

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Guilherme Augusto Faccenda

UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Guilherme Augusto Faccenda

UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Guilherme Augusto Faccenda

UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel.

Aprovado pela Banca Examinadora em 08 de julho de 2011

Banca Examinadora:

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Prof. Sérgio Augusto Pereira de Borja

Prof. Domingos Sávio Dresch da Silveira

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a situação jurídica das uniões estáveis paralelas, sejam entre si, sejam entre um casamento, em face da Lei, da doutrina e da jurisprudência pertinentes. Primeiramente, será estudada a união estável de um modo geral, com ênfase na atual noção de família e nos requisitos caracterizadores de uma união estável. Após, serão analisadas especificamente as uniões estáveis paralelas, sendo apresentados os diversos e controvertidos posicionamentos acerca do tema, buscando estabelecer qual seria o mais adequado para o Direito, bem como seus possíveis efeitos jurídicos.

Palavras-chave: Família – União Estável – Paralela – Simultaneidade – Uniões Dúplices

INTRODUÇÃO	6
I. A UNIÃO ESTÁVEL	
1. União Matrimonializada: tentativa legal de padronizar a família	17
1.1. Casamento	20
1.2. Desquite, separação e divórcio	23
2. Pluralismo familiar constitucional	25
3. Unões de fato	30
3.1. Concubinato	32
3.2. União estável e sua situação legislativa atual	35
3.3. Requisitos da união estável	38
3.3.1. Publicidade	40
3.3.2. Continuidade e durabilidade	44
3.3.3. Objetivo de constituir família	47
3.3.4. Diversidade de sexos	51
3.3.5. Ausência de impedimentos matrimoniais	56
II. UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS	
4. Unões estáveis paralelas como fato social: demandas judiciais	61
5. Simultaneidade familiar em sua ampla perspectiva	63
5.1. Monogamia	66
6. O não reconhecimento da simultaneidade e suas consequências	77
7. União estável putativa	85
8. Possibilidade de reconhecimento jurídico de situação de paralelismo familiar	92
8.1. Necessária diferenciação entre relações adulterinas e entidades familiares	109
8.2. Efeitos específicos	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

Conforme diversos autores afirmam, tanto juristas como antropólogos, a origem do concubinato confunde-se com a origem da sociedade humana. Nos primórdios, não existiam regras formalizando uniões, as quais ocorriam segundo padrões biológicos inerentes ao ser humano, o que, naturalmente, levou à consolidação de costumes em cada tribo, pela repetição dos padrões habituais. Não é errado dizer que o concubinato, considerado como a união entre homem e mulher desprovida de formalidades, foi a mais básica estrutura de convívio humano, visando à sobrevivência e à reprodução da espécie, o que por si só já demonstra a importância de seu estudo.

Nos primeiros tempos da história da humanidade, quando o casamento ainda não havia surgido como forma destinada a sacramentar a união do homem e da mulher, dita união existiu como fato natural, fruto do impulso biológico que, originariamente, os impeliu à instituição de uma comunhão de vida.¹

Historicamente, muitos povos aceitavam naturalmente tanto a poligamia quanto o concubinato, a exemplo dos hebreus, hindus, persas e chineses. Mesmo na Grécia, berço da cultura ocidental, era admitido o concubinato, sendo que as deusas Vênus e Adônis, ali cultuadas, exaltavam os desejos sexuais, e inexistiam diferenças entre filhos legítimos ou não².

O puro impulso biológico do ser humano levou à construção de famílias, tribos, cidades e nações. Família surge como fato natural, não a partir de convenção social³. É experiência comum a diversas sociedades desenvolver controle sobre as relações familiares com o crescimento populacional, com base nos costumes de cada povo. A moral e os costumes, com o desenvolvimento social, tornam-se fontes do direito, com base no comportamento social do ser humano, seus interesses e atitudes. Por exemplo, a união entre o homem e a mulher, procriando e criando filhos, é um fato natural e inerente ao ser humano e não pode ser proscrita pelas leis, apenas regulamentada.

¹ PEREIRA, Áurea Pimentel. União estável Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pg. 01.

² GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 108

³ MADALENO, Rolf. Direito de Família em Pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 65.

*O homem pode ter inclinações que mutuamente se contradizem. A sua conduta efetiva depende de qual seja a inclinação mais intensa, de qual seja o interesse mais forte. Nenhuma ordem social pode precluir as inclinações dos homens, os seus interesses egoísticos, como motivos das suas ações e omissões. Ela apenas pode, se quer ser eficaz, criar para o indivíduo a inclinação ou interesse de se conduzir em harmonia com a ordem social e se opor às inclinações ou interesses egoísticos que, na ausência daquela, atuariam.*⁴

É inegável a existência de uma inclinação natural do homem e da mulher em procriar, assegurar a sobrevivência da prole e formar estruturas familiares. Tal fato constitui verdadeira norma moral, pois faz parte de um antigo conjunto de hábitos do ser humano. Conforme ensina Hans Kelsen, se a ordem social prescreve uma conduta que a moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justa⁵. O direito possui, em seu conteúdo, questões de caráter moral e de inclinações naturais do ser humano e, se porventura uma norma vai de encontro a uma dessas inclinações, como alguma que pretenda padronizar o comportamento reprodutivo e afetivo da espécie, é de se esperar que a referida norma não obtenha eficácia. Por óbvio, não se pretende alegar a total ineficácia do Direito frente ao comportamento humano. Marcos Bernardes de Mello ensina:

*Parece indiscutível, no entanto, que se a cada qual fosse permitido conduzir-se socialmente como bem lhe aprouvesse, deixando-se governar pelo seu egoísmo e ambição, tendo como medida de ação o seu poder e a fraqueza do outro, a vida em comunidade seria intolerável e praticamente impossível o avanço para formas superiores de civilização*⁶.

O excessivo controle sobre o ser humano, restringindo liberdades de forma exagerada, contudo, acaba coibindo a realização pessoal e a busca da felicidade de cada um. A total libertação, porém, seria igualmente nociva, pois impossibilitaria grande número de pessoas de viver em sociedade. Se a limitação é tal que o indivíduo perde sua capacidade de escolha sob os mais básicos aspectos da vida, também teríamos outra forma negativa de coordenar uma comunidade.

⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pg. 69.

⁵ *Ibidem*. Pg. 70.

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico Plano da Existência. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg.

Historicamente, a tentativa de balanceamento entre controle social e liberdade dos indivíduos é recente. Após o século XVII e XVIII, com a queda dos regimes absolutistas, os quais concentravam o poder nas mãos de poucos e apresentavam controle excessivo sobre a população, surgiram os chamados direitos fundamentais de 1ª geração, os quais se traduziam em liberdades públicas e direitos políticos, pretendendo fixar um âmbito de autonomia privada frente à ingerência estatal⁷ (tais como direito à propriedade, à igualdade formal, à vida e à liberdade⁸).

Tais direitos acabaram gerando uma excessiva liberdade, o que, com a Revolução Industrial do século XIX, ocasionou grande miséria e desigualdades sociais. Aqui, surgiu a 2ª geração de direitos fundamentais a fim de combater a excessiva omissão estatal, representados por um dever de prestação social positiva⁹ do Estado (direito à igualdade material, à educação, ao trabalho, à assistência social, entre outros¹⁰). Assim sendo, é necessária a existência de um balanceamento entre a intervenção do Estado e a autonomia das pessoas, tendo sempre como objetivo o bem de todos.

O concubinato e as uniões informais não são novidades, e nem cessaram de existir no decurso de milênios de civilização, mesmo com a pesada resistência da lei, em certos períodos, e de doutrinas religiosas. É um exemplo de como lei e doutrinas acabam desprovidas de eficácia por não serem justas, na medida em que tentam regulamentar e limitar impulsos naturais e emocionais do ser humano de buscar amor e felicidade

Ocorre que o concubinato acabou sendo hostilizado pelo direito durante muito tempo. Mesmo nos dias atuais o concubinato é visto de forma negativa pela doutrina jurídica, sendo considerado por alguns como moralmente reprovável¹¹. Embora no direito romano ainda fosse aceito, a influência religiosa modificou drasticamente esse entendimento. Esta mesma influência estendeu-se ao direito português e ao brasileiro, e sua modificação é recente. Historicamente, fica perceptível a direção para a qual aponta a evolução da lei e da própria família, e de como ela é aceita socialmente, desde sua estrutura básica patriarcal até suas

⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 588.

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. Pg. 31.

⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 588.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. Pg. 31.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 368

variadas formas de entidades familiares atuais, focando-se na dignidade das pessoas, na felicidade dos indivíduos em seus relacionamentos e no reconhecimento das múltiplas formas de família.

As relações entre homem e mulher experimentaram, pela primeira vez, algum tipo de controle somente quando o ser humano deixou de ser nômade e começou a se dedicar à agricultura e à caça. No mundo ocidental isso teve origem com o Direito Romano.

A base da família romana eram as denominadas justas núpcias (*justae nuptiae*), contraídas entre cidadãos romanos. Outrossim, existia o casamento entre cidadãos romanos e peregrinos, mas este não era regulamentado pelo *jus civile*, apenas pelo *jus gentium*. Uniões com escravos eram desprovidas de efeitos. Já o concubinato revestia-se com forma de união estável, mas sem *affectio maritalis* (ânimo de constituir matrimônio legítimo) e *honor matrimonii* (a concubina não se beneficia do prestígio social do homem)¹².

Álvaro Villaça Azevedo ensina que, até o período clássico, não havia o concubinato como instituto jurídico e, citando Pietro Bonfante, afirma que sua origem se deu na legislação elaborada pelo Imperador Augusto, com a *Lex Iulia de Adulteriis*, a qual isentava de penalidades o concubinato, mas cominava sanções às uniões extraconjugais com mulheres de categoria social honrada, considerando-as como *stuprum* e *adulterium*¹³, e a *Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus*, que criou impedimentos a uniões conjugais com mulheres de situação social inferior¹⁴.

Ao analisarmos as Institutas do jurisconsulto Gaio, há notável proteção à integridade do núcleo da família, sendo esta concebida estruturalmente como composta pelo pai de família, seus filhos e sua mulher. Essa proteção ocorria na forma de proibição de pessoas da mesma família de se casarem entre si:

59. Pessoas que mantêm entre si relações de pai e filho não podem contrair casamento, pois não há entre elas conúbio como entre pai e filha, mãe e filho ou entre avô e neta. Se essas pessoas tiverem entre si esse tipo de relação, consideram-se como tendo contraído núpcias nefastas e incestuosas. Isso ocorre de tal modo que, se vierem

¹² CAVALCANTI, Lourival Silva. União Estável. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹³ O autor esclarece que estas palavras, àquela época não significavam, respectivamente, violência e infidelidade, mas sim “relação extraconjugal ilícita”.

¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 128

*a manter entre si relações de pai e filho, ainda que só por adoção, não podem unir-se entre si por casamento.*¹⁵

Porém, ainda no período do Baixo Império Romano, conforme muito bem explica Lourival Silva Cavalcanti, teve início a condenação de uniões que não estavam de acordo com os padrões do matrimônio e da monogamia, o que ocorreu inicialmente por influência religiosa:

*O concubinato, considerado como fato natural até então, com o advento do cristianismo passa a ser condenado em Roma.(...) Constantino aplica-lhe sanções como forma de coagir concubinos a contraírem matrimônio. Justiniano proíbe a um homem que tivesse mais de uma concubina e nenhuma se casado. São influências das idéias cristãs presentes no Direito Romano.*¹⁶

Com o imperador Justiniano no poder, outras mudanças no direito familiar foram implantadas, favorecendo a monogamia e o matrimônio, sendo vedado o concubinato a homens casados e mais de uma concubina aos solteiros. Contudo, jamais foi criminalizado, ao contrário do adultério¹⁷.

Portanto, somente no período pós-clássico foi o concubinato efetivamente elevado à categoria de instituto jurídico, sendo que os imperadores cristãos agiam objetivando seu desestímulo, favorecendo o casamento dos concubinos através de medidas contrárias a eles¹⁸. Contudo, a partir daí ele continuou a ser considerado imoral, até ser abolido pelo Imperador Leão, o sábio (886 a 912 d.C.)¹⁹.

A religião costumava a comandar a vida inteira das pessoas no mundo antigo, ou seja, estendia sua influência tanto na sociedade como na família. Alguns autores, como Fábio Konder Comparato, chegam a afirmar que o caráter patriarcal da família antiga (influências sentidas até no Código Civil de 1916) é explicado pela religião, pois o sacerdócio era exclusivamente masculino, mantendo mulheres sempre em um *status* inferior ao dos homens.

¹⁵ Institutas do Jurisconsulto Gaio. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004. Pg. 47.

¹⁶ CAVALCANTI, Lurival Silva. União Estável. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 84.

¹⁷ A *Lex Julia de Adulteriis Coercendis* criminalizou o adultério; ou seja, adultério e concubinato, já naquele tempo, não se confundiam; o primeiro era proscrito, enquanto o segundo era recebido com naturalidade pela sociedade romana, embora não favorecido pelas leis de imperadores cristãos.

¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 130

¹⁹ CSILLAG, Pál. The augustan laws on family relations. Budapeste: Akadémiai Kiadó, 1976. Pg. 46. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 128

Pela cerimônia religiosa do casamento, a mulher deixava a sua família de origem e passava a integrar a do marido. Em contraste, o filho emancipado já não se considerava membro da família, ao passo que o adotado nela se incluía, pois enquanto o primeiro era liberado do culto ao deus do lar, o outro dele participava em igualdade de condições com os filhos de sangue. É, assim, a religião que explica o caráter patriarcal da família antiga²⁰.

Nessa esteira, importante considerar que o Direito Canônico é basicamente o direito da Igreja, e, no caso do mundo ocidental, o da Igreja Católica, inegavelmente a mais influente na atual sociedade. O Direito Canônico, desde sua origem, nunca aceitou o concubinato, mesmo que, inicialmente, tenha sido com menos rigor, “tolerando-o como casamento nos moldes do Direito Natural”²¹. Assim, era considerado um casamento clandestino, presumido, posto que não submetido às formalidades exigidas. Embora fosse evidente a realidade social do concubinato, era constante a vontade de regulamentá-lo, procurando relevar a monogamia e a estabilidade do casal.

Todavia, conforme Álvaro Villaça Azevedo explica, houve degeneração das uniões concubinárias, chegando ao interior dos conventos, ameaçando a estabilidade da igreja²². Há inúmeros exemplos históricos de reis católicos que mantinham várias concubinas, bem como bispos e Papas acusados de relações desonestas. Portanto, tanto social como institucionalmente, acentuou-se o desestímulo ao concubinato nos Concílios de Toledo, da Basílica e de Latrão²³.

Após o Concílio de Trento em 1563, entretanto, a Igreja Católica proscree o concubinato, cominando severas penas para quem o pratica, como a excomunhão ou a declaração de herege.

Com o Concílio de Trento, restou proibido o casamento presumido, determinando-se a obrigatoriedade da celebração formal do matrimônio, na presença do pároco, de duas testemunhas, em cerimônia pública. Essas celebrações passaram, então, a ser assentadas em registros paroquiais. Desse modo, condenou-se o concubinato. Foram

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ética, direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Pg. 50.

²¹ Álvaro Villaça de Azevedo. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 24. In: CAVALCANTI, Lurival Silva. União Estável. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 85.

²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 132.

²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 133.

*estabelecidas penalidades severas contra os concubinos que, sendo três vezes advertidos, não terminassem seu relacionamento, podendo ser excomungados e, até, qualificados de herege*²⁴.

Ou seja, estabeleceu-se a verdadeira idéia de matrimônio como sacramento, e seus sagrados laços, além de absolutamente necessários para unirem homem e mulher (sendo proibidas uniões fora desses padrões), não podem ser separados a não ser por morte. Até os dias atuais o matrimônio entre católicos batizados permanece indissolúvel, consoante Cânone 1.141 do Código de Direito Canônico, *in verbis*:

*Cân. 1141- O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte.*²⁵

A influência religiosa gerou grande impacto no modo de agir e de pensar das sociedades, além de estabelecer suas próprias regras acerca do que seria socialmente aceitável. No caso, a moral pregada pela igreja era de que o casamento seria a sagrada união entre um homem e uma mulher, indissolúvel e monogâmica. Desde então, restou instalada no sistema jurídico ocidental as regras de monogamia e de indissolubilidade das uniões.

Inclusive nos tempos atuais são perceptíveis os efeitos religiosos nas leis, até na Constituição Federal, a qual, segundo o preâmbulo, é promulgada “sob a proteção de Deus”²⁶. Ainda, conforme se verá adiante, a legislação pátria inicial sequer separava os vínculos entre Igreja e Estado. A constituição de famílias fora dos moldes que a religião tentou instituir como “corretos” era ignorada pelo Direito e vista como imoral pela sociedade.

Já a legislação portuguesa era praticamente silente no tocante ao matrimônio, cujo tratamento foi quase que inteiramente acolhido pelo Direito Canônico²⁷. O Alvará de 12 de setembro de 1564 determinou observância das regras do Concílio de Trento, o qual, conforme visto anteriormente, proibia e penalizava o concubinato.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Código de Direito Canônico. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Edições Loyola, 1983. Pg. 503.

²⁶ Foi reconhecido pelo STF, contudo, que o preâmbulo não possui força normativa; ou seja, a invocação da proteção de deus não fere a laicidade do Estado Brasileiro. “Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.” (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-02, Plenário, DJ de 8-8-03.)

²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 56.

Contudo, foram as Ordenações Filipinas de 1603 que efetivamente conduziram o direito de família primitivo no Brasil. Álvaro Villaça de Azevedo observa que muitos dos textos das referidas Ordenações são iguais aos das Ordenações Manuelinas, especialmente no tocante ao adultério e à bigamia (ao homem que dormia com mulher casada ou “com fama de casada” restava a pena de morte).

*O Código Filipino vigeu no Brasil, em matéria matrimonial, até o advento do Decreto n° 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu entre nós o casamento civil, cercado de rígidas formalidades, as quais tornaram impossível a existência do casamento presumido e o reconhecimento de qualquer forma de concubinato*²⁸.

Pela lei de 13 de novembro de 1651, Portugal ficou obrigada a obedecer às rigorosas disposições do Concílio de Trento, restando proibido o reconhecimento de “matrimônios presumidos” e castigadas por penalidades criminais toda união clandestina, sem distinção se válida ou não, conferindo a qualquer um do povo o poder de denunciar irregularidades.²⁹

Tal histórico nos permite compreender perfeitamente o patriarcalismo do Direito de Família brasileiro:

*Após a Proclamação da Independência, a Lei 20 de outubro de 1823 determinou a continuidade da vigência da legislação portuguesa no Brasil. Assim, manteve-se em vigor as Ordenações Filipinas de 1603, as leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções portuguesas promulgados até 25 de abril de 1821, até que fossem revogadas pelas normas brasileiras*³⁰.

Depois da independência brasileira, durante o período da Monarquia no Brasil, a partir do ano 1822, houve direta influência da Igreja Católica no tocante ao casamento. O Decreto de 03 de novembro de 1827 obrigava a obediência às disposições do Concílio de Trento quanto ao matrimônio³¹. Segundo o Decreto, a lei “declara em efetiva observância as disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimônio”. Resta claro, assim, que, logo no princípio, o ordenamento jurídico brasileiro

²⁸ CAVALCANTI, Lourival Silva. União Estável. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 87.

²⁹ LOBÃO, Manoel D’Almeida e Souza de. Notas de uso prático e críticas à obra Instituições do Direito Civil Lusitano, de Pascoal José de Mello Freire. Lisboa: Imprensa Nacional, 1836. Parte 2. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 63.

³⁰ GAMA, Ricardo Rodrigues. Teoria Geral do Direito Familiar. Campinas: Russel, 2007. Pg. 125.

³¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-J.pdf>

adotaria bases e princípios derivados do antigo Direito Canônico, o qual, como já se analisou, repudiava uniões informais.

