

LETÍCIA FERRARINI

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS:
SUA TUTELA JUDICIAL A PARTIR DA DOCTRINA DOS DEVERES
DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
ENTRE PARTICULARES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração: Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

Porto Alegre

2009

LETÍCIA FERRARINI

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS:
SUA TUTELA JUDICIAL A PARTIR DA DOCTRINA DOS DEVERES
DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
ENTRE PARTICULARES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração: Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado.

Aprovada _____, _____ de 2009, pela Comissão Examinadora.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Examinador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet - PUCRS

Examinador: Prof. Carlos Edison Monteiro do Rêgo Filho – UERJ

Dedico esta dissertação aos meus queridos e amados pais.

Pai e Mãe, não fossem vocês, nada disso estaria acontecendo...

AGRADECIMENTOS

Finalizando o caminho acadêmico percorrido pelos dois últimos anos é chegada a hora, também, de refletir, crescer e, principalmente, agradecer. Como é bom “olhar em volta” e perceber que viver vale muito a pena, que os esforços recompensam e, sobretudo, que vida me presenteia com pessoas maravilhosas, que além de tornarem os meus dias mais coloridos, fazem-me acreditar que o afeto é o melhor e mais potente de todos os combustíveis.

Pai e Mãe, Tati e Fabi. Agradeço pelo amor incondicional, pelo cuidado e dedicação. Obrigada por fazerem nossa família um reduto de afeto, de segurança e de união. Obrigada por apostarem, sempre, em mim.

Professor Eugênio Facchini, muito mais que um orientador, um grande exemplo. Agradeço por ter me ensinado a amar a vida acadêmica, pelo constante estímulo e pela oportunidade de partilhar comigo o seu inestimável conhecimento. (Como eu sempre disse: “incrível o poder das suas palavras”...)

Minhas queridas amigas do Mestrado, Beti, Bia, Cissa, Deni, Gabi, Lais, Nathi e Nelise. Nossos momentos juntas me acrescentaram muito. Vocês são o maior presente que a vida de mestrandia me propiciou! Agradeço por dividirem comigo todas as angústias, as inseguranças e também as conquistas e as alegrias.

Colegas do escritório. Agradeço imensamente o apoio nesse período, em especial ao Dr. Clóvis, que sempre me compreendeu e ajudou nos momentos mais difíceis.

Cris. A minha sub-mãe. Agradeço pela tua existência. Não tenho palavras para expressar minha gratidão pelo amor e cuidado que recebo diariamente de ti. A vida é generosa comigo, sempre disse ter a melhor mãe do mundo, hoje tenho as duas melhores!

Mi. Minha confidente, companheira, parceria de todas as horas, enfim, “a melhor amiga”. Agradeço pelas terapias intensivas, pelos momentos de insanidade, de tristezas, pelas críticas e, especialmente, pela companhia maravilhosa que fez (faz e fará) eu viver situações inesquecíveis.

Maria Regina, querida Professora, amiga e conselheira. Agradeço por ter sempre acreditado em mim e me incentivado a lutar pelos meus sonhos.

Daniel Mitidiero. Agradeço pela força e pelo estímulo que recebi de ti e, principalmente, pela feliz oportunidade de poder contar com a tua ajuda e o teu inegável conhecimento. Obrigada pela tua amizade.

Agradeço, enfim, a todos aqueles que dedicaram seu tempo e esforço, estimulando-me para que chegasse até aqui.

“O autocontentamento dogmático é certamente insuportável, e a autocrítica é uma excelente coisa”.

(Luc Ferry)

RESUMO

A presente dissertação tem por meta construir, a partir do pensamento tópico sistemático, uma nova hermenêutica para as famílias simultâneas, em virtude do descompasso entre o tratamento marginalizado conferido a essa realidade sociológica presente na família brasileira e a *ratio* do sistema jurídico contemporâneo, insculpida na Constituição Federal de 1988. Desta forma, lastreado nos pressupostos acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e das significativas diferenças entre a família patriarcal do início do século XX e a família contemporânea, o texto repensa, criticamente, a postura do Estado em face das relações de família para fomentar as bases de um pensamento principiológico, trazendo ao Direito de Família uma interpretação consentânea com as concepções eudemonista, aberta e plural da família constitucionalizada. Procede-se a um redimensionamento da disciplina, coerente com os valores e princípios da Constituição, buscando, a partir da contribuição da doutrina dos deveres de proteção do Estado, demonstrar a possibilidade de apreensão jurídica, pelo sistema aberto, do fenômeno da simultaneidade familiar.

Palavras-chave: Família Simultânea. Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. Deveres de Proteção do Estado.

