à descrita logo acima não é das mais comuns no meio social, ainda que esteja longe de ser inédita. Das considerações acerca do atendimento dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé é possível aferir alguns potenciais limites à plena eficácia concreta, à luz do direito, de uma situação de simultaneidade familiar. Aquele que viola deveres inerentes à boa-fé pode não ser contemplado com efeitos benéficos da simultaneidade se esses efeitos, de algum modo, vierem a intervir na esfera jurídica dos componentes do outro núcleo familiar, que tiveram sua confiança e suas expectativas legítimas violadas.

6. Exemplos de atribuição de eficácia jurídica a situações de simultaneidade familiar.

Dentre os diversos efeitos que podem decorrer das situações de simultaneidade familiar, pode-se recolher aos menos três exemplos de

²⁶ É relevante enfatizar que a plena ostensibilidade da situação de simultaneidade entre os componentes dos núcleos familiares não é suficiente, de *per se*, para gerar presunção absoluta de que todos os deveres inerentes à boa-fé estão sendo atendidos. Manter-se casado ou unido em convivência estável só é uma verdadeira opção para os materialmente livres. Não se pode olvidar que em um país em que as desigualdades econômicas são profundas e a emancipação feminina não atinge de modo igual todas as classes sociais, não é absurdo supor que uma mulher possa se manter unida a um homem que vive entre múltiplas conjugalidades somente porque, caso venha a se separar, não terá recursos para sustentar a si própria e aos filhos - não raro, numerosos. Nesse caso, mesmo com a ampla ostensibilidade, a simultaneidade pode se revelar como aviltante para a dignidade da mulher, de modo que não se pode afirmar que a boa-fé – no sentido de proteção da pessoa do outro – está sendo plenamente atendida na hipótese formulada. Tal circunstância pode obstar a chancela jurídica dos efeitos da simultaneidade para aquele(s) que age(m) em contraposição ao sentido ético de tutela da dignidade da pessoa humana que, em última instância, fundamenta a boa-fé.

inequívoca relevância concreta: o dever alimentar eventual frente a ambos os cônjuges/companheiros, a proteção pertinente à impenhorabilidade dos imóveis residenciais de ambas as famílias simultâneas e os efeitos referentes à partilha de bens.

Principiando pelo exame do dever alimentar, é de se destacar que, como se sabe, contemporaneamente, a prestação de alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros não deve se apresentar como regra geral. Se o fundamento dos alimentos é a necessidade de quem os pleiteia (bem como a possibilidade de quem os deverá prestar), a hipótese emblemática em que o dever de prestar alimentos poderá se estender por tempo indeterminado - mesmo após a dissolução da união estável ou do vínculo conjugal - é aquela em que se caracteriza efetiva dependência econômica de um cônjuge/companheiro em relação ao outro, sem possibilidade materialmente razoável de que o alimentando possa vir a prover a própria manutenção.

Todavia, caracterizada situação em que se configurem os requisitos aptos a ensejar o direito a alimentos, serão estes devidos ainda que o alimentante integre outra entidade familiar concomitante. Trata-se de efeito que decorre das relações de conjugalidade, independentemente de serem elas múltiplas ou não. Assim, um homem que constitua união estável com duas mulheres simultaneamente e venha a se separar de ambas, poderá, se presentes os requisitos legais, ter de prestar alimentos a ambas. O mesmo poderá ocorrer se caracterizada a concomitância do casamento com uma situação de concubinato – realidade que, por certo, não é totalmente privada de eficácia jurídica.

Observe-se, porém, que, quando da morte do alimentante, se uma das relações de conjugalidade se ocultava da outra, em conduta contrária à boa-fé por parte de quem recebe os alimentos, pode-se sustentar, como regra geral, que não incide na plenitude que dela se poderia extrair a regra do artigo 1.700 do CCB, que prevê a transmissão do dever alimentar aos sucessores do “de cujus”. Por evidente, tal restrição não se aplica aos sucessores do “de cujus” que sejam também descendentes do alimentando.

Afrontaria, porém, o sentido ético que deve subjazer ao jurídico a afirmação de que os integrantes do núcleo familiar que ignorava a existência da simultaneidade seriam obrigados a prestar alimentos (ainda que nos limites das

forças da herança) àquele que integrava conscientemente relação de conjugalidade paralela com o componente comum a ambos os núcleos.

Outro efeito que pode emergir de situações de simultaneidade é a impenhorabilidade legal dos imóveis residenciais das entidades familiares simultâneas, ainda que de titularidade de uma mesma pessoa.

Nada obstante o perfil contemporâneo da impenhorabilidade não a restrinja, propriamente, às entidades familiares, não deixa de ser pertinente examinar essa proteção legal na perspectiva da simultaneidade familiar.²⁷

Nesse sentido, revela-se pertinente estender a proteção destinada ao imóvel residencial da entidade familiar a qualquer pessoa, mesmo que solteira.