Na Europa, àquela época, o protestantismo era bastante difundido, então, para combater essa expansão, a Igreja Católica tomou medidas mais rigorosas, com especial cuidado às colônias recém descobertas, dentre elas, o Brasil. A Constituição Imperial de 1824 declarava, ao seu artigo 5º, que a religião oficial do país seria a católica apostólica romana, sendo permitido culto a outras religiões somente em casas sem forma exterior de templo³².

Com o Decreto nº 180, em 24 de janeiro de 1880, secularizou-se o casamento, o qual restou cercado de formalidades, e, ainda, somente através dele poderiam as uniões surtir efeitos jurídicos tais como direitos e deveres entre cônjuges, direitos sucessórios, pátrio poder e legitimidade da prole³³. Em 1889, 15 de novembro, com a proclamação da República e a definitiva separação entre Igreja e Estado, porém o casamento permaneceu como instituto de origem reconhecidamente religiosa, influência comprovada pelo excessivo formalismo adotado (por exemplo, com o Decreto nº 521 foi ordenado que, antes da cerimônia religiosa, deveria haver o casamento civil entre os nubentes).

Em 1893 e 1900 foram encaminhadas propostas de leis divorcistas, mas acabaram repelidas, o que já demonstra certo interesse social divergente daquele pré-estabelecido pela lei. Em 1901 o jurista Clóvis Beviláqua apresentou o seu projeto que deu origem ao Código civil de 1916, o qual ainda somente permitia separação dos Cônjuges pelo chamado desquite, instituto que separava os bens, terminava com direitos e deveres conjugais, mas não dissolvia totalmente o vínculo matrimonial.

Na Constituição de 1934 o casamento é concebido como sendo indissolúvel³⁴. A Constituição de 1946 manteve a mesma posição quanto à indissolubilidade do matrimônio³⁵, porém, reconhece obrigação do poder público de assistência às famílias de proles numerosas. A Constituição de 1967 posiciona-se inicialmente pela indissolubilidade³⁶, porém, tal norma não mais atendia às necessidades da sociedade, nem mais era cabível em um Estado separado

³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 99

³³ *Ibidem*. Pg. 98.

³⁴ Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

³⁵ Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

³⁶ Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

da religião. Somente a Emenda Constitucional 09 de 1977 modificou o §1º do artigo 167, criando o divórcio como medida cabível para dissolução do matrimônio³⁷.

A nova Constituição do Brasil, do ano de 1988, trouxe novos paradigmas para o Direito de Família nacional. Com uma redação muito mais preocupada com a realidade social do que com formalismos e ideologias legislativas, houve ampliação do conceito de família, abrangendo uniões estáveis e famílias monoparentais, por exemplo. Diante de tal aceitação, ainda cabe questionar se é possível extensão dessa proteção a relações constituídas no âmbito da simultaneidade familiar.

Nos termos da legislação infraconstitucional, aqui, é interessante relatar que já existe no Brasil um projeto de lei que regulamentaria tal situação: o Projeto de Lei 2.285/07, denominado Estatuto das Famílias, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Projeto esse já aprovado por uma das casas do Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados³⁸.

O Estatuto das Famílias parece incorporar à legislação a mais moderna jurisprudência, sob a concepção de que família é um direito fundamental, base da sociedade, e como tal deve se beneficiar dos mesmos direitos fundamentais previstos pela Constituição; seria, de fato, uma justa solução para muitos problemas que ainda se enfrentam. Muitas mudanças e atualizações seriam estabelecidas, tais como o fim da culpa na separação, reconhecimento da socioafetividade como causa de parentesco e, o que é de direta importância ao presente trabalho, fim das causas impeditivas matrimoniais na união estável. Segundo o artigo 64 do referido Projeto:

Art. 64. A união estável não se constitui:

I – entre parentes na linha reta, sem limitação de grau;

II – entre parentes na linha colateral até o terceiro grau, inclusive;

III – entre parentes por afinidade em linha reta.

³⁷ § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos;

³⁸ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/191903-CAMARA-APROVA-O-ESTATUTO-DAS-FAMILIAS.html>

Parágrafo único. A união formada em desacordo aos impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha de bens.

Ou seja, o fato de uma pessoa ser casada ou ter outra união estável não impede o reconhecimento de uma segunda, se os requisitos caracterizadores estiverem presentes. E, ainda que os impedimentos restantes não sejam observados, isso não exclui a responsabilidade de quem violou. Contudo, permanecem em vigência as disposições do Código Civil, às quais serão analisadas em momento pertinente.

O objetivo do presente trabalho, assim, é, à luz dessa nova realidade legislativa, analisar a recepção, ou não, de uniões estáveis paralelas pelo sistema jurídico; e, se possível sua aceitação, quais seriam seus possíveis efeitos jurídicos. Para tanto, será realizado um estudo da simultaneidade familiar no âmbito da conjugalidade, geralmente representadas, em casos concretos, por mais de uma união estável, ou por união estável paralela a um casamento.

Iniciar-se-á com análise acerca da união estável em geral, abordando suas características, histórico, legislação pertinente, evolução conceitual, com ênfase na nova idéia constitucional de pluralismo familiar; bem como do concubinato, o qual, antes do novo Código Civil, confundia-se com a própria união estável, e agora, nos atuais termos da lei, é desprovido de quaisquer efeitos. O objetivo é a compreensão da nova lógica no sistema do direito familiar, e de como tais idéias são aplicadas na caracterização da união estável, através de seus requisitos legais.

Após, será abordada especificamente a questão das uniões estáveis paralelas, analisando-se seus diversos aspectos jurídicos e sociais, verificando como se apresentam na sociedade e como são consideradas pela doutrina e pela jurisprudência, tanto pelos seus efeitos, ou ausência de efeitos, como pela sua classificação (se são uniões estáveis, concubinatos ou sociedades de fato). Quanto à legislação, em adição ao estudo realizado na primeira parte, procura-se, na segunda, além das interpretações da doutrina e da jurisprudência, encontrar a direção da evolução legislativa. Tentar-se-á, assim, determinar, na medida do possível, quais posicionamentos se apresentam como mais justos e adequados contemporaneamente.

1. União Matrimonializada: tentativa legal de padronizar a família

Inicialmente, a família brasileira era patriarcal e fundada basicamente no casamento religioso. Tanto Letícia Ferrarini como Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, em suas obras acerca das famílias simultâneas, reconhecem, em breves considerações sobre as famílias patriarcais brasileiras, que estas foram implantadas à época do Brasil Colonial, vigorando desde o século XVI até o século passado³⁹.

A primeira afirma que o padrão tradicional, fundado no matrimônio, concebia a família como unidade econômica, um instrumento de produção e crescimento do Estado, institucionalizada, e, conseqüentemente, necessitando, para afirmar autoridade e assegurar a ordem da unidade, um chefe conjugal, papel que restou ao homem. Essa família patriarcal era a espinha dorsal da sociedade, com papéis de procriação, administração econômica e direção política, e o matrimônio indissolúvel visava garantir sua perpetuidade. Nessa esteira, eram relegadas para segundo plano as realizações pessoais do indivíduo, dado o caráter patrimonial da estrutura e a desconsideração dos desejos pessoais, sentimentos e sonhos de seus integrantes⁴⁰.

O segundo, ao ressaltar a evidente impossibilidade se de esgotar o estudo das formações familiares brasileiras, até porque ao mesmo tempo sempre existem múltiplas conjunturas, propõe compreensão de uma linha de tempo, na qual a família patriarcal cedeu espaço à família nuclear, e esta à simultaneidade familiar. Num primeiro momento, quando no Brasil a economia era predominantemente rural, as elites agrárias, com família extensa e patriarcal, estabeleceram o seu modelo como padrão; porém, tal padrão foi lentamente perdendo a força com a instalação da Corte de D. João XVI no sudeste brasileiro, local já urbanizado⁴¹. Nas palavras do autor, lentamente o lugar das elites rurais é ocupado pelas elites urbanas, “formando-se, no lugar das famílias casa-grande, as famílias do ‘sobrado’ ”⁴².

³⁹ FERRARINI, Letícia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 56.

⁴⁰ *Ibidem*. Pg. 58 e 59.

⁴¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 114.

⁴² *Ibidem*

Durante o Brasil império e até as três primeiras décadas do século XX, esses modelos familiares, de origem reconhecidamente colonial, mantiveram-se relativamente estáveis⁴³.

No século XIX, com a crise do modelo agroexportador, a burguesia e a intelectualidade ganham a força política perdida pelas elites agrárias. Nessa perspectiva, o Código Civil de 1916 foi elaborado com olhos no passado familiar; ainda que, enquanto isso, a família nuclear urbana aumentasse sua relevância. Contudo, a família nuclear, burguesa e urbana, manteve seu caráter hierárquico e patriarcal.

*No seu âmago, o Código Civil de 1916 mantinha uma estrutura familiar patriarcal, cabendo ao marido conduzir e manter as esposas e filhos, devendo o casamento seguir fundamentando a família legítima por prazo indeterminado até a morte de um dos cônjuges, uma vez que não se admitia o divórcio. Em contraposição, os poderes de chefe da família reclamavam esforços concentrados do pai no trabalho, uma vez que tinha por obrigação sustentar todos os membros.*⁴⁴

Citado como uma conquista legislativa da mulher, o Estatuto da Mulher Casada de 1962 elevou a posição da esposa na “hierarquia familiar”, porém, em virtude do Código Civil de 1916, ainda não havia igualdade⁴⁵.

A transição entre a família nuclear e a família chamada contemporânea, no ponto de vista Carlos Ruzyk, não é marcada por qualquer incidente episódico de transformação abrupta, mas sim por um processo observado na generalidade das conjunturas⁴⁶. Ora, resta claro que a liberdade, no que tange à família, somente foi atingida no Brasil recentemente, e não no período em que a matrimonialização do direito de família engessava as possibilidades jurídicas de construções familiares.

Em semelhante linha de argumentação, Sérgio Gisckow Pereira, citando Alvin Tofler, afirma que o direito de família moderno deve ter em consideração a realidade fática, sendo que menciona como exemplo a sociedade dos Estados Unidos, na qual 93% da população não mais se encaixa no tradicional modelo de família nuclear (mulher dona-de-casa e dois filhos), pois é possível observar pessoas vivendo sozinhas, pessoas juntas sem

⁴³ *Ibidem*. Pg. 115.

⁴⁴ GAMA, Ricardo Rodrigues. Teoria Geral do Direito Familiar. Campinas: Russel, 2007. Pg. 129.

⁴⁵ GAMA, Ricardo Rodrigues. Teoria Geral do Direito Familiar. Campinas: Russel, 2007. Pg. 136.

⁴⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 127.

formalidade legais, casais sem filhos, crianças educadas por só um dos pais, casamentos homossexuais, grupos de gente idosa juntando-se para compartilharem despesas (e às vezes sexo), agrupamentos tribais entre minorias étnicas, pai e mãe vivendo e trabalhando em cidades diferentes, trabalho dos jovens, trabalho de todo grupo familiar no próprio lar⁴⁷.

Maria Celina Bodin de Moraes, com propriedade, afirma que a família tradicional apresenta-se como “triplamente desigual”, citando que, nela, os homens têm mais valor do que as mulheres; que os pais têm mais importância que os filhos; e que os heterossexuais têm mais direitos que os homossexuais⁴⁸. Em contraposição a isso, emerge a família democrática, não mais paralisada pelos laços do formalismo, mas unida pelo afeto de seus membros:

Em termos sociológicos, a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado e independente de laços consanguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados⁴⁹.

Carlos Alberto Bittar, também reconhecendo as mudanças, disserta que “a sociedade patriarcal cedeu lugar a uma sociedade complexa e integrativa, em que a mulher e os jovens participam decisivamente em todo o seu contexto, impondo-lhe transformações ora representadas por núcleos dotados de características próprias, em que todos atuam e interagem, à luz da extraordinária expansão dos meios de comunicação”⁵⁰. O autor, embora, como se verá, defenda o casamento como base da família, de certa forma estabelece um vínculo de causalidade entre a globalização moderna e as mudanças na família, o que é sem dúvida perceptível nas relações hodiernas, onde a comunicação é facilitada pelos meios tecnológicos e a população cresce e se concentra cada vez mais em centros urbanos.

Assim, tem-se que a confusão entre o matrimônio e o direito de família propriamente dito foi resultado da própria sociedade patriarcal, imobilizando a base da sociedade, qual seja, a família, a fim de permitir o sustento e a perpetuação do sistema. A política legislativa que perdurou por muito tempo foi a da não aceitação de entidades familiares diversas.

⁴⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 19

⁴⁸ MORAES, Celina Bodin de. A Família Democrática. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família (5.: 2005: Belo Horizonte, MG) Família e dignidade humana/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família; Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Pg. 617.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Direito Civil Constitucional. 3ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Pg. 66

Contudo, a lei, fruto das mudanças na sociedade, foi gradativamente alterada e, embora o casamento mantenha sua posição privilegiada aos olhos do legislador, não remanesce na obscuridade as outras formações familiares possíveis. Igualmente, o reconhecimento de institutos como o divórcio e as uniões de fato permitiram a libertação da família de suas tradicionais limitações.

1.1. Casamento

*É certo e incontroverso que o casamento é uma instituição histórica, trazendo consigo a carga da tradição e de inúmeros fatores que a ele se agregaram com o passar do tempo.*⁵¹

O casamento civil tem especial posição no Direito de Família por ser o instituto que oficialmente une, aos olhos do Estado, o homem e a mulher em comunhão plena de vida. O Código Civil, em seus artigos 1.511 e seguintes, trata do casamento em seus mais variados aspectos, tais como direitos e deveres dos cônjuges, efeitos patrimoniais, impedimentos e procedimento. Durante muito tempo o casamento foi a única forma de constituição de família legítima, protegida pelo ordenamento jurídico. O conceito de família era identificado com o do casamento indissolúvel, consagrado em todas as Constituições Federais do Brasil⁵².

Belmiro Pedro Welter reconhece que, antes da Constituição de 1988, a natureza jurídica da família confundia-se com o próprio instituto do casamento, o qual possuía, basicamente, um conceito contratual e institucionalizado: a família era hierarquizada, coisificada e monetarizada⁵³. Pode-se comparar tal perspectiva à antiga vontade do Direito Canônico em se formalizar e engessar a família, seja pelos sagrados laços matrimoniais, seja pela sua indissolubilidade após a constituição do vínculo. Tal ponto de vista é, hoje, claramente insustentável, tanto no prisma legislativo constitucional como no social. Com a

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 107.

⁵² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 137.

⁵³ WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Pg. 170 e 171.

evolução da legislação, o casamento não perdeu sua proteção, mas tão somente sua exclusividade como meio de formação familiar.

Com o estudo do tema é perceptível que autores considerados como clássicos, a exemplo de Pontes de Miranda, tomam posições consideradas hoje como conservadoras de certa forma, justamente porque foi o matrimônio a única forma de constituir família. Karin Wolf, fazendo referência ao mencionado autor, disserta que, através dos tempos três caracteres constituíram a expressão “casamento”: biologicamente, é a união entre o homem e a mulher; legalmente, é convenção individual, devido ao consenso e aos pressupostos exigidos; e sociologicamente é a união de sexo protegida pela lei, capaz de efeitos e de prerrogativas, dividindo o legítimo entre o ilegítimo, entre o que é feito dentro da lei e o que se fez fora das raias da legalidade⁵⁴.

O conceito de casamento é uma matéria rodeada por discussões filosóficas, antropológicas e sociológicas. Também existe grande debate sobre a natureza jurídica do instituto, não cabendo dirimir aqui tais questões. Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald demonstram⁵⁵, a título ilustrativo, que muitas são as possíveis definições, apresentando as de autores como Goethe e Schopenhauer⁵⁶. Para o direito, porém, algumas das melhores seriam a de Washington de Barros Monteiro, segundo o qual o casamento é a “união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”, e de Pontes de Miranda, segundo o qual é “a regulamentação social do instinto de reprodução”.

Pela definição legal, o artigo 1.511 do Código Civil afirma que o casamento “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges”. Para maior parte da doutrina, não possui o casamento finalidades específicas e delimitadas, embora autores como Maria Helena Diniz citem certas finalidades matrimoniais,

⁵⁴ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coordenador: Belmiro Pedro Welter, Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 174

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 111.

⁵⁶ Respectivamente, os filósofos conceituam casamento como “base e o coroamento de toda cultura” e “perder metade dos seus direitos e duplicar os seus deveres”. Cristiano de Faria e Nelson Rosenvald ainda citam outras definições, como “a grande escola fundada pelo próprio Deus para a educação do gênero humano”, de Lessing; e “uma ridícula instituição dos filisteus” de Somerset Maugham. Não se tem aqui pretensão de exaurir rica discussão, apenas apontar a dificuldade de se limitar um conceito.

como legalidade das relações sexuais e procriação dos filhos⁵⁷. Embora denominada de modo diferente, esta posição é semelhante àquela citada anteriormente de Pontes de Miranda, ao estabelecer “caracteres” que definem o casamento, como sendo uma união sexual protegida pela lei, em contraposição a qualquer que se tenha “fora” do manto de proteção legal.

A idéia, contudo, não aparece na maior parte da doutrina de direito de família contemporânea; sendo inclusive explicitamente combatida por Cristiano Chaves de Farias e por Nelson Rosenvald. Em crítica direta à própria Maria Helena Diniz, os autores afirmam que esta incorre em grande equívoco, pois o matrimônio não se presta a fins específicos. A título de exemplo, citam que, de acordo com o planejamento familiar, pessoas casadas podem livremente decidir não ter filhos. Para os autores, os quais ainda citam semelhante posicionamento de Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁸, se existe alguma finalidade, ela seria “estabelecer comunhão de afetos” (finalidade não diferente das outras formas familiares)⁵⁹.

O que é importante é a noção de que o casamento foi, por muito tempo, a forma que o legislador encontrou, baseado em legislação e tradições religiosas, para regulamentar e para proteger a família. Essa pretensão acabou, contudo, excluindo da esfera de proteção estatal diversas entidades familiares, as quais, embora com elementos fáticos ou finalidades similares àquelas que se esperava de um casamento, não eram consideradas como família no sentido legal. Ou seja, um sistema criado para legitimação, proteção e regulamentação acabou gerando exclusão por estar em desacordo com a realidade social.

O matrimônio, assim, era a única forma de constituir família juridicamente legítima e protegida. Porém, como se verá, com o advento da Carta Magna de 1988, a noção de exclusividade e supremacia do casamento no direito de família não é mais possível e nem desejável, devendo o direito reconhecer outras possibilidades.

Ainda, quanto à simultaneidade familiar, cumpre constar que um casamento, no direito brasileiro, não pode ser simultâneo a outro. Proscrita, portanto, a bigamia, inclusive por força da lei penal: o Código Penal, ao seu artigo 235, estabelece pena de reclusão, de dois a seis

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 36 e 37.

⁵⁸ Segundo este autor, especificamente, citado por Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, o gênero família comporta várias espécies, dentre as quais o casamento, não cabendo ao Estado regulamentar a forma de comunhão de vida que o casal decide tomar, a exemplo da sexualidade, que é da ordem do desejo, escapando ao normatizável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, cf. Direito de família: uma abordagem psicanalítica, pg. 31.

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 113.

anos, a quem, sendo casado, contrair novo casamento. Para o penalista Júlio Fabbrini Mirabete, o objetivo da lei, ao incriminar a bigamia, é proteger, “como objeto jurídico, no âmbito geral da organização familiar, o casamento monogâmico, regra na quase totalidade dos países da civilização cristã ocidental. A poligamia, e nesta a poliandria, atacam a ordem jurídica nas suas fundamentais exigências referentes às formas de convivência social estabelecidas pelos termos culturais vigentes”⁶⁰.