ABSTRACT

The present thesis aims at the development, based on the topic-systematic conception, of a new hermeneutics for simultaneous families in light of the lag between the ostracizing treatment conferred upon this social reality that manifests itself in the Brazilian family and the contemporary legal system's reasoning carved into the 1988 Brazilian Federal Constitution. Thus, anchored both on the premises concerning the boundness of private parties to the fundamental rights and on the meaningful differences between the turn-of-the-20th-century patriarchic family and the contemporary family, the text critically rethinks the State's attitude towards family relations, in order to provide for the basis of a principled thinking, awarding Family Law with an interpretation that is compatible with the eudaemonist, open and plural conceptions of the constitutionalized family. A redetermination of the subject is then performed, one that is coherent with the Constitution's values and principles, in the attempt, based on the contribution of the State's Duties of Protection doctrine, to demonstrate the possibility of legal encompassing, by the open system, of the family simultaneity phenomenon.

Keywords: Simultaneous Family. Boundness of Private Parties to Fundamental Rights. State's Duties of Protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	14
1.1 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.2 AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO COMPARADO	17
1.2.1 State Action	19
1.2.2 Teoria da eficácia mediata	21
1.2.3 Teoria da eficácia direta	24
1.2.4 A teoria dos deveres de proteção	28
1.3 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: FORMAS E LIMITES DA INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	33
1.3.1 A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito brasileiro	34
1.4 EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULA- RES, DESIGUALDADE FÁTICA E AUTONOMIA PRIVADA.....	39
1.5 PONDERAÇÃO DE INTERESSES	46
2 A TRAJETÓRIA DA FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	52
2.1 A FAMÍLIA DOS SÉCULOS XVIII E XIX	52
2.2 DO CÓDIGO CIVIL À CONSTITUIÇÃO	56
2.3 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916	58
2.4 A ERA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO	61
2.5 REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA	70
2.5.1 Os novos contornos da família	75

2.6 O ESPAÇO DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO NA TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA.....	78
3 LIMITES E POSSIBILIDADES DA EFICÁCIA JURÍDICA DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR.....	83
3.1 CONTEXTUALIZANDO A SIMULTANEIDADE FAMILIAR.....	84
3.1.1 Simultaneidade familiar na perspectiva da conjugalidade	86
3.2 PROBLEMATIZAÇÃO JURÍDICA DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR.....	89
3.2.1 Breves ponderações sobre a monogamia.....	90
3.2.2 O Estado Social Democrático de Direito e a proteção dos direitos fundamentais nas relações da família eudemonista	94
3.2.3 Pluralismo familiar: da unidade à pluralidade constitucional (leitura a partir do artigo 226 da Constituição Federal de 1988).....	100
3.3 ELEMENTOS MÍNIMOS A CONFERIR O <i>STATUS</i> DE ENTIDADE FAMILIAR A DETERMINADA SITUAÇÃO DE SIMULTANEIDADE FUNDADA EM CONJUGALIDADES CONCOMITANTES: NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE AS RELAÇÕES ADULTERINAS EVENTUAIS E AS RELAÇÕES PARALELAS MERECEDORAS DE CHANCELA JURÍDICA	106
3.3.1 Boa fé, afetividade, coexistência, estabilidade e ostentabilidade plena.....	107
3.4 LIMITES DA AÇÃO/OMISSÃO DO ESTADO DIANTE DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR: CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO NA CHANCELA JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS.....	115
3.4.1 Breve retomada em torno da teoria dos deveres de proteção.....	116
3.4.1.1 O trilhar da função protetiva - a Constituição e o Poder Legislativo	118
3.4.2 Aplicação da teoria dos deveres de proteção na busca da chancela jurídica das famílias simultâneas	121
3.4.3 Concretização: a efetiva tutela da família simultânea pelo juiz constitucional.....	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	133
REFERÊNCIAS.....	137

INTRODUÇÃO

A partir dos novos contornos do Direito Privado trazidos pela Constituição de 1988, o Direito de Família, na concepção tópico-sistemática do Direito, está alicerçado sobre os pilares da afetividade.

A incidência dos novos valores que informam a família constitucionalizada e suas implicações na ordem jurídica pátria é o alvo de estudo crítico do presente trabalho. Objetiva-se analisar a concepção aberta e plural da família eudemonista, erigida na Constituição Federal, em contraposição à perspectiva clássica do Direito Civil oitocentista.

Esta a meta a ser alcançada, realinhando-se o Direito de Família a propostas que contemplem o ingresso, por meio da porosidade do sistema jurídico aberto, de arranjos afetivos que, a par de não serem reconhecidos expressamente como entidades familiares, encontram-se à margem da proteção jurídica estatal.

A reflexão é fruto de preocupação da pesquisa em fundamentar caminhos que permitam ao Estado efetivar os direitos fundamentais inseridos na Constituição, especialmente o de “especial proteção à família” constante do artigo 226 da Lei Maior. Reporta-se a uma família eudemonista libertadora, que ingressa no jurídico sob o influxo de uma interpretação principiológica e consentânea com o Estado Constitucional.