Entretanto, ainda que fosse possível restringir a leitura do artigo 1º da Lei 8.009/90 a uma regra de proteção exclusivamente destinada à família – concepção que não se subscreve -, a impenhorabilidade poderia se estender a mais de um imóvel pertencente a uma mesma pessoa, caso esses imóveis sirvam como residência às famílias integradas por esse componente comum.

Suponha-se que um homem mantenha uniões estáveis concomitantes com duas mulheres, e que cada uma delas resida em um imóvel de propriedade do companheiro comum.

Nessa situação, pode-se afirmar que alguém que integre, ao menos, duas famílias simultâneas, e seja proprietário dos imóveis residenciais de ambas as entidades familiares, poderá, em última instância, ser titular de dois imóveis impenhoráveis.

De fato, não é absurdo supor que, se ambos os imóveis pertencentes a um mesmo titular servem de residência às entidades familiares simultâneas por ele integradas, ambos estarão sujeitos ao regime instituído pela Lei 8.009/90.

²⁷ É viável, seguramente, realizar hermenêutica que estenda a proteção da impenhorabilidade do imóvel residencial mesmo para aquelas pessoas que não integram qualquer entidade familiar, como sustenta Anderson SCHREIBER, fundando a vedação da constrição judicial no direito à moradia, constitucionalmente assegurado. (SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: Carmem Lucia Silveira Ramos, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza, José Antônio Peres Gediél, Luiz Edson Fachin, Maria Celina Bodin de Moraes (coord.) Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002). Luiz Edson FACHIN, a seu turno, situa a impenhorabilidade do bem de família como sintoma de uma proteção ainda mais ampla, que diz respeito à tutela de um patrimônio mínimo personalíssimo, necessário à manutenção de uma existência digna. (Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar).

Observe-se que, embora a lei contenha previsão específica acerca de uma família que possua duas ou mais residências, declarando impenhorável apenas a de menor valor,²⁸ está-se, na hipótese em foco, diante de duas residências e duas famílias.

O fato de o titular do imóvel integrar ambas as entidades familiares não as descaracteriza, em princípio, como núcleos autônomos de coexistência fundada no afeto e na solidariedade, de modo que ambas podem gozar da proteção legal que veda a constrição judicial do imóvel residencial. Trata-se, de fato, do único imóvel que serve como residência para cada um dos núcleos de coexistência.

Evidencia-se, portanto, como possível a eficácia jurídica da situação de simultaneidade familiar no que tange ao bem legal de família, estendendo a impenhorabilidade a ele inerente aos imóveis utilizados como residência por todas as entidades familiares simultâneas, ainda que pertencentes os referidos bens a um único titular, componente comum de todas as famílias. Observe-se que, nesse caso, é irrelevante se está ou não presente a boa-fé como estado ou se os deveres à boa-fé princípio estão sendo atendidos. Não se trata a impenhorabilidade, como regra, de efeito que pode afetar o núcleo familiar original, dizendo respeito apenas a terceiros (os credores), aos quais se impõe o fato objetivo do exercício de residência por uma entidade familiar.

Por derradeiro, cabe examinar os efeitos tipicamente patrimoniais que podem decorrer da conjugalidade.²⁹ Trata-se, aqui, de examinar o *sui generis* regime patrimonial que pode emergir da multiplicidade de conjugalidades.

Para isso, partir-se-á de uma hipótese de trabalho que, uma vez descrita, propiciará a análise dos efeitos que dela podem decorrer.

²⁸ “Art. 5º - Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do artigo 70 do Código Civil”. A referência é ao art. 70 do CCB de 1916, que corresponde ao artigo 1.711 do CCB 2002.

²⁹ Entendemos que os alimentos e o bem de família são figuras jurídicas que, nada obstante sua localização no Código Civil como integrantes de um “direito patrimonial da família”, são claramente pertinentes a situações existenciais (respectivamente, a subsistência e a moradia), que têm no patrimônio um dado apenas instrumental à satisfação dos direitos fundamentais a ela pertinentes.

Suponha-se que alguém, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, constitua uma outra relação não matrimonializada concomitante, com plena ostensibilidade e livre tolerância entre os núcleos familiares assim instituídos. Trata-se de hipótese em que, à luz das premissas acima assentadas, a eficácia da simultaneidade será plena.

Nada obstante a relação não matrimonializada receba do CCB a denominação de concubinato, a lei não exclui expressamente efeitos jurídicos a essa forma de conjugalidade.³⁰ O silêncio da lei, nesse caso, não pode significar um juízo de exclusão – diante das premissas já assentadas – devendo ser interpretado, quando menos, como verdadeira lacuna, que pode ser suprida por meio da analogia.