Já o também penalista José Henrique Pierangeli, enquanto afirma igualmente que o bem jurídico que o legislador quer proteger é a organização da família e a ordem jurídica matrimonial, vai além, explicando que o “conceito de bigamia, quando existir, dependo dos usos e costumes do lugar, principalmente onde ocorre forte influência de religiões que defendem a monogamia”⁶¹.

1.2. Desquite, separação e divórcio

No Brasil, foi gradativamente desaparecendo a noção de que o casamento e a família seriam estáticos e perenes. O exacerbado formalismo e a clara influência religiosa por muito tempo instituíram o casamento como única forma de construção de entidade familiar válida, e, além disso, deveria ser indissolúvel.

Na prática, não era o que acontecia no campo social. Como se sabe, relacionamentos terminam; pessoas entram em conflito e se desentendem. Durante muito tempo, o Direito tentou manter unidas (e formalmente o conseguia) relações que não mais existiam para as pessoas. Em sua vontade de manter uma estrutura estável para a família, acabava por forçar a perpetuação de um vínculo que restava puramente aparente, pois já havia desaparecido o afeto.

O código Civil de 1916 também emprestava ao casamento feição eterna, indissolúvel.

Incorporava, de certa maneira, a máxima canonista “o que Deus uniu o homem não

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 22 ed. rev. E atual. Até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2008. Pg. 04.

⁶¹ PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial (arts. 121 a 361). 2 ed. rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 540.

separa”. Aliás, a disciplina normativa do casamento naquela codificação revelava, sem segredos, a total influência religiosa sobre a relação da família, praticamente repetindo a normatividade canônica⁶².

Inicialmente a solução encontrada foi o desquite, “uma mistura de Direito com tabu”⁶³, a qual ao menos era uma solução normativa onde o casal rompia o matrimônio, sem dissolvê-lo (preservando a indissolubilidade constitucional). Assim, embora o casal se separasse, não poderia constituir nova união: Maria Berenice Dias esclarece que o significado da própria palavra desquite é “não quites”, ou seja, pessoas em débito para com a sociedade⁶⁴.

Mais adiante, com o advento da lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, surgem a separação judicial e o divórcio. A separação foi um instituto criado para substituir o desquite, e, concomitantemente, surgiu o divórcio, instituindo, no Brasil, um sistema binário de dissolução da sociedade e vínculo conjugais⁶⁵. O sistema sempre foi, por muitos, reputado incoerente. Cumpre lembrar que permanece em vigor toda a legislação infraconstitucional acerca da separação judicial, bem como aquelas a respeito da culpa na separação, aspecto que tribunais praticamente deixaram de analisar.

Ocorre que aqui também há divergência doutrinária. A legislação do Código Civil permanece inalterada, enquanto a Emenda Constitucional n° 66 de 13 de julho de 2010 alterou a Constituição, suprimindo as disposições relativas à separação. Agora, apenas consta que o casamento se dissolve mediante divórcio, não sendo mais necessária prévia separação de espera de prazo. Há doutrinadores, entre eles Maria Berenice Dias, que afirmam que tal normal já vigora⁶⁶, apesar de remanescerem disposições do Código Civil com a redação antiga. Porém, não se pode ignorar a Lei que ainda não foi revogada, devendo ser observada nas separações.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 108.

⁶³ COLARES, Marcos. A sedução de ser feliz: uma análise sociojurídica dos casamentos e separações. Brasília: Letraviva, 2000. Pg. 211.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 269

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 19.

⁶⁶ Maria Berenice Dias defende que a Emenda Constitucional 66/2010 entrou em vigor imediatamente, e todas as demandas de separação judicial perderam objeto por impossibilidade jurídica do pedido, nos moldes do artigo 267, VI do Código de Processo Civil. Disserta a autora que tais ações buscam resposta não mais contemplada pelo ordenamento jurídico, vez que a Lei Maior foi alterada. Fonte: DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 106.

Não cabe aqui analisar o mérito de tal discussão, apenas se demonstra que a pretensão de eternidade matrimonial não resistiu à realidade social. Reiterando o que já se afirmou, a família não é estática e nem deve ser tratada legislativamente como tal. A legislação deve evoluir sensível às mudanças sociais, e não visando à supressão da pretensão dos indivíduos que buscam a felicidade e a realização pessoal.

Assim, resta clara a idéia de que o divórcio no Brasil constitui marco relevante na formação histórica de possibilidade de âmbito de existência para famílias simultâneas, ainda que, no tempo da Lei do Divórcio, o reconhecimento de uniões familiares informais se deu sob as vestes do direito das obrigações, entendimento de mudança relativamente recente⁶⁷.

2. Pluralismo familiar constitucional

Historicamente, quando se menciona família, a primeira imagem que vem à mente é a de um pai, uma mãe, ambos casados, e seus filhos. É a clássica concepção da família, desde os tempos do direito romano. Ocorre que, contemporaneamente, não se pode considerar, para efeitos jurídicos, como sendo este o único modelo existente. Não se pode considerar, igualmente, que o conceito de família seja simplesmente identificado com o casamento (conforme as antigas constituições brasileiras faziam).

A doutrina e a lei, atualmente, reconhecem que as relações familiares alcançam múltiplas formas, desde que entre seus componentes exista afeto e *intuitu familiae* (o objetivo de formar uma família, qualquer que seja sua forma). Ou seja, é levado em consideração, ao identificar uma entidade familiar, o sentimento das pessoas que a compõe, e não a ocorrência de formalismos, como casamento, contrato de união estável ou de namoro. Grande parte da doutrina reconhece que esta pluralidade das relações familiares é consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A Constituição de 1988, vindo a instituir democracia em um período após o regime autoritário originado em 1964, “institui marco no direito familiar, tendo ela dado o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira, seja no que diz respeito ao

⁶⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 162

estabelecimento da igualdade, seja no que tange à garantia da liberdade e à imposição da solidariedade”⁶⁸. A autora Maria Celina Bodin de Moraes esclarece que a sociedade brasileira é democrática, e, sendo a família a base da sociedade, a mesma deve ser diretamente considerada democrática também. Como consequência, presentes nela estão os mesmos princípios de igualdade, liberdade e garantias fundamentais, em uma interpretação unificadora do sistema jurídico pátrio.

É recente, pois, a aceitação jurídica brasileira de estruturas diversas do matrimônio como entidades familiares (união estável e família monoparental, por exemplo). A Constituição Federal, em seu artigo 226, §4º, reconhece como entidade familiar a unidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁶⁹. É de extrema importância para o direito de família a noção de que não apenas as uniões matrimoniais gozam de proteção e de regulamentação. Não se poderia conceber posição diferente em uma sociedade democrática, até mesmo pela dificuldade em se classificar arranjos familiares. O ideal é a lei estabelecer proteção a formações que possuam determinados elementos, independentemente de nomenclatura. A abrangência disso é demonstrada por José Carlos Teixeira Giorgis, ao mencionar, em capítulo intitulado “Cardápio das famílias”, diversas formas:

*Assim, a família matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental, pluriparental, paralela e eudemonista; família constituída pelo matrimônio, constituída pela união estável e monoparental; família arcaica, patriarcal, monogâmica, romana, moderna, pós-moderna, consanguínea, punaluana e sindiásmica; ou iroquesa, grega, romana, celta, germânica*⁷⁰.

Há, ainda, o debate sobre o rol de entidades familiares da Constituição, onde se discute se ele é taxativo ou exemplificativo. Apresentando uma bem elaborada análise a respeito do tema, os autores Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald estabelecem que, interpretando-se de forma una a Constituição, não é admissível um sistema familiar fechado, pois, além de contrastar com a evidente realidade social, onde as famílias desenvolvem-se livremente,

⁶⁸ MORAES, Celina Bodin de. A Família Democrática. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família (5.: 2005: Belo Horizonte, MG) Família e dignidade humana/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família; Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Pg. 620.

⁶⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁷⁰ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 31.

tomando as formas que deixam seus membros mais felizes e realizados, também contrariaria a dignidade da pessoa humana⁷¹. A conclusão apresentada pelos autores é a de que “estão admitidas no Direito das Famílias todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior”⁷².

Em outras palavras, mas compartilhando da mesma visão, Maria Berenice Dias:

*Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou, daí a necessidade de se flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações.*⁷³

José Carlos Teixeira Giorgis é categórico ao ensinar que não há dúvidas de que o legislador quis indicar a possibilidade de outras entidades familiares além das do elenco constitucional, o que se deduz pelo emprego de termos que encaminham abrigo maior, não sendo texto taxativo⁷⁴. O mesmo autor registra que um sistema constitucional não é hermético, muito pelo contrário: se pretende ditar princípios regentes de uma sociedade, deve estar aberto às atualizações e às mudanças que essa mesma sociedade venha a apresentar⁷⁵, a fim de não violar seus próprios princípios, tais como a igualdade e a liberdade.

Moacir César Pena Jr. Afirma que a pluralidade das formas da família é um dos princípios norteadores do Direito de Família, segundo o qual não se pode excluir da proteção estatal qualquer forma de representação social das famílias. Para ele, também, o rol constitucional é exemplificativo. A justificativa que apresenta para sua lição é a de que a expressão “constituída pelo casamento” foi suprimida do artigo 175 da antiga Constituição

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 41.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg.38

⁷⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 41.

⁷⁵ *Ibidem*.

Federal (a do ano de 1967/69), passando a tutela estatal para a “família”, ou seja, “qualquer família”⁷⁶.

No mesmo sentido, no Informativo número 625 do Supremo Tribunal Federal, datando de 05 de maio de 2011, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao tecer considerações sobre a união homoafetiva, afirma que a mesma não configura união estável, pois a lei impõe gêneros diferentes, mas ainda assim pode ser considerada uma entidade familiar, através do mecanismo da integração analógica no rol exemplificativo do artigo 226 da Constituição. Analogia, segundo ele, baseada na similitude factual, embora não incidam todas as normas pertinentes à união heterossexual por não se tratar de equiparação. O Ministro chega a afirmar que, mesmo que se negasse a aplicação da analogia, o dispositivo ainda assim mereceria interpretação extensiva, pois a opção sexual está contemplada no direito à liberdade⁷⁷.

A aplicação da pluralidade constitucional encontra especial e interessante importância no que concerne à simultaneidade familiar. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, reconhece:

A unicidade de modelo pode implicar conclusões aberrantes, 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 constitui a prole, a despeito da coexistência afetiva que possa manter com os filhos decorrentes dos diversos relacionamentos.

*Conclusões dessa espécie figuram-se inaceitáveis, todavia, à luz de um sistema jurídico que apreenda a realidade familiar em seu sentido plural e concreto.*⁷⁸

Não mais é possível conceber família na sua acepção religiosa, sempre utilizada pelo Direito Ocidental até pouco tempo. Conforme se demonstrou, a evolução do conceito da entidade familiar e o surgimento da noção de sua pluralidade ocorreram primeiro por um fato sociológico, o qual, apesar dos avanços, ainda vem sendo acompanhado por mudança

⁷⁶ PENA JR., Moacir César. Direito das Pessoas e das Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 16.

⁷⁷ No caso, o Ministro ainda teceu comentários de outras naturezas, especialmente no tocante à injustiça que a Suprema Corte causaria caso se omitisse sobre o tema, negando proteção a minorias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>

⁷⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pgs. 30-31.

legislativa. Ora, basta lembrar as constituições anteriores, as quais ordenavam a indissolubilidade do casamento.

Carlos Alberto Bittar, em sua obra acerca do Direito Civil Constitucional, afirma que a Constituição de 1988 impôs total reformulação no direito de família. Contudo, estabelece que o legislador objetivou diferenciar família de entidade familiar, sendo esta última reunião de pessoas não casadas em situação de estabilidade. A família, portanto, ainda funda-se no casamento, sua fonte natural⁷⁹.

O autor constitucionalista Alexandre de Moraes, embora reconheça a especial proteção que a Constituição estabelece em relação à família, limita-se a afirmar que a Carta Magna define três espécies de entidades familiares, quais sejam, a constituída pelo casamento civil ou religioso, a união estável, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁸⁰.

Já Pedro Lenza, ao também citar a especial proteção concedida à família, reconhece maior amplitude dos dispositivos legais, com a priorização da família socioafetiva, à luz da dignidade da pessoa humana, destacando a função social da família e igualdade absoluta entre cônjuges e entre filhos (§ 5º do artigo 226 e § 6º do 227, respectivamente)⁸¹.

O mesmo autor argumenta, ainda, que ocorreu um aprimoramento do novo sistema, se comparado ao antigo, no qual família monoparental não era entidade familiar e mães solteiras eram extremamente marginalizadas, com fundamento no ultrapassado modelo patriarcal⁸². Ampliado o conceito de entidade familiar e, conseqüentemente, a extensão da proteção do direito familiar, à união estável e à família monoparental são reconhecidos efeitos jurídicos.

Inobstante o respeitável posicionamento dos autores constitucionais, diversos autores do direito de família fazem interpretações mais extensivas das disposições constitucionais. Maria Celina Bodin de Moraes, por exemplo, afirma que o fenômeno familiar, ao deixar de ser unitário, não mais estabelece o casamento como única forma de gerar um grupo familiar, e, ao invés disso, criou um rol exemplificativo na Constituição de 1988, sendo que outras

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito Civil Constitucional. 3ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Pg. 63.

⁸⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. Pg. 845.

⁸¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 12ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 750.

⁸² *Ibidem*.

configurações de família são possíveis e até desejadas⁸³. Interessante ressaltar que, ao estabelecer que o rol constitucional é exemplificativo, e não taxativo, a autora cita como exemplo de formas alternativas de família, igualmente protegidas, as famílias homoafetivas, a adoção de adultos e as famílias concubinas⁸⁴.

Maria Berenice Dias e Fabíola Santos Albuquerque concordam que o novo modelo familiar constitucional está fundado no afeto, na pluralidade e no eudemonismo⁸⁵, com a tônica no indivíduo e em sua busca pela felicidade, retirando o caráter hierárquico, patriarcal e monetarizado concedido à família.

A compreensão da diversidade familiar encontra especial interesse para as uniões de fato, diferenciadas do casamento, as quais adiante serão analisadas. A família deve ser regulamentada, mas não engessada, estagnada. Não se apresenta, pois, como estrutura estática, passível de imutável classificação. A necessidade de uma lei que consiga abranger, sob o prisma da dignidade humana, a multiplicidade dos arranjos familiares, é especialmente perceptível quando se tentam classificar as uniões entre homem e mulher em um Estado Democrático de Direito.

3. Uniões de fato

Nunca foi estritamente delineado o conceito de concubinato, bem como suas classificações. Por óbvio, tal dificuldade decorre da amplitude que os arranjos familiares podem tomar. Conforme já mencionado, o pluralismo familiar constitucional é adotado como uma necessidade de se proteger a família nas suas mais variadas formas, deixando em segundo plano as meras nomenclaturas.

⁸³ MORAES, Celina Bodin de. A Família Democrática. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família (5.: 2005: Belo Horizonte, MG) Família e dignidade humana/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família; Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Pg. 627.

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 41

*Seria ocioso pesquisar uma definição para concubinato. Sua conceituação no Direito varia segundo as situações que se apresentam como fatos jurídicos.*⁸⁶

Considerando o que já foi analisado, não seria errado afirmar que o mesmo se aplica para uniões de fato em geral. Família é um fato social, decorrente da natureza humana, não sendo razoável ter a pretensão de rotular todos os arranjos familiares em grupos, pois todos são únicos, todos têm suas peculiaridades. O individualismo humano acaba sendo imprimido da família, e não poderia se esperar resultado diferente, pois é na família que as pessoas formam sua mais básica estrutura de vida.

A legislação infraconstitucional atual, em suma, reconhece duas formas de uniões de fato: o concubinato e a união estável. O primeiro é a relação não eventual entre homem e mulher, sendo ao menos um desses impedidos de casar, relação desprovida de efeitos jurídicos. A segunda é a união entre o homem e a mulher, pública, contínua e duradoura e com o objetivo de formar família.

Ao tratar da matéria, Sérgio Gischkow Pereira afirma que a diferença resta indubitosa frente à redação do novo Código Civil, onde união estável e companheirismo são sinônimos e o concubinato tem significado próprio, não mais permitindo a identificação entre ambos que a melhor doutrina brasileira apresentava, bem como a jurisprudência⁸⁷.

Importante notar que ambas são uniões de fato, desprovidas de formalidades, e, no caso do concubinato, desprovido também de efeitos jurídicos. Pertinente, portanto, análise das diferenças entre os institutos, pois, quando uma união varia entre um e outro em sua classificação legal, ainda que por tênues elementos, suas consequências jurídicas podem acabar sendo muito diversas, tendo em vista que a união estável é regulamentada e equiparável ao casamento⁸⁸, enquanto o concubinato é relegado à indiferença legal.

⁸⁶ PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho. O concubinato no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pg. 11.

⁸⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 192

⁸⁸ Conforme se verá no capítulo dedicado à união estável, nem toda a doutrina a equipara ao casamento, a exemplo de Maria Helena Diniz e Áurea Pimentel Pereira.

3.1. Concubinato

Antes do Código Civil de 2002 entrar em vigor, a doutrina, basicamente e de modo geral, classificava o concubinato em puro e impuro, sendo o primeiro aquele que ocorria sem impedimentos matrimoniais, usado como sinônimo de união estável; enquanto o segundo, também chamado adúltero, ocorria com inobservância desses impedimentos.

*Segundo define Clóvis, concubina “é a mulher que vive em união ilícita mais ou menos duradoura” e o concubinato, na lição de Pontes de Miranda, “é a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putativo”.*⁸⁹

Adahyl Dias, em obra que data de 1961, ao citar o posicionamento de dois renomados juristas, afirma que o concubinato somente difere do matrimônio pela legitimidade deste frente à legislação civil, pois o concubinato é imitação do matrimônio, não ocorrendo pressuposto de ato civil ou vinculatorio, acontecendo por pura vontade das partes⁹⁰.

Também há a classificação do concubinato entre dois sentidos: amplo ou lato, ou estrito. O primeiro, onde a doutrina mais antiga diz ser voltado para a concubinagem⁹¹, é toda a união sexual livre⁹². Álvaro Villaça Azevedo afirma, contudo, que a “concubinagem” pode chegar a abranger relacionamentos e convivências reprováveis⁹³.

Já o concubinato em sentido estrito, sinônimo de concubinato puro, “assume as exatas feições da união estável como concebida pela legislação protetora”⁹⁴. Para Fabrício Matielo, as Leis 8.971 e a 9.278 trataram precisamente do concubinato em sentido estrito. Assim,

⁸⁹ DIAS, Adahyl Lourenço. A concubina e o direito brasileiro. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. Pg. 52.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*. Pg. 53.

⁹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 161.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ MATIELO, Fabrício Zamprognia. União estável: concubinato, repercussões jurídico-patrimoniais doutrina jurisprudência e prática, incluindo Lei 8.971/94 e 9.278/96. Porto Alegre: SAGRA LUZZATTO Editores, 1997. Pg. 24.

como características, estabelece requisitos como prolongamento no tempo, estabilidade, coabitação, entre outros⁹⁵.

A doutrina clássica, porém, resta em parte prejudicada, em termos de nomenclatura, pela nova legislação civil, o qual diferencia expressamente união estável de concubinato. O artigo 1.727 do Código Civil de 2002 diz ser concubinato a união não-eventual entre homem e mulher impedidos de casar. Trata-se, portanto, do antigo concubinato impuro ou adúlterino⁹⁶. Maria Helena Diniz, na tentativa de adequar os antigos termos nas novas leis, ensina que concubinato é gênero no qual a união estável é espécie; união de fato e concubinato são sinônimos, sendo que podem ainda ser divididos entre puro (artigos 1.723 a 1.726 do Código Civil) e impuro (artigo 1.727), onde o primeiro é a união estável e o segundo, atualmente, simplesmente “concubinato”⁹⁷.