Inicia-se o estudo trabalhando com a temática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Serão apresentadas as principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a respectiva aceitação que obtiveram na ordem constitucional pátria. Aqui surge o primeiro desafio que o presente trabalho busca enfrentar.

Diante das significativas e contundentes divergências acerca da tese que se revela constitucionalmente adequada às formas e limites de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e tendo em vista a valiosa construção doutrinária em prol de uma eficácia direta *prima facie* no cenário brasileiro, o estudo afasta a idéia de exclusão entre as teorias para trabalhar com a concepção de complementariedade.

No segundo capítulo estuda-se a trajetória da instituição familiar na ordem jurídica brasileira. Pretende-se analisar as transformações no conceito, valores, estrutura e relações de poder ocorridas na família desde o Brasil Colônia até a contemporaneidade.

Em virtude disso, aborda-se a travessia da família desde o Código Civil de 1916, influenciado pelo Código de Napoleão, até o advento da Constituição Federal de 1988, quando tem início a repersonalização das relações familiares, fenômeno conseqüente da constitucionalização do Direito de Família. Nesse passo, apontam-se os novos contornos das estruturas familiares delineados sob o prisma afetivo, cujo resultado é a assim denominada “família eudemonista”.

O terceiro capítulo enfrenta a realidade sociológica das famílias simultâneas. Para garantir alguma sistematização ao estudo, serão abordadas questões elementares à compreensão de tal arranjo afetivo na perspectiva da conjugalidade.

Contextualizado o fenômeno no âmbito do Estado Social Democrático de Direito que, a partir da cláusula da dignidade da pessoa humana, fez-se reconhecedor da família eudemonista, trabalhar-se-á com a concepção do pluralismo familiar assente na ordem constitucional pátria.

O modo como vai se operar a proteção de situações de simultaneidade familiar no sistema jurídico, bem como o papel a ser desempenhado pelo Estado, é o tema deste terceiro capítulo, revelando-se, com base na necessária distinção entre as relações adulterinas eventuais e as relações paralelas merecedoras de chancela jurídica, novas perspectivas para interpretar, a partir da leitura constitucional, as possibilidades e eventuais limites de seu ingresso no sistema jurídico.

O balizamento da concepção eudemonista de família com os direitos fundamentais envolve, inexoravelmente, o reconhecimento da eficácia desses direitos na seara familiar. Pretende-se demonstrar a contribuição da doutrina dos deveres de proteção do Estado na busca da tutela do direito das famílias simultâneas. Relevante se faz uma análise da postura estatal, revelando-se os desafios entre os Poderes Legislativo e Judiciário - agora sujeitos à dignidade da pessoa humana - na concretização dos direitos fundamentais.

Nessa dimensão, o desafio do estudo está em demonstrar o dever de o Estado-juiz, diante da omissão do Estado-Legislator, reconhecer a existência da família simultânea como um arranjo familiar compatível com a proteção constitucional, disto extraíndo-se a sua tutela e respectivos efeitos.

Convida-se à reflexão em torno da função protetiva do Estado Constitucional diante dessa realidade sociológica que é a família simultânea, de forma a contribuir na construção de uma postura estatal justa e igualitária, superando-se os dogmatismos conceituais e, também, as hipocrisias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância do trabalho surgiu da expectativa de encontrar instrumentos que possibilitem formas constitucionalmente adequadas de gerir determinados conflitos familiares que deságuam no Poder Judiciário, deixando de lado os dogmatismos conceituais em torno das relações afetivas.

Em matéria de família, tal postura reflete uma consequência direta: o respeito à pluralidade de formas de constituição de entidade familiar. Isso porque, além daquelas expressamente reconhecidas pela Constituição de 1988, outros arranjos afetivos constituem família, sendo, como tal, titulares da especial proteção do Estado.

Nessa seara de pluralidade, revelou-se o espaço de investigação percorrido ao longo do estudo. A família institucional, transpessoal, hierarquizada e matrimonializada alterou-se em sua estrutura e substância, diante dos avanços sociais e da nova disciplina de suas relações no âmbito do sistema jurídico constitucionalizado, impondo uma modificação para o paradigma eudemonista, pelo qual os membros de um grupo familiar buscam sua felicidade e realização.

Decorre da feição da família aberta e plural uma mutabilidade inexorável, não sendo compatível com os valores que a informam a pretensão de inalterabilidade conceitual. A abertura sistemática implica renúncia à pretensão de aprisionar os arranjos familiares a modelos fechados, abstratos e excludentes.