No caso, a analogia se realiza com relação ao regime de bens aplicável à união estável à míngua de pacto de convivência: a comunhão parcial de bens.

Desse modo, no caso descrito, o integrante comum aos dois núcleos familiares teria constituídas duas conjugalidades (uma matrimonializada e outra não matrimonializada) sujeitas ao regime da comunhão parcial de bens.

As titularidades, nessa sobreposição de regimes de bens, seriam assim determinadas:

- Os bens adquiridos onerosamente³¹ na constância do vínculo matrimonializado, em nome de qualquer dos cônjuges, antes da constituição da união concomitante, integram a comunhão de bens pertinente apenas ao casamento. Sujeitam-se, pois, quando da dissolução da sociedade conjugal, às regras ordinariamente aplicáveis à meação, não se comunicando com o companheiro/concubino integrante exclusivamente do segundo núcleo;

³⁰ Duas exceções a esse silêncio da lei são o inciso III do artigo 1.801 do CCB e o artigo 550 do mesmo diploma legal: a primeira disposição vedando a nomeação do concubino do testador caso como herdeiro testamentário ou legatário e a segunda vedando a doação de bens do “cônjuge adúltero a seu cúmplice”. Todavia, conforme a hermenêutica aqui explicitada que toma em conta deveres éticos que se expressam por meio do princípio da boa-fé, pode-se sustentar que um concubinato plenamente ostensivo em que se caracterize livre tolerância por parte do núcleo familiar original não sofrerá as restrições eficazes acima descritas, sendo, inclusive, altamente discutível o cabimento dessa denominação a tal espécie de conjugalidade.

³¹ Em todas as hipóteses descritas, integram a comunhão também os bens referidos no artigo 1.660 do Código Civil.

- Os bens adquiridos onerosamente após o casamento e após a constituição da nova família simultânea em nome do cônjuge que não integra simultaneamente as duas famílias se presume como integrante apenas da comunhão instituída pelo casamento, submetendo-se às regras ordinariamente aplicadas à meação e não se comunicando com o companheiro/concubino integrante exclusivamente do segundo núcleo;

- Da mesma forma, os bens adquiridos após a constituição da segunda família em nome do companheiro/concubino que não integra simultaneamente as duas famílias se presume como integrante apenas do regime de comunhão instituído pela segunda união, não se comunicando com o cônjuge integrante exclusivamente do primeiro núcleo;

- Todavia, os bens adquiridos onerosamente após a constituição da segunda família em nome daquele que, simultaneamente, é integrante de ambas, presumem-se de titularidade dos três componentes da situação complexa de simultaneidade. Ou seja: como regra, sujeitar-se-ão os bens assim adquiridos a uma *sui generis* “meação de três partes”. Essa presunção, todavia, pode ser afastada por meio de prova de que houve contribuição efetiva de apenas um dos núcleos de conjugalidade (ou seja, contribuição exclusiva ou do cônjuge ou do companheiro/concubino), hipótese em que a comunhão se restringirá ao cônjuge ou companheiro que efetivamente contribuiu para a aquisição do bem e o integrante comum de ambas as famílias.

As mesmas conclusões se aplicam à hipótese de duas uniões estáveis ostensivas e concomitantes.

Uma terceira hipótese é aquela em que o cônjuge da primeira união desconhece a existência da segunda e vice-versa. Ou seja: o integrante comum às duas famílias oculta de ambos os cônjuges/companheiros a situação de simultaneidade. Nesse caso, pode-se afirmar que o companheiro integrante da segunda união está de boa-fé.

Sequer é possível, em tal situação, denominar como concubinato a segunda união que se qualifica como uma *vera e propria* união estável putativa, com todos os seus efeitos.³² Aplicam-se, aqui, as mesmas regras que incidiriam sobre a dissolução de um casamento putativo no caso de bigamia,

³² Há pronunciamentos jurisprudenciais reconhecendo a união estável putativa assim instituída:

com um dado diferencial: nesse caso, a primeira união ainda existe materialmente, não se tratando de mera simultaneidade de vínculos formais.

Por derradeiro, deve-se cogitar a hipótese em que o companheiro integrante exclusivamente da segunda união tem conhecimento da existência da primeira, mas prefere manter-se oculto frente a esse primeiro núcleo. Assim, o cônjuge ou companheiro integrante do primeiro núcleo familiar ignora que seu cônjuge ou companheiro vive em situação de simultaneidade familiar, com a cumplicidade do companheiro integrante do segundo núcleo. Trata-se, enfim, da típica hipótese de concubinato.