A Constituição, contudo, não fez a mesma distinção. Em dura crítica à redação da Constituição Federal de 1988, Áurea Pereira Pimentel afirma que, ao se reconhecer união de fato como entidade familiar, sem necessidade de prole e nem de vínculo matrimonial, foi a verdadeira constitucionalização do concubinato, “sabidamente estabelecido à margem da lei, nele reconhecendo a existência de uma relação de direito de família com absoluta desatenção ao magistério de Pontes de Miranda, forte a registrar que: ‘o concubinato não constitui no direito brasileiro instituição de direito de família’ (Autor citado, Tratado de Direito de Família, vol. I, p. 55)”⁹⁸.

O Código Civil é omissivo quanto aos efeitos jurídicos do concubinato, limitando-se a diferenciá-lo da união estável (e somente por um requisito, qual seja, ausência de impedimentos matrimoniais). Portanto, permanecem sem solução legal, no âmbito do Direito de Família, situações como, por exemplo, a da concubina que contribui para aquisição de patrimônio. A inexistência de solução para problemas desse tipo pode gerar situações de extrema injustiça. Sérgio Gischkow Pereira, reconhecendo tal possibilidade, afirma:

Se não houver sido onerosamente adquirido patrimônio durante o concubinato, ou se o concubino não puder provar que contribuiu para aquela aquisição,

⁹⁵ FARDIN, Noemia Alves. Aspectos sociojurídicos da união estável Concubinato. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

⁹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 421.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 368 e 369..

⁹⁸ PEREIRA, Áurea Pimentel. União estável Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pg. 82.

*lamentavelmente se deverá retornar à indenização por serviços domésticos prestados. Digo lamentavelmente porque sei o quanto há de vexatório, de vergonhoso neste caminho. Ocorre que não há outra solução!*⁹⁹

Frente à problemática situação, a qual poderá levar a grandes injustiças, o STF criou, em abril de 1964, a súmula de número 380¹⁰⁰, segundo a qual os concubinos, constituindo sociedade de fato, podem pedir a sua dissolução judicial, partilhando o patrimônio adquirido com esforço comum. Solução semelhante foi concedida pela jurisprudência às uniões homoafetivas (considerando sociedade de fato nos moldes do direito civil) durante muito tempo, a fim de excluir essas uniões da esfera do Direito de Família. Esse entendimento, em relação à união homossexual, não mais é cabível, tenho inclusive o Supremo Tribunal Federal se pronunciado recentemente sobre a matéria; e quando ao concubinato, considerando o uso do termo como relativo a uniões estáveis paralelas, também ocorreram avanços jurisprudenciais, o que será adiante analisado.

Ainda, há autores que defendem que, nos moldes atuais, não merece o concubinato apoio de órgãos públicos ou da sociedade, como é o caso de Álvaro Villaça Azevedo, ao afirmar que “entendo que deste não deve surtir efeito, a não ser ao concubino de boa-fé, como acontece, analogamente, com o casamento putativo, e para evitar-se locupletamento ilícito”¹⁰¹.

O que se observa, aqui, é uma verdadeira confusão doutrinária e legal quanto aos termos utilizados, pois o concubinato, reputado como impuro, frequentemente é tido como mera relação carnal paralela a relacionamento compromissado, com quebra do dever de fidelidade. Na maioria das vezes não é considerada a possibilidade de uma relação com todas as características de uma união estável (um concubinato puro), exceto pelo impedimento matrimonial – quando os autores apresentam caso similar, utilizam a solução da analogia ao casamento putativo. A proposta de possível solução para este problema é apresentada pelo estudo da simultaneidade familiar na perspectiva da conjugalidade, conforme se verá adiante.

⁹⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 199

¹⁰⁰ Súmula 380: comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido com esforço comum.

¹⁰¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 424.

3.2. União estável e sua situação legislativa atual

Como visto, a partir da Constituição Federal de 1988 foi possível reconhecer uniões estáveis como entidades familiares, e, conseqüentemente, ao legislador infraconstitucional foi possível regulamentar a matéria. Primeiramente, o fez na Lei 8.971/94; após, pela Lei 9.278/94; e, atualmente, a matéria está presente no Código Civil, artigos 1.723 e seguintes.

A Lei 8.971/94 pecou pela atecnia¹⁰², podendo a doutrina apenas concluir que a união estável seria a convivência, por mais de cinco anos, ou que tenham filhos, entre homem e mulher não impedidos de casar, ou separados judicialmente, enquanto não constituírem nova união¹⁰³.

Hoje, o conceito de união estável encontra-se no artigo 1.723 do Código Civil, o qual revogou o art. 1º da lei 9.278/96¹⁰⁴. Seus requisitos serão adiante analisados.

Uma importante discussão no prisma da união estável é acerca da possibilidade, ou não, de equiparação dela com o casamento. Maior parte da doutrina não chega a mencionar objetivamente se existe ou não a equiparação, porém convergem no sentido de que o legislador concedeu ao instituto proteção igualitária àquela da família constituída pelo casamento, sem, contudo, confundir os institutos¹⁰⁵.

O autor Belmiro Pedro Welter, contudo, apresenta clara e objetivamente sua conclusão de que a Constituição de 88 e as leis elevaram a entidade familiar ao mesmo patamar do

¹⁰² Vários são os autores que criticam a redação da Lei 8.971/94, porém os que apresentam críticas mais objetivas são Álvaro Villaça Azevedo e Moacir César Pena Jr. Maria Berenice Dias direciona sua principal crítica ao preconceito que o legislador de 94 ainda mantinha, pois deixou explícito que somente permitiria união estável entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, viúvas ou divorciadas, em adição ao prazo mínimo de cinco anos ou existência de prole.

¹⁰³ Art. 1º - A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

¹⁰⁴ Em virtude de tal revogação, inclusive, a ADI 3.300 foi extinta sem resolução de mérito pelo Ministro Celso de Mello. A ação foi ajuizada pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, visando à declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.278/96, pois o mesmo estabeleceu que união estável só poderia ocorrer entre homem e mulher. Embora extinta a ação, o Ministro mencionou em comentários de passagem que é importante discutir o tema das uniões homoafetivas. Fonte: LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 751.

¹⁰⁵ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. Efeitos patrimoniais do concubinato. São Paulo: Saraiva, 1997. Pg. 34.

casamento, “pois os companheiros recebem os mesmos deveres e direitos do casamento”¹⁰⁶, e portanto merecem o mesmo tratamento jurídico e social. O mesmo autor, ainda, colaciona doutrina e jurisprudência das cortes superiores, citando, especialmente, Basílio de Oliveira, segundo o qual a união extramatrimonial, enquanto entidade familiar, se iguala constitucionalmente ao matrimônio¹⁰⁷; e Paulo Brossard, ao reconhecer que a lei das leis despacha tratamento praticamente igual à união estável, dado o seu caráter de entidade familiar¹⁰⁸.

A comunidade jurídica insistiu por quase 100 anos para convencer o legislador da igualdade entre casamento e união estável, ambas como forma de ser-em-família, e não uma sociedade comercial (...). A expressão entidade significa aquilo que constitui a essência de um ser, que é a existência, com o que a entidade familiar é a essência, a existência da família. Ora, se a essência, a existência do casamento e da união estável é a família, significa que ambas são entidades familiares com as mesmas indumentárias jurídicas¹⁰⁹.

Arnaldo Rizzardo reconhece que “alcançou, desde décadas passadas, uma relevância tão elevada a união estável que não se coloca em inferioridade ao próprio casamento”¹¹⁰. Interessante que, para sustentar sua afirmação, cita o mesmo pensamento que Belmiro Pedro Welter, de autoria de Virgílio de Sá Pereira, acerca da formação natural das famílias¹¹¹.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, embora não tratem especificamente da questão, ensinam que “toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará em negar proteção à pessoa humana”¹¹².

¹⁰⁶ WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da união estável. Porto Alegre: Síntese, 1999. Pg. 14.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Pg. 282.

¹¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 911.

¹¹¹ A referida citação de Virgílio de Sá Pereira é encontrada em ambas as obras de Rizzardo e de Welter, segundo a qual “família é um fato natural. Não o cria o homem, mas a natureza. Quando um homem e uma mulher se reúnem sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, ali está uma família. Passou por lá o juiz com sua lei, ou o padre com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força de apagar o fato natural”.

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 429.

As críticas mais severas a esses posicionamentos partem de Maria Helena Diniz e de Áurea Pimentel Pereira. A primeira, afirma que ao matrimônio contrapõe-se a união estável¹¹³, e, considerando que a família ainda está fundada no casamento, tal união deve apresentar de forma precisa e estrita os requisitos legais.

Já a segunda afirma que “de absoluta inadequação foi ter-se disposto, a respeito de união de fato, em capítulo dedicado à família legítima, fruto do casamento, vale dizer: a família tradicional brasileira alicerçada em princípios éticos de formação, base da sociedade, sabidamente constituída com absoluto respeito aos regramentos da lei”¹¹⁴. Para a autora, de forma alguma merece uma união de fato ser tratada da mesma forma que uma união matrimonializada, pois somente esta última é legítima aos olhos do Estado.

Na mesma esteira de seu raciocínio, Áurea Pereira cita Milton Fernandes, segundo o qual a norma pretendeu dar *status* jurídico ao concubinato, mas o reconhecimento da esdrúxula entidade familiar não o transformou em um casamento de segunda classe, pois continua mera situação de fato¹¹⁵; e Luiz Roldão de Freitas Gomes, para o qual a elevação, à categoria de Direito de Família, em plano Constitucional, da união estável, fruto do concubinato, destoaria da tradição de sua existência e da própria concepção nos usos e hábitos dos povos¹¹⁶.

Portanto, pode-se afirmar com segurança que a doutrina majoritária é no sentido de conferir igual proteção jurídica à união estável daquela concedida ao casamento, não sendo uma entidade familiar rebaixada por ausência de formalidades legais. Cumpre ressaltar, porém, que a igualdade que aqui se trata é no sentido de proteção jurídica e de elevação ao caráter de entidade familiar, e não ao modo de constituição da união¹¹⁷. Caso contrário, desde já seria impossível a consideração da simultaneidade familiar na perspectiva da conjugalidade, tendo em vista a inviabilidade da existência de casamentos simultâneos (inclusive, como já se viu, por força de lei penal).

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 354.

¹¹⁴ PEREIRA, Áurea Pimentel. União estável Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pg. 20 e 21.

¹¹⁵ *Ibidem*. Pg. 20.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Ainda, existem várias diferenças legais pontuais entre casamento e união estável, como o artigo 5º, inciso II do Código Civil, por exemplo, o qual estabelece que o casamento faz cessar a incapacidade de menores. Contudo, a análise mais aprofundada de tais hipóteses não é pertinente no tema proposto

3.3. Requisitos da união estável

Tanto o artigo 1723 do Código Civil como o artigo 1º da lei 9.278 estabelecem, em textos extremamente semelhantes, diversos requisitos para que a união estável seja caracterizada. A lei, no geral, comporta diversas interpretações, dado o caráter subjetivo e impreciso que o legislador adotou. Doutrina e jurisprudência apresentam, por vezes, interpretações distintas dos requisitos. Rodrigo da Cunha Pereira, demonstrando uma visão global do Direito de Família, reconhece a dificuldade:

Definir união estável não é muito simples, até porque também não é nada simples, na atualidade, o conceito de família. Aliás, é este o grande desafio do Direito de Família contemporâneo. Definir união estável começa e termina por entender o que é família. A partir do momento em que a família deixou de ser, essencialmente, o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas representações sociais para ela.¹¹⁸

Sérgio Gischkow Pereira, mais especificamente sobre o conceito legal, também comenta a nebulosidade do tema:

Sobre o conceito de união estável, contido no art. 1723, caput, do Código Civil, é vago e amplo.¹¹⁹

Isso ocorre porque, conforme já foi mencionado, o que importa na união estável não é formalismo legal, mas sim uma situação de fato. É com uma análise dos diversos elementos de um caso concreto que é possível para o julgador decidir acerca da existência, ou não, da união estável. O que a lei realiza, assim, é a enumeração de requisitos objetivos, porém, de todo essencial é a existência do vínculo de afetividade entre as partes e dos elementos cernes de uma entidade familiar.

Um dos elementos mais polêmicos, bastante debatido, é o objetivo de constituir família, o que era de se esperar, dada sua subjetividade. Os autores Cristiano Chaves Farias e

¹¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 220.

¹¹⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 192.

Nelson Rosenvald chegou a dissertar que os demais elementos podem ser recebidos de forma acessória, pois a existência deles sem a companhia do *animus familiae* impede o reconhecimento da união estável¹²⁰. Os mesmos autores dividem os requisitos entre objetivos e subjetivos, sendo que os primeiros são representados por diversidade de sexos, estabilidade, publicidade, e inexistência de impedimentos nupciais, sendo a intenção de constituição de família o subjetivo.

Já autores como Maria Helena Diniz e Áurea Pimentel Pereira apresentam-se muito mais objetivos quanto aos requisitos. A primeira, por exemplo, afirma que a Constituição Federal conservou a família fundada no matrimônio, e estende proteção jurídica à união estável, se esta for passível de ser convertida em casamento, o que imediata e categoricamente exclui a possibilidade de uniões entre pessoas do mesmo sexo ou contraídas sem observância de impedimentos¹²¹.

A compreensão dos requisitos caracterizadores da união estável é absolutamente essencial à análise da possibilidade da existência de concomitância das uniões (seja entre si, seja entre casamento). Como exemplo, lembra-se do recente Acórdão de julgamento do Recurso Especial 1.107.192, cujo voto da Relatora Sra. Min. Nancy Andrighi, divergindo de seu colega Sr. Min. Massami Uyeda, negou o reconhecimento de união estável de 30 anos, com quatro filhos, paralela a um casamento, com base unicamente na ausência do requisito subjetivo, o objetivo de constituir família. Segundo a Ministra, tal ausência estaria demonstrada pelo fato de que houve continuidade da relação matrimonial paralela, e a concomitância de ambas excluiria automaticamente o requisito.

Cabível ressaltar que apenas serão analisados os principais requisitos apontados doutrinariamente, pois frequentemente alguns autores divergem nesse ponto. Por exemplo, Arnaldo Rizzardo e Álvaro Villaça Azevedo (embora este o flexibilize em certas situações¹²²) citam ser necessária coabitação, apesar da existência de súmula do STF em sentido contrário, qual seja, a n° 382¹²³; Maria Helena Diniz, além da coabitação, a fidelidade ou lealdade, e não

¹²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 354.

¹²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 400.

¹²³ Segundo a referida Súmula, “a vida em comum sob o mesmo teto “more uxorio” não é indispensável à caracterização do concubinato. Por datar de 1964, a expressão utilizada ainda era “concubinato”, porém a referência é à atual união estável, antigo concubinato puro, conforme já analisado.

cita continuidade e durabilidade. Assim, focar-se-á nos aspectos onde há certeza legislativa e maior concordância tanto na doutrina como na jurisprudência, ou seja, publicidade, continuidade e durabilidade, *intuitu familiae*, diversidade de sexos e ausência de impedimentos matrimoniais.

Rodrigo da Cunha Pereira, em esclarecedor ensinamento, disserta que “se faltar um dos elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se. Os elementos intrínsecos e extrínsecos, objetivos e subjetivos, em cada caso concreto, são os que nos ajudarão a responder se ali está caracterizada, ou não, uma união estável”¹²⁴.

Tendo em vista a evolução conceitual e constitucional até o presente momento demonstrada, o importante é a interpretação dos requisitos da união estável tendo em vista a prescindibilidade de formalismos legais na formação de uma entidade familiar, dado o pluralismo reconhecido pela Constituição; e, ao mesmo tempo, a não mercantilização do instituto, devendo ser evitado o reconhecimento de uniões pouco compromissadas, como namoros ou relacionamentos sexuais casuais¹²⁵.

3.3.1. Publicidade

O artigo 1723 do Código Civil (assim como o antigo artigo 1º da lei 9.278) estabelece como requisito para reconhecimento de união estável a convivência pública. A partir de tal determinação legal foi estabelecida a idéia de publicidade. Maior parte da doutrina considera que, para caracterização de união pública, basta que os companheiros apresentem-se, em seu meio social, como se fossem casados.

¹²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 221.

¹²⁵ Como se verá, de certa forma, cada requisito contribui ao seu modo para a finalidade de impedir a mercantilização das famílias. De fato, é necessário afirmar que os requisitos devem ser cuidadosamente observados a fim de não submeter relacionamento pouco compromissado à tutela do Direito de Família.

A jurisprudência relativa à publicidade é escassa nas cortes superiores, pois é um requisito de averiguação muito mais objetiva do que os outros, dependendo da análise de provas. Ressalta-se, desde já, que o mesmo ocorre com os requisitos de continuidade e de durabilidade. No máximo, em acórdãos do STJ e do STF, encontramos passagens de decisões dos tribunais *a quo*. A título de exemplo, transcreve-se trecho de Decisão Monocrática (relativa ao Agravo de Instrumento número 787.018/RS) proferida pelo Ministro Gilmar Mendes e publicada em 16 de setembro de 2010:

Além disso, o acórdão recorrido decidiu que: “A mãe de Maurício aparece em foto revelando intimidade com a autora (fl. 58) Maria Odete (fl. 200) e Carla Simone (fl. 201) dão efetiva publicidade à união entretida entre Maurício e a autora. Atestam a convivência entre marido e mulher, a acompanhamento da autora em clínicas para acompanhar o varão e, inclusive, a transferência do título de eleitor de Maurício da capital para a cidade da Canoas, a atestar a efetiva intenção do domicílio nesta cidade. Tudo está a revelar que houve, efetivamente uma união estável entre Maurício e a autora, ainda que, nas circunstâncias fáticas, não tenha o varão se desvinculado, completamente, da residência mantida com Iarahy, pelas circunstâncias referidas.” (fl.55/v). Para entender de forma diversa, faz-se imprescindível a revisão dos fatos e provas analisados, o que não é possível nos termos da jurisprudência desta Corte.

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha de pensamento, segundo a qual tais requisitos são objetivos, dependendo de prova. Assim, a verificação do tipo de relação entre as partes depende da análise de provas, o que não enseja recurso especial nos termos da súmula nº 7 da mesma Corte¹²⁶. Nesse sentido, Recurso Especial nº 982664/RJ, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, publicado em 15 de abril de 2011:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS. RECONHECIMENTO INCONTROVERSO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCABIMENTO DO PLEITO INDENIZATÓRIO. PRECEDENTES. I. O exame acerca da natureza da relação estabelecida entre os litigantes demanda incursão em matéria fática da lide, vedada nos termos da Súmula 7 do STJ. II. Nos termos da jurisprudência da 4ª Turma do STJ, a companheira faz jus à

¹²⁶ STJ Súmula nº7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

indenização pelos serviços prestados pelo período de vida em comum (REsp 331511/SE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 17/05/2004 p. 228). III. Recurso especial provido para determinar que o tribunal de origem examine o pleito de indenização por serviços prestados pela companheira.

Nos Tribunais locais, também o requisito é analisado predominantemente no campo probatório, com a diferença de que, conforme se verá, acompanha-se a doutrina no sentido de que não se exige apenas publicidade, mas sim notoriedade. Ou seja, não é apenas uma exposição do casal, mas sim o conhecimento, por parte dos membros de seu meio social, de que a união ocorre. Nesse sentido:

UNIÃO ESTÁVEL. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. 1. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis. 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta inquestionável a affectio maritalis. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70032235574, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20/10/2010).

Para a doutrina, tem-se que objetivo fundamental da lei, ao estabelecer esta condição, foi o de não reconhecer como entidade familiar uniões pouco compromissadas. Em um namoro, por exemplo, ou mesmo quando um casal fica junto por maior período, mas sem assumir compromissos de fidelidade entre si, não serão vistos publicamente como se casados fossem, nem sequer apresentados aos seus respectivos círculos sociais e familiares com títulos de marido ou de esposa.