Para a análise do Direito de Família atual, portanto, é necessário que se atente à constitucionalização e à repersonalização das relações familiares. O

sistema jurídico se afastou dos valores burgueses, liberais, centrados no patrimônio, para voltar-se à dignidade da pessoa humana.

No Direito de Família atual 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, apresentar-se de modo a dirigir comportamentos e aniquilar, *a priori*, morais individuais.

Não se pode desvincular, nesta perspectiva de mudanças, o papel do Estado que, superando a pretensa neutralidade do liberalismo, começa a intervir de modo direto nas relações privadas, assumindo uma postura ativa na tutela e na promoção dos direitos fundamentais.

Para concretizar os direitos fundamentais da pessoa humana, na busca de felicidade, e em consonância axiológica com os princípios constitucionais, sistematicamente analisados, assume importância, portanto, o reconhecimento das formas e limites da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

No caso específico das famílias simultâneas, a par do reconhecimento do pluralismo familiar pela ordem jurídica, há um descompasso entre as garantias constantes da Constituição e o desdobramento de situações concretas que, em virtude de relevância social, repercutem no jurídico com expectativa de uma resposta que promova efetivamente a dignidade coexistencial de cada pessoa.

Daí que a família simultânea, justamente pelo fato não se enquadrar nas possibilidades expressas na Constituição, tem de ser analisada topicamente. Presentes os elementos caracterizadores, a relação simultânea ingressa no jurídico por meio da porosidade do sistema aberto, passando, portanto, a gozar do *status* de família, sendo merecedora, como tal, da especial proteção do Estado.

Para se afigurar como tal, porém, há características comuns e essenciais, sem as quais não haverá o reconhecimento da proteção constitucional. A boa-fé objetiva, a afetividade, a coexistência, a estabilidade e a ostentabilidade plena constituem elementos indispensáveis a comprovar a comunhão de vida e o comprometimento recíproco, que são comuns a qualquer entidade familiar merecedora da tutela estatal.

Nesse passo, superado o momento inicial de verificação dos elementos essenciais a caracterizar a relação conjugal simultânea como entidade familiar, incumbe ao Estado Constitucional, que se quer democrático e onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da República, promover a tutela dessas entidades familiares não reconhecidas socialmente, estigmatizadas e carentes de efetiva proteção estatal. Aquilo que constituir família em uma perspectiva sociológica também assim há de ser reputado perante o Direito.

No cenário atual, a doutrina se mostra incipiente em atribuir às famílias simultâneas a chancela jurídica de entidade familiar, alegando aparente lacuna ou a falta de permissão legal para tutelar tais relações afetivas. Na mesma linha, o Legislativo relegou ao Judiciário a árdua tarefa de concretizar a sua proteção, eis que de forma excludente e omissa, silenciou a respeito do tema. Mantendo a superada concepção de família, deixou de realizar os anseios por uma efetiva igualdade de tratamento entre os diversos arranjos familiares.

A par dessa omissão do legislador infraconstitucional que, numa postura de violação à proibição de medidas insuficientes, não outorgou expressa tutela às famílias simultâneas, o caminho para sua efetiva proteção está em exigir-se do Estado-juiz semelhante providência.

Diante do dever de proteção do Estado, não é conferida a possibilidade de o Estado-juiz simplesmente ignorar os direitos que decorrem da família simultânea, pois inexistente mandamento legal que a equipare a um caso de bigamia ou a qualquer outra situação que proíba o reconhecimento dos seus efeitos, ainda que isso implique “repartir” direitos entre ambas as famílias e seus componentes.

Havendo família, haverá tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade. A chancela de seus efeitos, pelo Estado-juiz, opera-se por meio da construção concreta da norma: vale dizer, é em concreto que será possível verificar se há óbice ou não à incidência de dada eficácia sobre determinada situação consoante suas peculiaridades.

Nesse contexto que se constata a contribuição da doutrina dos deveres de proteção, na medida em que impõe ao Estado, em todas as suas articulações, o dever de proteger e promover os direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares. Depreende-se daí um dever do Estado-juiz no sentido de reconhecer a existência das famílias simultâneas como um arranjo familiar compatível com a proteção constitucional, disto extraindo-se os respectivos efeitos.

Enfatiza-se, por derradeiro, que o propósito da análise da contribuição dos deveres de proteção é uma tentativa de tornar mais factível a proteção concreta de uma situação de fato tal como é a hipótese da família simultânea. Renuncia-se, pois, à idéia de exclusão entre as teorias que tratam da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Assim como aos aplicadores do Direito deve interessar primordialmente o conteúdo das normas jurídicas em detrimento da forma, o discurso das teorias deve ser apreendido em caráter de complementariedade, assumindo-se como proveitosas as contribuições que viabilizem a concretização, de forma realista,

dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sobretudo no cenário brasileiro, marcado por contrastes sociais, econômicos e culturais.