Nesse caso, a incidência do princípio da boa-fé objetiva é apta a obstar os efeitos típicos de direito de família que venham a prejudicar o cônjuge/companheiro que integra exclusivamente o primeiro núcleo e que ignora a existência do segundo³³. Em outras palavras, não incide regime de bens propriamente dito sobre essa relação de concubinato.

Não se pode, todavia, deixar de reconhecer efeitos obrigacionais que decorrem dessa união concubinária, sob pena de violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Nesse caso, a comprovação, pelo concubino, de que efetivamente contribuiu para a aquisição de bens pode fazer incidir as regras aplicáveis à sociedade de fato. Não se presume, todavia, a existência de comunhão.

Conclusão

Conforme explicitado ao longo deste trabalho, evidenciada a configuração da simultaneidade familiar, não é possível, de antemão, reputá-la como irrelevante para o direito. Não apenas as situações de simultaneidade se apresentam como passíveis de apreensão jurídica, como, também, são aptas a gerar efeitos jurídicos – com os balizamentos já apontados.

³³ O mesmo raciocínio se aplica à hipótese em que, embora não se ignore a existência da segunda conjugalidade, não tem o cônjuge/companheiro efetiva liberdade de optar entre separar-se daquele que integra as duas famílias ou manter-se a ele unido. Trata-se de situação em que se caracteriza dependência econômica ou grave doença que acaba por fazer com que o casamento/união estável se transforme de espaço de realização afetiva em condição de subsistência, sujeitando o cônjuge/companheiro dependente a uma verdadeira servidão. O mesmo se dá quando a manutenção da união se dá apenas por conta do medo de ações violentas por parte do outro cônjuge/companheiro. Em tais circunstâncias, a plena ostensibilidade não esgota os deveres éticos que se impõe para a atribuição de eficácia jurídica à situação de simultaneidade.

Se é certo que uma dada espécie de simultaneidade familiar se apresenta, desde logo, no interior do sistema – no caso, a bigamia, situada no lugar do ilícito, mas nem por isso totalmente ineficaz – a maior parte das hipóteses em que podem ser identificadas famílias simultâneas parte da exterioridade do sistema, de um “não-direito”, como situações de fato.

Sendo, porém, de natureza familiar – sob o viés sociológico -, essas situações ingressam pela abertura do sistema jurídico, encetando a ponderação acerca da possibilidade ou não de se lhe atribuir eficácia jurídica. Por conseguinte, sejam as famílias simultâneas constituídas sob a perspectiva da filiação ou da conjugalidade, serão passíveis de apreensão pelo direito: a questão fundamental passa a residir nos limites de sua eficácia.

A chancela de efeitos se opera por meio da construção concreta da norma: vale dizer, é em concreto que será possível verificar se há óbice ou não à incidência de uma dada eficácia sobre uma situação específica, consoante suas peculiaridades.

Nada obstante isso, a referida construção, embora tópica, não é casuística: mostra-se viável identificar os princípios que podem ter relevância para conduzir à atribuição da eficácia. Não se trata de balizamento prévio, que constituiria a elaboração de um modelo negativo, mas perquirir como a possível incidência de dados princípios pode repercutir na chancela de efeitos a uma situação de fato.

No que diz respeito à conjugalidade, essa eficácia jurídica pode ser limitada. O sentido de longa permanência histórica da monogamia como regra das relações conjugais da família ocidental faz com que, na perspectiva dos cônjuges ou companheiros, seja regra aferível na convivência social a expectativa acerca da exclusividade do relacionamento. A coexistência familiar na seara da conjugalidade plural se afigura historicamente como exceção. Isso não significa porém, que alguém que constitua famílias simultâneas por meio de múltiplas conjugalidades esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica.

Atribuir efeitos à simultaneidade na perspectiva da conjugalidade implica porém, trazer à tona regras de sentido ético que impliquem, em última instância, o atendimento do objetivo de proteção da dignidade da pessoa

humana que constitui relação de coexistencialidade afetiva. Vale dizer: a simultaneidade atentatória à dignidade da pessoa terá efeitos restritos.

A expressão jurídica desse sentido ético pode se dar por meio da incidência do princípio da boa-fé objetiva, que pode implicar, tanto nas relações internas a cada um dos núcleos familiares, como na relação extrínseca entre os componentes das entidades familiares simultâneas, a imposição de deveres de lealdade, transparência – que diz respeito à ostensibilidade mútua entre os núcleos - e proteção da dignidade da pessoa do outro.

Enfatize-se, por derradeiro, que a possibilidade de se refletir a respeito da eficácia da simultaneidade familiar é sintomática da consolidação de um novo olhar plural do direito sobre o fenômeno familiar que, fundado na liberdade e na solidariedade, não se restringe a modelos pré-ordenados pelo direito estatal.