Indo além do sentido literal de “público”, Maria Berenice Dias esclarece que o que a lei efetivamente quis comunicar foi a necessidade de notoriedade, e não de publicidade, sendo que os dois conceitos não se confundem:

*O que a lei exige com certeza, é a notoriedade. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público. A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros (...)*¹²⁷

Ou seja, a união deve ser conhecida pelos integrantes do meio social em que os companheiros vivem, ainda que o casal seja discreto em relação a isso. É possível que, para um observador objetivo, aparentemente a união não seja pública, porém, as pessoas daquele meio social sabem que ela ocorre, por ser notória, suprindo, assim, o requisito da publicidade.

É certo que a idéia de publicidade estabelecida pela lei também deve levar em consideração o direito à privacidade das pessoas, não sendo necessária desmedida propagação, a todo tempo e lugar, sobre o relacionamento amoroso e opções afetivas¹²⁸. Basta que o meio social tenha conhecimento da união e de que ela tenha aspectos fáticos de casamento (pois a união estável é desprovida das formalidades matrimoniais).

*O requisito da publicidade deve ser visto com uma certa cautela, até pelo respeito que se deve ter à vida privada das pessoas. Há companheiros que se mostram de forma ostensiva no meio social, outros preferem não se fazerem notar com tanta intensidade. (...) O importante é que a relação afetiva não tenha caráter clandestino e não passe despercebida perante os olhos da sociedade.*¹²⁹

Por fim, releva-se que Carlos Eduardo Ruzyk é um dos únicos autores que trata dos possíveis desdobramentos da publicidade na múltipla conjugalidade, ponto que merecerá consideração também mais adiante. Para ele, a fim de ser reputada como família, a união não necessita ser efetivamente conhecida por todos os sujeitos que compõe o núcleo familiar a ela simultâneo¹³⁰. Nas palavras do autor, “se o núcleo de coexistência fundado no afeto tiver ampla recognoscibilidade no meio social em que se insere essa circunstância, será bastante para que possa ser reputado como família”¹³¹.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 161

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 453.

¹²⁹ PENA JR., Moacir César. Direito das Pessoas e das Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. Pgs. 148-149.

¹³⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 185.

¹³¹ *Ibidem*.

3.3.2. Continuidade e durabilidade

Antes de ser revogada pela lei 9.278 de 1996, a antiga lei 8.971 de 1994, embora não estabelecesse requisito de continuidade ou durabilidade, comandava a observância de convivência de cinco anos entre os companheiros para caracterizar união estável. Ou seja, a uma união que deveria ser marcada pela relação de fato, desprovida de formalismos, tentou o legislador estabelecer um prazo mínimo. Ainda que revogado tal dispositivo, Arnaldo Rizzardo alerta que o consagrado costume de estabelecer um prazo mínimo de mais ou menos cinco anos servirá como referencial, ainda que subjetivo, à caracterização das uniões, na busca de um delineamento objetivo¹³². Todavia, hoje é consolidado na doutrina que não é necessário prazo mínimo para caracterizar união estável, mas tão somente a continuidade e a durabilidade do vínculo.

O ideal, portanto, é que a convivência se prolongue no tempo, o que demonstra compromisso e vínculo de caráter familiar entre os indivíduos. O que manifestamente se combate aqui é, em semelhança aos outros requisitos, mas talvez com maior intensidade neste específico, a mercantilização do instituto da união estável, não podendo confundir um namoro qualquer com uma entidade familiar.

A jurisprudência, porém, é variada – o que era de se esperar em um tema subjetivo, dependendo de caso concreto. Conforme já se viu, o requisito depende muito mais de provas no caso concreto do que de interpretações jurídicas de seu sentido, portanto, as Cortes Superiores não se manifestam sobre o tema especificamente. O que é mais controvertido, e será analisado mais adiante, são relações com todos os seus elementos e que ainda assim não são reconhecidas, como a do Recurso Especial 1.157.273/RN, na qual havia uma relação de 9 anos; e do Recurso Especial 1.107.192/PR, onde a união perdurou nada menos do que 30 anos, sendo que ambas não foram reconhecidas, apesar de possuírem todos os requisitos que a doutrina considera como essenciais, em virtude da simultaneidade presente nos casos.

Assim, busca-se maior discussão do requisito específico nos Tribunais locais, e um bom exemplo da mencionada variabilidade de possibilidades é o processo nº 70029505435¹³³,

¹³² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 913.

¹³³ APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E PARTILHA DE BENS. UNIÃO QUE PERDUROU POR CURTO ESPAÇO DE TEMPO QUE INTERMEDIOU O

onde foi reconhecida uma união estável com duração de aproximadamente três meses. Analisando unicamente o requisito temporal, pode-se pensar que resta impossibilitado o reconhecimento de uma entidade familiar tão curta. Porém, não depende somente da durabilidade a formação familiar. No caso citado, ainda a título de exemplo, ficou reconhecida a união de agosto de 2004 (nascimento do único filho) a outubro de 2004 (morte do companheiro/genitor), comprovando-se que as partes somente passaram a residir juntas em maio de 2004. É certa, porém, a inexistência de tempo fixo para a união, o que explicitamente se afirma nos Embargos Infringentes de nº 70013335476¹³⁴, desde que a convivência fática se dê aos moldes de uma união estável em seus aspectos gerais.

Em sentido contrário, também se encontra jurisprudência. Por exemplo, a Apelação nº 994.08.123325-0¹³⁵ julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em junho de 2010, não reconheceu como entidade familiar um relacionamento que perdurou de junho de 1998 a fevereiro de 2005 (cerca de seis anos e seis meses). Novamente, os motivos da decisão têm

NASCIMENTO DO FILHO (AGOSTO DE 2004) E O ÓBITO DO GENITOR (OUTUBRO DE 2004). RECONHECIMENTO SOMENTE DESTE PERÍODO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE BENS. Das provas colhidas evidencia-se que a **união estável** do casal perdurou por curto espaço temporal, somente desde o nascimento do filho, ocorrido em agosto de 2004, até o óbito do genitor, em outubro de 2004. O fato de a criança ter sido concebida por óbvio em momento anterior não autoriza a presunção da **união estável** do casal desde então, pois não demonstrados os requisitos autorizadores da sua caracterização, notadamente os da publicidade, **durabilidade** e continuidade. Não havendo bens adquiridos neste período pelos conviventes, nada há para ser partilhado. Pedidos sucessórios que devem ser formulados em ação própria. **APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (SEGREDO DE JUSTIÇA)** (Apelação Cível Nº 70029505435, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 14/10/2009). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/>.

¹³⁴ **EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA FORMAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR.** 1. Sobrevieram aos autos suficientes elementos para sustentar a alegação da recorrente de que manteve com o de cujus uma **união estável**, circunstância admitida pela ex-esposa, não obstante o relacionamento ter ocorrido por **período** inferior ao mencionado pela autora. 2. O fato de o convívio ter durado pouco mais de um ano não obsta o reconhecimento da **união estável**, até porque a ruptura se deu pela abrupta morte do varão e a legislação em vigor não impõe a necessidade de adimplemento de certo **prazo** de convivência para que as relações fáticas sejam qualificadas como uniões estáveis. **PROVERAM, À UNANIMIDADE. (SEGREDO DE JUSTIÇA)** (Embargos Infringentes Nº 70013335476, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 09/12/2005).

¹³⁵ **APELAÇÃO - RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PEDIDO DE PARTILHA DE BENS.** Ação ajuizada por ex-esposa buscando ver reconhecida união estável com o ex-marido em período que se seguiu ao divórcio dos litigantes - Improcedência, com condenação da autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da ação, corrigido desde o ajuizamento pela TPTJSP - Inconformismo da autora insistindo no reconhecimento da alegada união Relacionamento que, segundo provas dos autos, não chegou a constituir entidade familiar - Improcedência mantida na ausência de "animus familiae" - Litigância de má-fé da autora sustentada em contra-razões do apelo principal. Não caracterização - Sanção que não se justifica se não evidenciado comportamento desleal da parte - Negado provimento ao apelo principal, da autora". "RECURSO ADESIVO - Pedido do réu de fixação da verba honorária em 20% do valor atribuído à causa Majoração que não se justifica no patamar almejado, dada a natureza da ação e o curso do processo, sem maiores incidentes - Elevação da verba para 15% do valor da causa suficiente para remunerar condignamente o trabalho desenvolvido pelo patrono do réu - Recurso adesivo provido em parte".

como base requisitos diversos - no caso, foi considerado que somente a apelante visava à construção de família, enquanto para o apelado o relacionamento era um simples namoro, inexistindo ânimo marital definitivo.

Outra esfera controvertida é a análise da continuidade em sua forma de convivência linear no tempo. Sérgio Gischkow Pereira possui a crítica mais clara e objetiva sobre o tema específico, apresentando, inclusive, um exemplo onde resta inequívoca a imprecisão legislativa e a necessidade da análise de um caso concreto em todos seus elementos:

O que se entende por convivência duradoura? (...) Levada ao extremo a continuidade, teríamos o problema como o que segue: depois de trinta anos de indiscutível união estável, o casal conflita e fica separado, sem qualquer contato, por dois anos; após, restabelece a convivência; teria iniciado uma nova união estável? Dificilmente um magistrado deixará de considerar, futuramente, a união estável como uma só, apesar da quebra na continuidade¹³⁶.

No entender de Rolf Madaleno, a continuidade confere caráter de estabilidade à união, não sendo aferida por tempo de duração, mas pela qualidade da convivência, gerando a sensação de que os companheiros vivem em inequívoca entidade familiar¹³⁷. No caso de eventuais separações fáticas, a estas deve seguir reconciliação, demonstrando intento de formar família por desejo mútuo¹³⁸.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald reconhecem que na própria idéia de “estabilidade” da união estável já está inserida a noção de que a união deve ser prolongada no tempo, com feição não acidental e nem momentânea¹³⁹. Mais especificamente sobre a continuidade, os autores compartilham da opinião de que continuidade não é sinônimo de perpetuidade, mas apenas suficiente para que as partes vivam como se casadas fossem. Não é qualquer interrupção que compromete o vínculo familiar, pois é certo que eventuais desentendimentos e conflitos pessoais são inerentes à vida em comum, e desavenças podem ser seguidas de breves rupturas, porém havendo de modo breve a reconciliação do casal¹⁴⁰.

¹³⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 192.

¹³⁷ MADALENO, Rolf. Direito de Família em Pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 67.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 451 e 452.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

*O que deteriora o vínculo afetivo é a ruptura séria, quebrando a base objetiva (que é a convivência) e a subjetiva (a intenção de continuar comprometido à outra pessoa) do relacionamento*¹⁴¹.

3.3.3. Objetivo de constituir família

Conforme já ressaltado, talvez seja o objetivo de formar família o requisito eivado de maior subjetivismo¹⁴². Alguns autores tentam concebê-lo objetivamente, com conceitos mais simples, porém bem abrangentes. Por exemplo, Arnaldo Rizzardo, segundo o qual é o ânimo, a intenção de formar sociedade familiar, com esforços, trabalhos e bens para a entidade familiar¹⁴³. Para Rolf Madaleno, ao ressaltar que formar família não mais significa casar, “constituir família do ponto de vista da união estável se inicia no amor que tratou por primeiro de unir casal heterossexual, e em associação de propósitos e de fins comuns, para dali em diante, afeiçoados, determinarem por seu diuturno convívio um conjunto já preexistente de direitos e obrigações. (...) Pretende realmente constituir família, à semelhança do casamento e em plena comunidade de vida, e realizarem uníssonos o propósito de viver um pelo outro”¹⁴⁴.

Em um caso concreto, assim, será reconhecida a intenção do casal através de suas ações no plano dos fatos, dentre as quais, exemplificativamente, Euclides de Oliveira cita frequência a lugares públicos, viagens em conjunto, aquisição de bens em conjunto, prole, coabitação, abertura de contas bancárias conjuntas, etc¹⁴⁵. O importante é uma análise conjunta dos elementos do caso concreto, pois a ausência de alguns não necessariamente impede a caracterização da união estável, o que é compreensível pois tal união é uma união de fato, não devendo ser engessada por critérios objetivos e rigorosos.

Para Álvaro Villaça Azevedo, é nesse requisito que está fundada a união estável. O autor nada opõe contra a idéia de conceber tal requisito como “convivência como se casados

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² PEREIRA, Sérgio Gisckow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 192.

¹⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 914.

¹⁴⁴ MADALENO, Rolf. Direito de Família em Pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 68.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Euclides de. União Estável: Conceituação e Efeitos Jurídicos. In: BARBOSA, Águida Arruda e VIEIRA, Cláudia Stein (coords). Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pg. 156.

fossem”, todavia argumenta que esta idéia já vem contida nos requisitos da publicidade, continuidade e durabilidade¹⁴⁶. Ainda, ensina que coabitação pode ser sinal de que o *animus familiae* está presente, mas não necessariamente¹⁴⁷.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ressaltam, também, ser o mais importante de todos, e que é caracterizado como firme intenção das partes de viverem como se casadas fossem¹⁴⁸. O requisito, assim, traduz-se na comunhão de vidas, solidificando caráter familiar na relação¹⁴⁹. É o *intuito familiae* que definitivamente dá caráter de família à união estável e a distingue de outros relacionamentos, como namoro ou noivado. Os autores citam passagem de Maria Berenice Dias, segundo a qual “o envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, começando as duas pessoas a ser identificadas no meio social como um par”¹⁵⁰. Porém, é interessante notar a posição da mesma autora acerca do objetivo de constituir família:

*A origem desse requisito está ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais eram proibidas por lei. Ou seja, a intenção do par era casar, tinha por objetivo constituir uma família, o que não ocorria tão-só por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família matrimonializada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família. Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um vínculo afetivo*¹⁵¹.

A autora, assim, parece preferir a interpretação de que o objetivo de formar família, conforme considerado anteriormente, não possuía identidade com a idéia de afeto. Assim, o objetivo de formar família seria a intenção do casal de “viver como se casados fossem”, porém, não sendo necessário casamento para formar família, esse requisito deve ser interpretado como “existência de vínculo de afeto”, afeto este que trará como consequência a identificação de uma entidade familiar. Moacir César Pena Jr. resalta a dificuldade de formar

¹⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 400.

¹⁴⁷ O mesmo autor cita como exemplo o caso de um casal de segundas núpcias que decide não viver sob o mesmo teto para que não cause trauma algum nos filhos, habituados com pai ou mãe anterior.

¹⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 449.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 161.

¹⁵¹ *Ibidem*.

um conceito a partir desse requisito, sem, ao menos, incorrer em repetição, e afirma que o importante é representação social da família com comunhão plena de vida e de afeto¹⁵².

José Carlos Teixeira Giorgis ensina que o princípio da afetividade norteia o direito das famílias, e que não é qualquer afeto (caso contrário, qualquer relação de amizade seria família), mas um afeto especial, o afeto conjugal¹⁵³. O autor, nessa passagem, não tratava do objetivo de constituir família, mas sim do vago conceito de “comunhão de vida” presente no casamento.

Na esfera jurisprudencial é possível encontrar decisões nos mais variados sentidos possíveis. O objetivo de formar família, contudo, já foi debatido pelo STJ, e, especificamente em um caso de simultaneidade, causa maior estranheza sua aplicação. Conforme já se viu, embora seja um requisito subjetivo, não há dúvidas de que seja muito importante e que, de certa forma, ele está demonstrado junto com todos os outros, pois diz respeito ao ânimo, ao intuito das partes que compõe uma entidade familiar.

No Recurso Especial número 1.107.192, uma das partes chegou a alegar que todos os elementos fáticos de uma família estavam presentes, “ao menos que o nascimento, reconhecimento, criação e educação de quatro filhos não sejam formação de uma família”, sendo que a referida união perdurou por 30 anos. Para o Ministro Massami Uyeda, relator, estavam evidentes a *affectio maritalis* e o *animus uxoris*, então a união estável deveria ser reconhecida, ainda que o companheiro continuasse vivendo com a ex-esposa (pois, apesar de separados, coabitavam).

Tal entendimento não prosperou. O voto vencedor foi da Ministra Nancy Andrighi, segundo o qual, pelo fato de o varão ter continuado a conviver com a ex-esposa, a união estável estava desprovida do objetivo de constituir família, o qual implica, segundo ela, necessidade de “aparência de casamento”. Destaca-se a citação feita pela Ministra do parecer ministerial do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Junior, segundo o qual “nossa legislação está baseada no relacionamento monogâmico caracterizado pela comunhão de vidas, tanto no sentido material como imaterial. Assim, a relação paralela de uma mulher com homem legalmente casado e impedido de contrair novo casamento é classificado de

¹⁵² PENA JR., Moacir César. Direito das Pessoas e das Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 149.

¹⁵³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 95.

concubinato impuro, sem gerar qualquer direito para efeito de proteção familiar fornecida pelo Estado (art. 1521, VI, c.c. art. 1723, § 1º, do Código Civil)”. Portanto, prevaleceu o entendimento de que a não-exclusividade do relacionamento do varão afasta o objetivo de formar família.

Já nos Tribunais locais, embora exista variabilidade de decisões, decorrentes das diversas possibilidades de arranjos nos casos concretos, o mais frequente é uma análise conjunta dos requisitos através dos elementos de prova, culminando na verificação da existência ou não de comunhão de vida entre as partes, à semelhança da definição legal de casamento presente no artigo 1.511 do Código Civil. Assim como na doutrina, também se tem a compreensão de que o requisito é complexo. Nesse sentido:

UNIÃO ESTÁVEL. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. 1. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis. 2. Não tendo o relacionamento continuidade, estabilidade ou se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta duvidosa a affectio maritalis. 3. Não comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre as partes, e ausente o ânimo de constituir uma família, não é possível reconhecer a alegada união estável. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70035873488, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/10/2010) (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que o próprio princípio da afetividade e o objetivo de constituir família estão extremamente próximos, na medida em que um casal, ao estabelecer uma relação de afeto entre si, uma verdadeira conexão emocional, passa a ter vontade de construir, juntos, uma família (o elemento volitivo, do ânimo das partes). O objetivo de formar família, assim, apresenta-se como um requisito multifacetado, e sua presença dependerá da análise de múltiplos elementos de um caso concreto, especialmente em relação ao afeto e à comunhão de vida entre as partes. Não se pode, assim, negar sua existência com base em elementos singelos; deve-se fazer análise do conjunto de aspectos.

3.3.4. Diversidade de sexos

Possivelmente, a diversidade dos sexos é o requisito mais polêmico de todos atualmente. Nos tempos antigos, sua possibilidade era sequer considerada, porém, modernamente, com a consagração dos princípios da liberdade de expressão, da igualdade e da dignidade humana, é possível discuti-lo. A legislação brasileira, até o presente momento, sempre caracterizou as entidades familiares, seja casamento, união estável ou concubinato, como sendo entre o homem e a mulher.

O constitucionalista Pedro Lenza reconhece que muitos, na doutrina civil, reputam a união homoafetiva como ato inexistente, excluindo a matéria do direito de família e possibilitando sua análise apenas como contrato de sociedade, com efeitos de caráter obrigacional, porém, não concorda com tal posicionamento, à luz da proteção da família e da dignidade da pessoa humana:

Parece, então, que a união homoafetiva, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III – regra matriz dos direitos fundamentais), do direito à intimidade (art. 5º, X), da não-discriminação, enquanto objetivo fundamental do Estado (art. 3º, IV), da igualdade em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher (art. 5º, caput), deva ser considerada entidade familiar e, assim, ter o tratamento e proteção especial por parte do Estado. Exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher.¹⁵⁴

O mesmo autor complementa ressaltando a necessidade de se superar, nesse início do terceiro milênio, resistências sociais e institucionais fundadas em preconceitos. Na esfera do Direito de Família, diversos autores chegam a dedicar capítulos inteiros de seus livros para o estudo da união homoafetiva e sua aceitação pelo direito, a exemplo de José Carlos Teixeira Giorgis, Belmiro Pedro Welter, Maria Berenice Dias¹⁵⁵, Sílvio de Salvo Venosa, Álvaro Villaça Azevedo e Moacir César Pena Jr.

¹⁵⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 12ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 751.

¹⁵⁵ A autora Maria Berenice Dias, inclusive, publicou um livro dedicado inteiramente ao assunto, intitulado “União Homoafetiva preconceito & justiça”.

O tema é amplo e complexo, não cabendo aqui exposição exaustiva de todos seus aspectos e consequências jurídicas. Em apertada síntese, a maioria da doutrina formulada na atualidade reconhece que a lei não deve discriminar indivíduos com base na sexualidade, tendo em vista, principalmente, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e, portanto, a interpretação legal deve ser realizada no sentido de proteger a todos, sem discriminações arbitrárias e superando noções pré-concebidas.

Maria Berenice Dias demonstra, de forma interessante, que, dada a enorme resistência ao reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares, era necessário recorrer ao juízo cível para evitar enriquecimento sem causa (especialmente por parte de parentes do companheiro falecido), somente assim possibilitando direitos patrimoniais a quem dedicou a vida a outrem e participou da formação de acervo de bens. Assim, inicialmente as ações na justiça pediam indenização por prestação de serviços. Após, ainda relegadas ao direito obrigacional, foram reconhecidas como sociedades de fato. O início da mudança ocorreu na justiça gaúcha, em 1999, com a afirmação da competência das varas de família para apreciação dos casos¹⁵⁶.

Porém, demonstrando contraponto, autores como Maria Helena Diniz, a qual, em seu livro, chega a citar a diversidade de sexos como o primeiro requisito da união estável, e, a fim de possibilitar entendimento diverso, seria necessário alterar a Constituição Federal e o Código Civil¹⁵⁷; e Áurea Pimental Pereira, a qual ensina que a lei, ao estabelecer a diferenciação, objetivou, desde logo, afastar a idéia de união entre pessoas do mesmo sexo¹⁵⁸.

As dúvidas acerca da interpretação constitucional do tema foram recentemente sanadas, pois no dia 05 de março de 2011 o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a matéria no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral. Embora ainda não disponível o Acórdão do caso, é possível visualizar os votos de cada Ministro separadamente. O relator Sr. Min. Ayres Britto, em extenso voto, entendeu que a Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, não limitando a aceção em conceitos legais fechados, *numerus clausus*. Recolheu o

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 187-189.

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 356.

¹⁵⁸ PEREIRA, Áurea Pimentel. União estável Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pg. 84.

sentido “coloquial” da expressão, aberto, portando como realidade o mundo do ser. A Constituição Federal, assim, interpreta de forma não-reducionista o conceito de família, mesmo porque não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de interesse de outrem, e a extensão do conceito de família a fim de abarcar casais homossexuais (apesar de a lei, a princípio, comandar o contrário) não vai fazer com que as uniões heteroafetivas percam. O que interessa é a igualdade e a liberdade¹⁵⁹.

O Ministro Celso de Mello, ao inicialmente ressaltar o pluralismo necessário ao debate do tema, afirma que cabe ao STF como Corte Constitucional zelar pela cláusula de não discriminação, viabilizando a plena realização dos valores de liberdade e de igualdade; ainda, em uma democracia, não se podem negar direitos às minorias, pois caso contrário seria uma falha grave na integridade do sistema político e na estabilidade do ordenamento normativo¹⁶⁰.

O Ministro Luiz Fux mostrou uma argumentação muito mais pautada pela idéia fundamental de entidade familiar, sob ótica predominantemente constitucional, onde a união homoafetiva se encaixa: apesar da lei prever diversidade de sexos, a garantia constitucional está insculpida na existência de afeto, assistência e suporte recíproco entre os membros, projeto coletivo, de intuito permanente, de vida, e identidade de ambos perante a sociedade¹⁶¹.

Carmem Lúcia vota no sentido de que, pela hermenêutica constitucional, embora o texto da lei faça referência à diversidade de sexos, o não reconhecimento de uma união homossexual com base unicamente na opção sexual gera discriminação tanto legal como social, o que é vedado e contraria a melhor interpretação da Carta Magna¹⁶².

Ricardo Lewandowski vota no sentido de conceber uma interpretação extensiva e uma integração analógica, pois uniões homoafetivas tratam-se, efetivamente, de verdadeiras entidades familiares, novamente sendo mencionado que o rol constitucional é exemplificativo: sendo o conceito aberto, não pode uma entidade que existe no plano fático ser negada pelo Direito, pena de ferir a Constituição e seus fundamentais objetivos¹⁶³.

Para Marco Aurélio o óbice gramatical da lei pode ser facilmente contornado pelo simples uso da tradicional hermenêutica, pois o Direito não pode ficar omissivo quanto às

¹⁵⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>

¹⁶¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>

¹⁶² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>

¹⁶³ Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>

mudanças doutrinárias e sociais, especialmente em se tratando de uma família, base da sociedade e merecedora de proteção em suas diversas formas, apresentando-se no plano dos fatos. Igualmente, ressalta que, ainda que se esteja a violar uma regra, tal violação é muito menos grave do que a violação de um princípio – no caso, o da própria dignidade humana, de tal forma que a construção de uma família está ligada ao ser humano – e lembrando que a Constituição não veda o reconhecimento de quaisquer formas de famílias¹⁶⁴.

A diferença de sexos mostrou-se um requisito baseado em formalismo puro e em interpretação não mais compatível com a Constituição, qual seja, de que família e casamento são sinônimos – e, conforme afirmou o Min. Ayres Britto, a família é a base da sociedade, e não o casamento. Transferir estritamente as regras matrimoniais para a união estável contradiz a lógica do próprio instituto e do pluralismo familiar.

É interessante concluir ressaltando que o que ocorreu aqui foi a flexibilização de um dos requisitos para caracterização da união estável, em virtude das injustiças e da violação de princípios que vinham ocorrendo. Embora a lei, em um primeiro momento, determinasse a diferenciação baseada na discriminação sexual, esse comando legal foi gradualmente se tornando injusto, pois casais homossexuais podem muito bem ter uniões com todos seus essenciais requisitos presentes (continuidade, durabilidade, publicidade e objetivo de constituir família), o que forma, inegavelmente, uma entidade familiar.

De fato, percebemos uma evolução do entendimento jurisprudencial mesmo sem mudanças legislativas. Por exemplo, o Informativo jurisprudencial número 233 do STJ, o qual data de dezembro de 2004, ainda determinava a competência para julgamento de uniões homossexuais como sendo do juízo cível por “não se tratar de questão de família”¹⁶⁵, negando equiparação à união estável entre homem e mulher.

Já no ano de 2005, encontramos precedente no sentido de, com base na igualdade e na interpretação de que o artigo 226, §3º, da Constituição não exclui as uniões homoafetivas, garantir pensão por morte ao companheiro sobrevivente, o qual consta no Informativo número

¹⁶⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>

¹⁶⁵ Informativo nº 0233 **PARTILHA DE BENS. CASAIS DO MESMO SEXO. JUÍZO CÍVEL. COMPETÊNCIA.** Na ação de dissolução de sociedade de fato de casal do mesmo sexo, a competência para processar e julgar é do juízo cível, uma vez que não se trata de direito de família, por não se equiparar à união estável entre homem e mulher, na qualidade de entidade familiar (Lei n. 9.278/1996 e art 226, § 3º, da CF/1988). REsp 323.370-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 14/12/2004.

271¹⁶⁶. Por óbvio, a questão permanece no âmbito previdenciário, não fazendo parte do Direito de Família, porém, há que se reconhecer que parte da fundamentação da decisão está centrada na idéia de pluralismo familiar.

Muito mais elaborada, contudo, foi a argumentação apresentada no Recurso Especial 1.026.981, a qual trata de previdência privada *post mortem* para casais do mesmo sexo. No Informativo relativo consta que “enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam, não só o Direito Constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo”¹⁶⁷.

Em 2008, o Recurso Especial 820.475/RJ¹⁶⁸ foi julgado e a referida Corte passou a admitir ser possível a discussão no âmbito do direito de família, não podendo o juízo de primeiro grau indeferir o pleito sem análise do mérito por impossibilidade jurídica do pedido. Os autos apenas voltaram ao 1º grau para julgamento, não havendo decisão de mérito à ocasião.

Em 11 de maio de 2011, no julgamento do Recurso Especial nº 1.085.646/RS, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, finalmente foi reconhecida como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo pelo STJ, operando-se todos os efeitos pertinentes a uma entidade familiar. A ementa, constante no Informativo nº 472, é a que segue:

UNIÃO HOMOAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. PARTILHA. A Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu ser possível aplicar a analogia para

¹⁶⁶ Informativo nº 0271 **PENSÃO. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO.** Trata-se de recurso interposto pelo INSS em que se discute se um companheiro homossexual tem ou não direito a receber pensão por morte como dependente de segurado falecido. A sentença julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo. O MPF apelou da sentença, alegando que o § 3º do art. 226 da CF/1988 não exclui a união estável entre pessoas do mesmo sexo, devendo ser observado o princípio da igualdade. (...) Destacou o Min. Relator que, no § 3º do art. 16 da Lei 8.213/1991, pretendeu o legislador gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão da relação homoafetiva. (...) Posteriormente, o INSS também dispôs sobre a matéria, editando nova instrução normativa (INSS/DC n. 50 de 8/5/2001), por força da mesma ação civil pública. REsp 395.904-RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13/12/2005.

¹⁶⁷ Informativo nº 421 **PREVIDÊNCIA PRIVADA. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO HOMOAFETIVA.** A questão posta no REsp cinge-se à possibilidade de entender-se procedente o pedido de pensão *post mortem* feito à entidade fechada de previdência privada complementar, com base na existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo pelo período aproximado de 15 anos. A Turma entendeu, entre outras questões, que, comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada do qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos da união estável (...). **REsp 1.026.981-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/2/2010.**

¹⁶⁸ A Referida decisão consta no Informativo de Jurisprudência número 366 do STJ.

reconhecer a parceria homoafetiva como uma das modalidades de entidade familiar. Para tanto, consignou ser necessário demonstrar a presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável – entidade que serve de parâmetro diante da lacuna legislativa –, exceto o da diversidade de sexos, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família e sem os impedimentos do art. 1.521 do CC/2002 (salvo o do inciso VI em relação à pessoa casada separada de fato ou judicialmente). Frisou-se, ademais, que, uma vez comprovada essa união, devem ser atribuídos os efeitos jurídicos dela advindos. Reconheceu-se, portanto, o direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento, ainda que eles tenham sido registrados em nome de apenas um dos parceiros, não se exigindo a prova do esforço comum, que, no caso, é presumido.

Para as uniões estáveis, o histórico de entendimentos acima descrito é de grande valia. Nota-se que o que operou nessa mudança de entendimentos foi a consolidação da interpretação do instituto da entidade familiar sob a ótica do pluralismo. Embora a lei permaneça a mesma, sua interpretação é adequada à nova realidade social e às exigências constitucionais de dignidade humana, liberdade e não discriminação.

No caso, o reconhecimento da união estável homoafetiva demonstra que um dos requisitos legais, o da diversidade dos sexos, foi relativizado em prol de um bem maior – a proteção de uma família que lá estava, mas que a lei, apegada à tradição, não identificava como tal. Não pode a lei engessar a formação familiar com critérios arbitrários, como o era a diversidade sexual, tendo em vista que a opção sexual dos companheiros em nada modificaria a essência familiar, que é o afeto dos membros entre si, bem como a realização pessoal que buscam com a formação dessa família.

3.3.5. Ausência de impedimentos matrimoniais

Nos termos da atual legislação, o requisito da ausência de impedimentos matrimoniais é de essencial compreensão para a simultaneidade familiar conjugal: o artigo 1.727 do Código

Civil classifica como concubinato a relação não-eventual entre homem e mulher impedidos de casar. Ora, literalmente, significa que a presença de um impedimento de matrimônio, por si só, ainda que presentes todos os demais requisitos supracitados, barra a configuração de união estável, “transformando” em concubinato a união. O concubinato, segundo a lei, é desprovido de qualquer efeito jurídico, sendo sequer considerado como uma entidade familiar. Não sendo entidade, não goza da especial proteção jurídica que o Estado concede às famílias, pois o concubinato ainda é considerado por muitos como sendo apenas “comunhão de leitos” (*cum cumbare* significa “dormir com”¹⁶⁹), enquanto somente a união estável seria “comunhão de vidas”. A doutrina mais antiga, a qual reputava como sinônimas as expressões união estável e concubinato puro, também estabelece que a ausência dos impedimentos matrimoniais é imprescindível. Fabrício Matielo, por exemplo, afirma que isso ocorre porque “uma das peculiaridades básicas da união estável é a possibilidade de que venha a se converter em casamento”¹⁷⁰, caso as partes assim desejem.

Os referidos impedimentos estão elencados no artigo 1.521 do Código Civil, apresentando-os em sete incisos. Para fins do presente trabalho, será enfatizado o inciso VI, o qual impede de casar pessoas casadas e, com base em tal determinação, estabelece-se que pessoas casadas não podem ter uniões estáveis (salvo se separadas de fato ou judicialmente) e que uniões estáveis não devem ocorrer paralelamente. Cabe ressaltar que, numa interpretação puramente literal da lei, uma união estável não estaria impedida de ocorrer em simultaneidade à outra, visto que o inciso VI apenas faz referência a pessoas casadas. Contudo, não é o que diz a jurisprudência¹⁷¹.

A doutrina atual não é unânime quanto a este requisito, sendo que alguns autores sequer o citam. Outros, a exemplo de Moacir César Pena Jr., o mencionam breve e objetivamente. No caso deste autor, refere que prevalece a unicidade do vínculo como condição necessária para haver estabilidade na união entre duas pessoas¹⁷², ponto no qual, de certa forma, comete contradição, pois previamente mencionava que, para haver essa

¹⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. Pg. 35.

¹⁷⁰ MATIELO, Fabrício Zamproga. União estável: concubinato, repercussões jurídico-patrimoniais doutrina jurisprudência e prática, incluindo Lei 8.971/94 e 9.278/96. Porto Alegre: SAGRA LUZZATTO Editores, 1997. Pg. 28.

¹⁷¹ No julgamento do Agravo de Regimento no Agravo 1.130.816/MG, de 27 de agosto de 2010, um trecho da decisão enuncia que “este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato)”.

¹⁷² PENA JR., Moacir César. Direito das Pessoas e das Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 150.

estabilidade, é necessária somente continuidade do vínculo, sem excessivas interrupções¹⁷³. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também o mencionam objetivamente de início, porém, ao tratarem do tema, criaram subtítulo dedicado à possibilidade excepcional de simultaneidade de núcleos familiares, o qual merecerá análise mais adiante.

Maria Berenice Dias trata especificamente do requisito em sua obra, e, ao passo em que reconhece a disposição legal, apresenta forte crítica à mesma, tendo em vista a realidade social: se uma união estável ocorre com todos seus requisitos, exceto a ausência do impedimento, e não é reconhecida pelo julgador, o resultado pode ser perverso, pois são negados o direito sucessório, os alimentos e a divisão patrimonial. Na concepção da autora, deve ser criada solução para tal problema, nem que seja o reconhecimento de existência de união estável putativa¹⁷⁴.

Maria Helena Diniz afirma ser este um dos requisitos essenciais¹⁷⁵, e que a união estável somente pode ser reconhecida se o membro casado encontrar-se separado de fato. Álvaro Villaça Azevedo também ressalta objetivamente a existência de impedimentos, porém sua argumentação foca-se na possibilidade do separado de fato ou judicialmente de constituir união estável¹⁷⁶.

No mesmo sentido, porém com maior riqueza de argumentação, Rolf Madaleno e Karin Wolf manifestam-se sobre uniões havidas com inobservância dos impedimentos. Ambos os autores apresentam artigos manifestando-se contrariamente ao reconhecimento de uniões paralelas, razão pela qual seus argumentos serão mais cuidadosamente analisados adiante. Porém, desde já ressalta-se que o primeiro afirma ser a família ocidental assentada no casamento monogâmico, com violenta repressão à bigamia, e a manifestação legal disso seria o requisito de ausência de impedimento matrimonial, no campo civil, e o crime de bigamia, campo penal¹⁷⁷. Já a segunda, enfatiza os mesmos pontos, ensinando que “ainda que a relação paralela ao casamento tenha perdurado no tempo, inclusive gerando prole comum, não configura uma união estável, típica entidade familiar, pois sua característica essencial é a de assemelhar-se ao casamento, de tal forma que indique comunhão de vida e de interesses, por

¹⁷³ *Ibidem*. Pg. 149.

¹⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 161-162.

¹⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 361.

¹⁷⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 420-426,

¹⁷⁷ MADALENO, Rolf. Direito de Família em Pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 68.

período sobradamente revelador de estabilidade e com vocação de permanência de indubitosa vida familiar atenta às finalidades essenciais da vida social, revestida de suficiente condição moral, que não se apresente socialmente *imoral*”¹⁷⁸. Pertinente ressaltar que a segunda, em seu artigo, trata da concomitância entre união estável e casamento, não de mais de uma união estável.

Arnaldo Rizzardo defende que não se pode admitir que ao casamento se imponham várias exigências e sejam as mesmas dispensadas à união estável¹⁷⁹. Em defesa disso, argumenta citando passagem de Rodrigo da Cunha Pereira, a qual, embora realizada nos tempos da lei de 1996, é pertinente: “(...) quando essa lei apropria-se de conceitos como entidade familiar e união estável, está se referindo ao conceito de família. Como tal, em nosso ordenamento jurídico só se concebe a família constituída monogamicamente. Repelidas, portanto, as uniões adúlteras (...) caso contrário, seria a admissão da poligamia em nosso ordenamento jurídico”¹⁸⁰.

Interessante anotar que, em livro datado de 2006, Rodrigo da Cunha Pereira novamente se manifesta sobre o tema, dissertando que a distinção, marcada pelo requisito de ausência de impedimentos matrimoniais, entre concubinato e união estável é importante na medida em que mantém coerência do nosso sistema jurídico com o princípio da monogamia¹⁸¹ (é de extrema relevância anotar que a monogamia será tratada mais adiante, pois é ponto também de muita controversa e escassa doutrina específica). O autor, sensível às possíveis injustiças que tal medida pode gerar, lembra que, embora o Estado não possa proteger mais de uma família ao mesmo tempo, o prejudicado poderá valer-se da teoria das sociedades de fato, utilizando-se do campo obrigacional¹⁸². Contudo, cita uma decisão do TJRS onde foi reconhecido o direito à concubina. Nas palavras do autor, “veja-se uma decisão do TJRS que, entre o justo e o legal, optou pelo justo, como é possível fazer em cada caso julgado”¹⁸³. Eis a decisão:

¹⁷⁸ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coordenador: Belmiro Pedro Welter, Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 183.

¹⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 913.

¹⁸⁰ *Ibidem*. Pg. 914

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 224.

¹⁸² *Ibidem*. Pg. 226.

¹⁸³ *Ibidem*.

CONCUBINATO E CASAMENTO. DUPLICIDADE DE UNIÃO AFETIVA. EFEITOS. Caso em que se reconhece que o 'de cujus' vivia concomitantemente em estado de união estável com a apelante (inclusive com filiação) e casamento com a apelada. Caso concreto em que, em face da realidade das vidas, se reconhece direito à concubina a 25% dos bens adquiridos na constância do concubinato. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível n. 70004306197, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 27.2.2003).

Relevante anotar que a mais recente jurisprudência do STJ, ao julgar casos de uniões paralelas, sequer menciona tal requisito. O exemplo do Recurso Especial nº 1.107.192, mencionado anteriormente, a Sra. Min. Nancy Andrighi votou no sentido de não reconhecer a união estável sob o argumento de que o varão, ao não se divorciar da esposa, não tinha intuito de constituir família com a “concubina”, embora reconhecidamente tivesse relacionamento amoroso público, contínuo, duradouro (30 anos) e com 4 (quatro) filhos, não citando em momento algum que a presença de mero impedimento matrimonial impossibilitaria a identificação de uma entidade familiar. Ainda, ao fundamentar o voto, foi ressaltado o pluralismo familiar constitucional, definindo o rol do artigo 226 como exemplificativo e determinando observância a uma situação de fato na busca do reconhecimento de uma entidade familiar.

Portanto, têm-se como devidamente demonstrados os posicionamentos variados em relação aos impedimentos matrimoniais, sua aplicação à união estável e suas consequências. Assim, conclui-se a análise dos requisitos da união estável, os quais, juntamente com a evolução legislativa, a diferenciação dos institutos e o pluralismo familiar, serão de vital compreensão para estudo das uniões estáveis paralelas, tema a ser tratado a seguir.

4. Uniões estáveis paralelas como fato social: demandas judiciais

A fim de iniciar o estudo das uniões estáveis paralelas, deve se ter noção de como elas se configuram na sociedade e de como se apresentam as demandas judiciais nesse sentido. Além de descrever brevemente como ocorrem, também será analisada sua possibilidade, ou não, de reconhecimento jurídico, bem como a forma de tal reconhecimento (se pelo direito familiar ou obrigacional, por exemplo). Se reconhecidas, ainda, é de se ponderar acerca de seus possíveis efeitos jurídicos.

O transcurso histórico da família no Brasil revela aspectos que permitem, entre continuidade e ruptura, estrutura e conjuntura, permanência e mudança, vislumbrar a emergência do fenômeno da simultaneidade familiar como dado socialmente relevante, cuja repercussão no sistema jurídico se faz sentir por meio de demandas que, na porosidade do sistema aberto, se impõem perante o direito, desafiando seus estudiosos e operadores a assumirem uma postura apta a – a partir da problematização formulada em concreto – encetar possibilidades de respostas a essas demandas.¹⁸⁴

Primeiramente, ressalta-se que situações de simultaneidade familiar efetivamente ocorrem no plano dos fatos, e, em virtude dos atuais termos da lei, não são poucos os casos que chegam aos Tribunais. Uma simples pesquisa jurisprudencial nos permite verificar que são muitas as demandas ingressadas, tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça se manifestado por diversas vezes sobre o tema. Já o Supremo Tribunal Federal não chegou a se manifestar decisivamente sobre o específico tema, pois os recursos que lá chegaram tratavam de questões de análise de provas e fatos, não cabível nas Cortes Superiores, a exemplo do Agravo de Instrumento nº 787018/RS e do Recurso Extraordinário nº 491039, ou então do concubinato puro.

A maioria dessas situações, e essas que serão aqui estudadas, são aquelas onde ocorrem duas uniões estáveis simultâneas entre si, ou uma união estável e um casamento. Ou seja, duas entidades familiares conjugais onde um mesmo membro está presente nas duas.

¹⁸⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 167.

Interessante notar que, na totalidade dos casos de que se tem notícia, é o homem que se apresenta como componente comum dos núcleos concomitantes. O que se verá no estudo da monogamia, como possível explicação para tal fenômeno, é o fato de que, além de diferenças biológicas, como gravidez, socialmente o homem sempre teve um papel mais de provedor na família, ficando a mulher com maior parte das tarefas domésticas e educação da prole, que naturalmente consome muito tempo e dedicação.

O concubinato chamado de adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, e até de concubinação, é alvo de repúdio social. Nem por isso essas uniões deixam de existir, e em larga escala. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados só privilegia o “bígamo”. (...) Depois de anos de convívio, descabido que o varão deixe a relação sem qualquer responsabilidade pelo de ele – e não ela – ter sido infiel¹⁸⁵.

Embora o tema trate de simultaneidade familiar, de plano já se afasta a idéia de simultaneidade de casamentos. Conforme já exposto, o casamento, além de origem reconhecidamente religiosa, é um instituto regrado de forma mais exaustiva e operante pelas vias formais. É tanto o repúdio à bigamia matrimonial que tal conduta chega a ser tipificada como crime.

Ora, o instituto é histórico e tradicional e, como tal, não merece qualquer modificação. A idéia de pluralismo familiar constitucional não vem modificar o matrimônio, mas sim reconhecer outras formas de famílias; e, nesta qualidade, garantir-lhes igual proteção por parte do Direito de Família, sem discriminar nem hierarquizar as famílias. Nesta linha de raciocínio, Letícia Ferrarini aponta que o argumento da desigualdade entre as entidades familiares constitucionais baseava-se no §3º do artigo 226 da Constituição Federal, segundo o qual “deve a lei facilitar sua conversão em casamento”¹⁸⁶.

Não é cabível, no contemporâneo Estado Democrático e Social de Direito, tal entendimento. A mesma autora esclarece que a argumentação proposta não atende à liberdade de escolha, nem à dignidade que se deve reconhecer a esta opção, sem esquecer, ainda, o

¹⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 48.

¹⁸⁶ FERRARINI, Letícia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 102.

princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais¹⁸⁷. Com efeito, retomando o argumento de Maria Celina Bodin de Moraes, em uma sociedade democrática, onde se tem a família como base, esta família é também democrática. O casamento merece ser mantido em seus atuais moldes, mas não se pode engessar a família, um fato natural. Portanto, não se quer de forma alguma invalidar institutos, muito menos, como se verá, justificar a bigamia; o escopo é tão somente encontrar justas soluções a um problema cada vez mais comum nos tribunais, utilizando-se as melhores e mais modernas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

5. Simultaneidade familiar em sua ampla perspectiva

O autor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, em sua análise histórica, chega à conclusão de que a evolução social e legislativa gerou âmbito para recepcionar a simultaneidade familiar, ultrapassando a família patriarcal e nuclear. Para identificar tais situações na sociedade, porém, não seria, segundo ele, metodologicamente honesta a pretensão de apreender por meio de definições ou exauriente rol de arranjos afetivos¹⁸⁸. Claramente, esta argumentação deriva do pluralismo familiar constitucional: família surge do plano dos fatos, não da vontade legislativa. O desafio, assim, é identificar as situações de simultaneidade sem, contudo, engessar e limitar suas possibilidades de ocorrência. Para tanto, o autor, citando idéias compartilhadas por Paulo Netto Lôbo, disserta que podem ser traçados critérios vetores para a identificação de realidades familiares¹⁸⁹. A partir desses vetores, traça-se um caminho para uma análise, na medida do possível, sistemática.

Já Letícia Ferrarini, embora chegue à conclusão semelhante, qual seja, de que a sociedade atual gerou um ambiente propício para o surgimento de situações de simultaneidade familiar, argumenta que as mudanças sociais e familiares das últimas décadas do século XX se deram porque, se a família extensa e transpessoal reduzia as possibilidades de formação de

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 169.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

centros de coexistência familiar autônomos¹⁹⁰, a família nuclear tornou-se condição que viabiliza a emergência de relações conjugais concomitantes¹⁹¹.

De certa forma, esta autora estabelece uma relação mais de consequência do que de linearidade temporal, pois, para ela, família nuclear é a condição que possibilitou a simultaneidade. Para o primeiro, foi uma evolução social conjunta, sem, contudo, negar a existência de um estágio de predominância da família nuclear.

Assim, há consenso no sentido de que, no ambiente atual, temos as condições para surgimento da simultaneidade familiar. Através de elementos relevantes expostos em linhas não exaustivas, Carlos Ruzyk defende ser possível definir quais relações são familiares e, por consequência, juridicamente relevantes – sem ser taxativo. Inicialmente, o autor divide tal simultaneidade em duas perspectivas, dois vetores: da filiação e da conjugalidade. Portanto, falar em simultaneidade familiar não significa necessariamente uniões estáveis paralelas, pois essas compõem apenas um dos aspectos¹⁹².

Embora não seja parte do objeto do presente trabalho, pertinente mencionar que a simultaneidade familiar na esfera da filiação foi reconhecida pela Lei da Guarda Compartilhada, segundo a qual o filho integra dois núcleos familiares diferentes. Ainda, tem-se que menos divergências serão geradas aqui, pois, se, por exemplo, um casal separado mantém um filho em guarda compartilhada, é evidente que o núcleo originário não mais existe, e que o filho permanece no núcleo do pai e no núcleo da mãe, e ambos os genitores detêm o dever de guardar o esse filho. Essa coexistência de núcleos nada mais é do que simultaneidade familiar na perspectiva da filiação¹⁹³.

Já na esfera da conjugalidade, a discussão toma contornos muito mais polêmicos. A fim de configurar uma situação assim, seriam necessários casos como o exposto no Recurso Especial 1.107.192, onde o homem viveu mais de 30 anos com sua ex-esposa e com sua concubina simultaneamente, ocasião na qual o STJ, por falta do requisito da ausência de impedimentos matrimoniais, não reconheceu união estável paralela. Ora, interpretando-se esse

¹⁹⁰ Esta mesma noção será retomada no estudo da monogamia e seus desdobramentos.

¹⁹¹ FERRARINI, Leticia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 93.

¹⁹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 170.

¹⁹³ *Ibidem*. Pg. 227

caso pela ótica apresentada por Carlos Ruzyk, sem dúvida estaríamos diante de uma situação de simultaneidade familiar conjugal.

Contudo, o próprio autor reconhece que é muito menos comum uma situação de simultaneidade conjugal em comparação à simultaneidade familiar na filiação, sendo que esta última é, inclusive, aceita com muito mais naturalidade na sociedade atual – a um filho de pais separados jamais se negaria convivência com algum dos genitores sob o argumento de que ele só poderia ter uma única família. Na conjugalidade, embora encontre-se resistência, inclusive na doutrina e na jurisprudência, o autor disserta que essas situações não podem ser ignoradas:

*Essas situações em que as famílias simultâneas se configuram a partir de um componente comum que mantém conjugalidade em múltiplos núcleos familiares não pode ser reputada de antemão como irrelevante para um direito que se preocupa com a proteção da dignidade coexistencial dos componentes de uma entidade 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 verá adiante, o direito subtrai das relações dessa natureza a atribuição de efeitos. (...) Isso não significa, de outro lado, que toda a simultaneidade de relações conjugais ingresse no âmbito de incidência do direito de família, nem, tampouco, que todas elas ensejem efeitos jurídicos em qualquer circunstância*¹⁹⁴.

Portanto, seguinte linha de pensamento similar a de Carlos Ruzyk, será feita análise a seguir de um dos centrais elementos da discussão: a monogamia. O motivo pelo qual assim se procede é a importância dada a esta idéia, sendo que, conforme se verá, a grande maioria da jurisprudência que nega efeitos às uniões estáveis paralelas o faz unicamente com este argumento. Ainda, desde já aproveita-se para ressaltar que não se quer defender toda e qualquer relação paralela, tanto na sua importância para o Direito como pelos seus consequentes efeitos – o que nos interessa são situações onde efetivamente exista uma família, com a condição essencial e *sine qua non* de existência do elemento afeto, não relações esporádicas ou simplesmente adúlteras.

¹⁹⁴ *Ibidem*.Pg. 183.

5.1. Monogamia

Quando se trata de uniões estáveis paralelas, uma das primeiras alegações contrárias ao seu reconhecimento, tanto por parte da doutrina como da jurisprudência, seria uma violação à monogamia. Mas o que é a monogamia? Seria um princípio? Um primado? Um objetivo? Uma tradição? A questão é nebulosa e, surpreendentemente, pouco tratada na doutrina de maneira geral. Discutir monogamia pode repercutir até mesmo nas diversas teorias sobre a origem das famílias:

Existem não só várias teorias em relação à origem da família, como também são muitas as contradições apontadas ao longo da história da organização primitiva da família, pois, ao passo que a Teoria da Monogamia Originária prega a afeição conjugal para a vida toda, dela tendo nascido o amor filial, a Teoria da Promiscuidade Primitiva relata ter existido um estágio tão primitivo, no qual imperava o comércio sexual promíscuo, anterior à monogamia e, por fim, a Teoria das Uniões Transitórias afirma que o homem e a mulher permaneciam juntos apenas por algum tempo após o nascimento do filho.¹⁹⁵

Aqui, busca-se elucidar o conflito, verificar sua relevância no âmbito da simultaneidade familiar conjugal, comparando-se a doutrina e a jurisprudência disponíveis sobre o tema, bem como suas bases legais. Inclusive, tal discussão repercute diretamente na análise da possibilidade, ou não, do reconhecimento das uniões estáveis paralelas, pois este tem sido um dos elementos centrais da discussão, senão o próprio.

Moacir César Pena Jr. cita a monogamia como princípio, e mostra, em sua obra, opinião compartilhada por parte de Rodrigo da Cunha Pereira, sendo a qual “a monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma normal moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é

¹⁹⁵ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coordenador: Belmiro Pedro Welter, Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 173

um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia”¹⁹⁶. Embora a justificativa apresentada pelo autor leve a crer que consideraria a monogamia como padrão moral, ele efetivamente a nomeia como princípio. Arnaldo Rizzardo segue linha semelhante, e também concorda com Rodrigo da Cunha Pereira, em que o ordenamento jurídico só concebe a família formada monogamicamente¹⁹⁷.

Junto com Rizzardo e Pena Jr., José Carlos Teixeira Giorgis também acompanha o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira, embora o expresse de forma mais clara e objetiva, segundo o qual “a censura da lei incide sobre o paralelismo destas uniões, tendo em conta o princípio da monogamia, não visto apenas como uma norma moral, mas como um preceito básico e organizador”¹⁹⁸. Giorgis é enfático, contudo, que com isso pode se estar “fechando os olhos à realidade e cometendo muitas injustiças”¹⁹⁹.

Ao analisarmos a obra do próprio Rodrigo da Cunha Pereira, logo ao título percebemos que, para ele, monogamia é um princípio do ordenamento jurídico. Para ele, a razão de ser da diferenciação entre concubinato puro e impuro reside neste princípio:

*Tal distinção não tem a função de discriminar ou de “moralizar”. A importância dessa distinção está em manter a coerência em nosso ordenamento jurídico com o princípio da monogamia. Se assim não o fizéssemos, estaríamos destituindo um princípio jurídico ordenador da sociedade. Todo o Direito de Família está organizado em torno desse princípio, que funciona, também, como ponto-chave das conexões morais*²⁰⁰.

Rodrigo Pereira, ainda, disserta sobre o já mencionado fato de que raramente mulheres constituírem uniões simultâneas. Segundo ele “a maioria das relações paralelas é tida pelos

¹⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pg. 106-107. In: PENA JR., Moacir César. Direito das Pessoas e das Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 12.

¹⁹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 914.

¹⁹⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 42.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 224.

homens. Muito raramente mulheres constituem ou mantêm, ao contrário dos homens, famílias paralelas ou simultâneas. Às mulheres isso é quase impossível, até mesmo por razões biológicas, pois uma gravidez certamente revelaria o estado de simultaneidade das relações. Aos homens é mais fácil e é o que tem acontecido em nossa cultura. Não fazer essa distinção certamente iria privilegiar os homens”²⁰¹.

Ou seja, na opinião do autor a monogamia é um princípio, o qual acaba atuando como “ponto-chave das conexões morais”.

Todavia, conforme ainda será ressaltado, o autor reconhece explicitamente que, apesar de ser um comando legal, poderá dele derivar situações de injustiça, sendo que o mesmo cita a Apelação Cível nº 70004306197²⁰² do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual reconheceu o direito da concubina em um caso de relacionamentos afetivos paralelos.

Na doutrina específica de Rolf Madaleno sobre o que chama de união (ins)estável (relações paralelas) não encontramos um posicionamento sobre o que seria, definitivamente, a monogamia. O autor ensina que vivemos sob um regime monogâmico, e que relações paralelas não devem ser aceitas no Direito por contrariarem a monogamia.

*Estou entre aqueles que afastam do Direito de Família as relações poliândricas ou poligâmicas, quer preexista casamento ou apenas precedente união estável, nada diferenciando o fato de a pessoa ser ou não civilmente casada com outra mulher, com a qual convive em dupla união*²⁰³.

Contudo, cita como precedente a Apelação Cível nº 70001494236²⁰⁴, relatada pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, onde a monogamia é concebida

²⁰¹ *Ibidem*. Pg. 225.

²⁰² **CONCUBINATO E CASAMENTO. DUPLICIDADE DE UNIÃO AFETIVA. EFEITOS.** Caso em que se reconhece que o 'de cujus' vivia concomitantemente em estado de união estável com a apelante (inclusive com filiação) e casamento com a apelada. Caso concreto em que, em face da realidade das vidas, se reconhece direito à concubina a 25% dos bens adquiridos na constância do concubinato. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTICA) (Apelação Cível Nº 70004306197, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2003)

²⁰³ MADALENO, Rolf. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 75.

²⁰⁴ **União estável. Relacionamento paralelo a outro judicialmente reconhecido. Sociedade de Fato.** A união estável é entidade familiar e o nosso ordenamento jurídico se sujeita ao princípio da monogamia, não sendo possível juridicamente reconhecer uniões estáveis paralelas, até por que a própria recorrente reconheceu em outra ação que o varão mantinha com outra mulher uma união estável, que foi judicialmente declarada. Diante disso, o seu relacionamento com o *de cujus* teve um cunho meramente concubinário, capaz de agasalhar uma sociedade de fato, protegida pela Súmula nº 380 do STF. Essa questão patrimonial esvaziou-se em razão do acordo entabulado entre a autora e a sucessão. Recurso desprovido, por maioria.

como princípio. O julgamento faz menção ao fato de que o caso pode ser resolvido nos moldes da sociedade de fato, de acordo com a súmula 380 do STF. Ressalta-se que o julgamento do presente caso ocorreu em dezembro de 2000, ou seja, quando sequer vigia o novo Código Civil.

Para Maria Berenice Dias não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob chancela do Estado²⁰⁵. Ainda, afirma que a uniconjugalidade não passa de um sistema de regras morais, de interesses antropológicos, psicológicos e jurídicos, embora disponha de valor jurídico²⁰⁶.

Ou seja, a autora reconhece que é um preceito do qual o Direito se apropriou para formação de certas regras, porém, em sua opinião, não cabe ao Estado, demonstrando desvio funcional, apropriar-se dela. Nota-se que a autora é categórica ao afirmar que monogamia de forma alguma é um princípio constitucional²⁰⁷. Ainda, apresenta um rol com as principais consequências da não observância deste preceito:

Em atenção ao preceito monogâmico, o Estado considera crime a bigamia (CP 235). Pessoas casadas são impedidas de casar (CC 1.521 VI) e a bigamia torna imperativa a anulação do casamento (CC 1.548 II). É anulável a doação feita pelo adúltero ao seu cúmplice (CC 550). A infidelidade serve de fundamento para ação de separação, pois imposta grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum (CC 1.572), de modo a, por si só, comprovar impossibilidade de comunhão de vida (CC 1.573 I). Também esforça-se o legislador em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, chamando-as de concubinato (CC. 1.727)²⁰⁸.

Sérgio Gisckow Pereira apresenta visão da monogamia como princípio, e, em sua obra, reporta-se às críticas supracitadas de Maria Berenice Dias²⁰⁹. O autor, ainda, demonstra sua forte preocupação com as injustiças que a cega aplicação desde princípio pode causar, o que será mais adiante analisado.

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 58.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*. Pg. 59.

²⁰⁹ PEREIRA, Sérgio Gisckow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 192

A jurisprudência nos Tribunais locais é extremamente variada. De um modo geral, pesada parte das decisões que nega proteção nos moldes do Direito de Família o faz ou com base no princípio da monogamia; ou com base na mera diferenciação entre concubinato e união estável gerada pela simples presença de um impedimento matrimonial²¹⁰. Alguns acórdãos sequer se reportam à regra do artigo 1.521, VI, do Código Civil, simplesmente mencionando o princípio ou a presença de impedimento e não entrando no mérito de seu possível conflito com o pluralismo familiar, como se pretende fazer no presente trabalho mais adiante. Citam-se os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. É inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento em sua constância, salvo nas hipóteses da denominada "união estável putativa", à qual podem ser reconhecidos efeitos, por analogia ao casamento putativo. Isso diante do **princípio da monogamia**, que rege a formação de entidades familiares em nosso sistema jurídico. Entendimento contrário levaria à necessária admissão de dois casamentos simultâneos válidos, o que não encontra a mínima viabilidade jurídica. NEGARAM PROVIMENTO. POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (Apelação Cível Nº 70038714812, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/03/2011)

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALIMENTOS. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. DESCABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. A **monogamia** constitui **princípio** que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer a constituição de uma união estável quando a pessoa for casada e mantiver vida conjugal com a esposa. O relacionamento adúlterino não tem o condão de constituir união estável. 3. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 4. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis. 5. Indemonstrada a

²¹⁰ Conforme já se mencionou, são casos onde todos os demais requisitos são simplesmente ignorados por conta da presença de um impedimento matrimonial, o que não deixa de estar intimamente atrelado à noção de monogamia.

existência de uma união estável, inexistente título capaz de albergar o pleito alimentar, tão pouco a partilha pretendida. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70040892440, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/02/2011)

DIREITO DE FAMÍLIA. RELACIONAMENTO AFETIVO PARALELO AO CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. RECURSO NÃO-PROVIDO.

O relacionamento afetivo da apelante com o seu amado não se enquadra no conceito de união estável, visto que o **princípio da monogamia**, que rege as relações afetivas familiares, impede o reconhecimento jurídico de um relacionamento afetivo paralelo ao casamento. Neste contexto, por se encontrar ausente elemento essencial para a constituição da união estável, qual seja, ausência de impedimento matrimonial entre os companheiros, e como o pai dos apelados não se encontrava separado de fato ou judicialmente, conforme restou suficientemente demonstrado nos autos, não é possível se caracterizar o concubinato existente como uma união estável. Entender o contrário seria vulgarizar e distorcer o conceito de união estável, instituto jurídico que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 com a finalidade de proteger relacionamentos constituídos com fito familiar e, ainda, viabilizar a bigamia, já que é possível a conversão da união estável em casamento. Por fim, ainda que haja no Superior Tribunal de Justiça um precedente extremamente eloquente e em tudo assemelhado ao caso que se examina, que consiste no REsp nº 742.685, do STJ, julgado em 04-08-2005, de que foi Relator o Min. José Arnaldo da Fonseca, da 5ª Turma do STJ, admitindo o direito à pensão previdenciária, deixo de apreciar o tema, visto que tal pleito há de ser formulado perante a Justiça Federal, visto que A.B.M., era Policial Rodoviário Federal, o que impede, por absoluta incompetência (artigo 109, inciso I, da Constituição da República), à Justiça Estadual reconhecer eventual direito previdenciário por parte da apelante. (Apelação Cível Nº 1.0024.07.690802-9/001, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Maria Elza, Julgado em 18/12/2008)

UNIÃO ESTÁVEL - Ação de reconhecimento de união e dissolução de sociedade de fato - Suposta convivência de mais de 30 anos - Durante todo o período o falecido também viveu com a esposa legítima, de quem jamais se separou nem de fato e nem

de direito - Provas de que os cônjuges legítimos nunca se separaram de fato, embora a autora alegue ter vivido com o de cujus no último ano meio antes de seu falecimento - Configuração de concubinato adulterino, art. 1.727 do CC - Período de concubinato impuro imprestável para cômputo de união estável - Ausentes também os demais requisitos necessários ao reconhecimento da união estável, principalmente a intenção de constituir família - Ação improcedente - Recurso improvido. (Apelação Cível N° 0057791-67.2008.8.26.0576, Quarta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Francisco Loureiro, Julgado em 25/03/2010)

Muito mais raros os acórdãos que, ao reconhecerem entidades familiares paralelas, enfrentam o argumento da vigência da monogamia, seja como princípio, seja como padrão moral. Novamente, uma das exceções da jurisprudência parte do Tribunal gaúcho, o qual trata a monogamia como princípio, mas reconhece sua possível relativização a fim de fazer justiça no caso concreto:

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÕES SIMULTÂNEAS. De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o "de cujus" tinha a **notável capacidade** de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como co-existentes duas entidades familiares simultâneas. **DESACOLHERAM OS EMBARGOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)** (Embargos Infringentes N° 70013876867, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 10/03/2006)

Já o STJ apresenta um posicionamento de certa forma confuso. Enquanto na doutrina alguns se referem à monogamia como princípio e outros como regra moral, na referida Corte encontramos decisões com ambos. Por exemplo, em recente decisão, proferida pelo Ministro

Paulo de Tarso Sanseverino, Recurso Especial nº 892300/RS²¹¹, a monogamia foi considerada princípio – e acabou derrubada a decisão supracitada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois foi ela o motivo de ajuizamento do referido Recurso Especial.

Já no acórdão do Recurso Especial 1.157.273, um dos mais bem fundamentados cientificamente que o STJ já apresentou sobre o tema, a Corte afirma ser a monogamia um “elemento estrutural da sociedade”. Na ementa da referida decisão, encontramos as seguintes passagens:

Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.(...)

Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente.

Contudo, há uma exceção na doutrina brasileira: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, o qual realiza um dos mais completos estudos da monogamia em sua específica relação com o

²¹¹ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

Direito de Família. A autora Letícia Ferrarini por diversas vezes o cita em sua obra sobre simultaneidade familiar.

Carlos Ruzyk começa por diferenciar a monogamia entre a endógena e a exógena: a primeira consiste na existência de uma única relação de conjugalidade no interior de uma mesma estrutura familiar, enquanto a segunda seriam relações fora da mesma estrutura²¹².

O autor também menciona que historicamente a monogamia foi endógena e exógena para a mulher; contudo, para o homem, apresentou-se como endógena somente, e isso não quer dizer de forma alguma que relacionamento sexual extra-conjugal levado às ocultas seja privilégio masculino: “o que se coloca, com efeito, é que, enquanto as relações extraconjugais masculinas são, em muitos momentos históricos, toleradas, e, mesmo, incentivadas, a situação da mulher é bem diversa, sofrendo violenta repressão social”²¹³.

A monogamia endógena, assim, possibilita casos de poligamia, que, nestes mesmos casos, se apresenta de forma exógena. Isto é, múltiplas relações conjugais, mas fora de uma mesma entidade familiar. Incompatível, porém com uma poligamia endógena, onde a multiplicidade de vínculos conjugais seria na mesma esfera familiar²¹⁴.

O autor, com tais conceitos em mente, busca saber qual destas faz parte da estrutura familiar no Brasil, até porque a monogamia endógena pode conviver com a poligamia exógena. Citando Levi-Strauss, Ruzyk menciona que “em muitos casos sucede que as famílias poligâmicas não são mais que várias famílias monogâmicas nas quais uma mesma pessoa desempenha o papel de vários cônjuges”²¹⁵. Em análise histórica, ainda, o autor comenta que é altamente controvertido a questão de se, na família da casa grande e senzala do Brasil Colônia, haveria poligamia endógena entre o Senhor, sua esposa e suas escravas, sendo que o autor não nega a possibilidade de que haveria uma poligamia exógena, onde estes senhores afastavam outros da estrutura familiar tida como principal sob um véu de hipocrisia²¹⁶.

Com este histórico, o autor demonstra que a monogamia era endógena e exógena para a mulher, embora endógena para o homem, e, aqui está uma questão que é a razão de ser da

²¹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 98.

²¹³ *Ibidem*. Pg. 99.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*. Pg. 100

²¹⁶ *Ibidem*.

análise histórica, isto constituiu um traço de longa duração na família brasileira²¹⁷. Essa poligamia exógena, por ser um elemento de longa duração, gerou âmbito na sociedade atual para a existência da própria simultaneidade familiar:

Essa monogamia endógena emerge sob as vestes da contemporaneidade, na conformação das famílias brasileiras atuais como fator que pode propiciar a observação de uma dada forma de simultaneidade, fundada em múltiplas conjugalidades em núcleos familiares diversos²¹⁸.

Para Carlos Ruzyk a monogamia é um padrão moral, embora apresente tal conclusão, mais especificamente, em seu artigo Famílias Simultâneas e Monogamia:

O “desvio” do padrão médio gera, é certo, perplexidade no ambiente social em que venha a se configurar, já que, como dado histórico-sociológico dotado de 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 morais tendentes à reprodução desses padrões. Não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropriar desse lugar de interdição²¹⁹.

Assim sendo, monogamia é uma característica histórico-sociológica da família, e não um princípio jurídico²²⁰. Letícia Ferrarini compartilha claramente de sua opinião quanto à natureza da monogamia, porém apresenta críticas muito mais objetivas quanto ao modo que o Direito vem aplicando este padrão:

Não cabe ao Estado impor esse “dever ser” a todas as relações familiares, o que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*. Pg. 106.

²¹⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e monogamia. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família (5.: 2005: Belo Horizonte, MG) Família e dignidade humana/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família; Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Pg. 193.

²²⁰ *Ibidem*.

*da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade*²²¹.

Portanto, a autora não nega a existência da monogamia como padrão médio, sua crítica surge na medida em que o Estado tenta impor a todos a mesma conduta, violando a liberdade e reputando ilícitas relações de pessoas que escolhem caminho diverso²²².

Ou seja, aqui há basicamente dois pontos de vista, ambos igualmente respeitáveis: o primeiro concebe a monogamia como um princípio, enquanto o segundo, como um padrão moral. Para sanar esta dúvida, é pertinente analisarmos o conceito de princípios, e o que a definição de monogamia como princípio implica como efeitos. Também, mas não menos importante, sendo monogamia um princípio, como solucionar um possível conflito entre este e o princípio do pluralismo familiar?

Para Humberto Ávila, quanto à definição de princípios, consideram-se como normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização²²³.

E aqui temos um dos aspectos centrais que se quer demonstrar com o presente trabalho: se considerarmos que a monogamia é um princípio, inegavelmente é um princípio derivado da aplicação do artigo 1.521, inciso VI do Código Civil, o qual prescreve que não poderão casar as pessoas casadas. Portanto, é um princípio legal (infraconstitucional).

Ora, caso tal princípio entre em conflito com o pluralismo familiar, o qual é um princípio constitucional, qual deverá prevalecer? Por óbvio, o princípio do pluralismo constitucional, contido na Norma Maior.

Entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional deve prevalecer a norma hierarquicamente superior, pouco importando a espécie normativa, se princípio ou regra. Por exemplo, se houver conflito entre uma regra constitucional e um princípio legal,

²²¹ FERRARINI, Leticia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 94.

²²² *Ibidem*.

²²³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Pg. 91.

deve prevalecer a primeira; e se houver conflito entre uma regra legal e um princípio constitucional, deve prevalecer o segundo²²⁴.

O mesmo ocorrerá se a monogamia for considerada um padrão moral, pois o máximo que se afetaria seria o foro íntimo das partes, caso uma família seja formada sem sua observância. Caio Mário ensina:

Moral e direito distinguem-se em que a primeira atua no foro íntimo e o segundo no foro exterior. Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra reprovção na sua consciência, e pode atrair-lhe o despreço de seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para a sua punição²²⁵.

Seja a monogamia padrão moral, seja princípio legal, jamais prevalecerá, em nossa opinião, se conflitar com o pluralismo familiar, o qual possui hierarquia constitucional, conforme já se demonstrou na primeira parte do trabalho, item 2.

6. O não reconhecimento da simultaneidade e suas consequências

É seguro dizer que a maior parte da doutrina defende o não reconhecimento da simultaneidade familiar conjugal e, como consequência, nega efeitos próprios do direito de família a tais uniões. Porém, maior parte admite efeitos patrimoniais na forma do direito obrigacional, como sociedade de fato – geralmente justificando tal posicionamento, como se verá, com a súmula 380 do STF. O posicionamento de considerar efeitos obrigacionais foi bem recepcionado por parte da doutrina e da jurisprudência, pois, de certa forma, faz justiça no caso concreto, na medida em que não se omite frente a uma família que, embora contra a vontade legislativa, existe.

²²⁴ *Ibidem*. Pg. 105.

²²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Pg. 12.

Porém, deve-se fazer constar que existe jurisprudência no sentido de negar, inclusive, efeitos patrimoniais obrigacionais ao concubinato que correu paralelo a um casamento. As seguintes decisões são recentes (fevereiro de 2010 e agosto de 2009) e foi proferida pelo STJ (constantes nos Informativos nº 421 e 404). *In verbis*:

Quarta Turma CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS DOMÉSTICOS.

Descabe indenização à recorrente, porquanto inexistente a pretendida união estável (art. 1.727 do CC/2002), que pressupõe ausência de impedimentos para o casamento ou separação de fato para permitir aos companheiros a salvaguarda dos direitos patrimoniais. Outrossim, no caso, não há que se falar em indenização por serviços domésticos na constância de relação concubinária concomitante com casamento válido como atalho para atingir os bens da família legítima (art. 226 da CF/1988). Precedente citado: REsp 931.155-RS, DJ 20/8/2007. **REsp 988.090-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/2/2010.**

Terceira Turma INDENIZAÇÃO. CONCUBINA. In casu, trata-se de pedido indenizatório deduzido pela concubina em face do espólio do concubino, por alegados 23 anos de serviços domésticos prestados em concubinato mantido concomitantemente com o casamento daquele. A Turma entendeu que, se o cônjuge, no casamento, e o companheiro, na união estável, não fazem jus à indenização por serviços domésticos prestados, quiçá o concubino pode ser contemplado com tal direito, pois teria mais do que se casado fosse. Dessa forma, a concessão de tal indenização à concubina colocaria o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que o próprio casamento, o que é incompatível com as diretrizes constitucionais previstas no art. 226 da CF/1988, bem como as do Direito de Família, tal como concebido. Destarte, a relação de cumplicidade consistente na troca afetiva e na mútua assistência havida entre os concubinos ao longo do concubinato, em que auferem proveito de forma recíproca, cada qual a seu modo, seja por meio de auxílio moral seja por meio de auxílio material, não admite que, após o rompimento da relação, ou ainda, com a morte de um deles, a outra parte cogite pleitear a referida indenização, o que certamente caracterizaria locupletação ilícita. Ressalte-se, por fim, que não se pode mensurar o afeto, a intensidade do próprio sentimento, o desprendimento e a solidariedade na dedicação mútua que se visualiza entre casais. Não há valor econômico em uma relação afetiva. Acaso haja necessidade de dimensionar a questão em termos

econômicos, pode incorrer na convivência e até mesmo no estímulo à conduta reprovável em que uma das partes serve-se sexualmente da outra, portanto recompensa-a com favores. Desse modo, não há viabilidade de debater os efeitos patrimoniais do concubinato quando em choque com os do casamento, pré e coexistente, porque definido aquele, expressamente, no art. 1.727 do CC/2002 como relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar. Esse dispositivo legal tem como único objetivo colocar a salvo o casamento, instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito. Nesse contexto, não há como ser conferido o direito indenizatório à concubina por serviços domésticos prestados em relação concubinária simultânea a casamento válido. Precedente citado: REsp 631.465-DF, DJ 23/8/2004. **REsp 872.659-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/8/2009.**

Tais decisões do STJ contrariam maior parte da doutrina e da jurisprudência, inclusive nosso ponto de vista no presente trabalho. Ora, o que ali se operou, no segundo caso, foi a negação de efeitos a uma união que perdurou por 23 anos, e uma das justificativas surpreende: a de que não se pode mensurar economicamente o afeto. Na prática, a Corte optou por não fornecer ao afeto desprendido pela mulher durante 23 anos valor algum.

Além dos efeitos obrigacionais, a mesma discussão existe no âmbito previdenciário. Embora a tendência da jurisprudência nacional seja, conforme se verá, flexibilizar a questão na esfera da previdência, frente aos seus próprios princípios, como o do caráter democrático (artigo 2º da Lei 8.213/91), a decisão tomada no Recurso Especial 1.016.574/SC, por sua vez, negou pensão por morte à concubina, sob justificativa de que havia um impedimento matrimonial:

Quinta Turma PENSÃO POR MORTE. CONCUBINA. A concubina mantinha com o *de cujus*, homem casado, um relacionamento que gerou filhos e uma convivência pública. Porém, a jurisprudência deste Superior Tribunal afirma que a existência de impedimento de um dos companheiros para se casar, como, por exemplo, a hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável. Assim, na espécie, não tem a agravante direito à pensão previdenciária. A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo. Precedentes citados do STF: MS 21.449-SP, DJ 17/11/1995; do STJ: REsp 532.549-RS, DJ

20/6/2005, e REsp 684.407-RS, DJ 22/6/2005. **AgRg no REsp 1.016.574-SC, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/3/2009.**

No Supremo Tribunal Federal, a maioria das decisões relativas ao tema são antigas, algumas datando de 1986, período anterior à vigência da nova Constituição. Porém, em 2009²²⁶, decidiu o Ministro Marco Aurélio no sentido de negar pensão por morte à concubina, no julgamento do Recurso Extraordinário 590779/ES:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

A decisão causa certa surpresa, pois, conforme se verá, os julgamentos em termos previdenciários têm sido mais flexíveis em relação às situações de simultaneidade familiar, não ignorando a realidade, por vezes em virtude dos princípios da própria previdência, como o do caráter democrático (artigo 2º da lei 8.213/91)

*É certo que a histórica posição encontrada no direito brasileiro é no sentido de negar todo e qualquer efeito às uniões paralelas, buscando-se conferir prestígio ao princípio da monogamia.*²²⁷

Cristiano de Farias e Nelson Rosendal, autores da passagem supra, ainda citam a posição de Carlos Roberto Gonçalves, extraída de sua obra Direito Civil Brasileiro, segundo o qual “como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação. Não se admite que pessoa casada, não

²²⁶ Apesar de ser um dos acórdãos mais recentes, ele é cópia integral do acórdão relativo ao Recurso Extraordinário 397762/BA julgado em junho de 2008.

²²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 455

separada de fato, venha a constituir outra união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir outra união estável”²²⁸.

Não é esta a opinião final dos autores, pois os mesmos reconhecem a caracterização de união estável putativa como possível solução, o que se verá adiante. Porém, demonstram que, historicamente, o Direito brasileiro não admite simultaneidade familiar conjugal sob o argumento já mencionado do sistema monogâmico.

Segundo Maria Helena Diniz, “poder-se-ia admitir a essa união algum efeito como sociedade de fato e não como união estável, ante o princípio de que se deve evitar o locupletamento indevido”²²⁹. Mais um exemplo de autor que, embora possua opiniões de sentido frequentemente mais positivista, reconhece efeitos patrimoniais.

Arnaldo Rizzardo, em sua obra, dedica várias passagens ao tema das uniões estáveis feitas sem observância de impedimentos matrimoniais. Primeiramente, ensina que não é possível admitir uniões paralelas, e, como justificativa, disserta que não se pode impor ao casamento várias exigências dispensadas à união estável²³⁰. Além disso, demonstra concordância com as idéias de Rodrigo da Cunha Pereira segundo as quais o grande motivo para o não reconhecimento das entidades familiares paralelas é, novamente, a monogamia²³¹.

Tece, também, considerações acerca de diversas possibilidades ao tratar de uniões estáveis, e expressamente nega a possibilidade de constituição de uniões estáveis paralelas, pois as mesmas, nos atuais termos da lei são classificadas concubinato. Esta justificativa é repetida em outras passagens de sua obra²³², frisando sua opinião de que a lei, ao fazer diferença entre os institutos, impede seu reconhecimento de modo diverso. Porém, ao mesmo tempo, disserta que “a união estável vai desde a posse do estado de casado, com notoriedade e longa duração, até a adúlterina. (...) Compreende o casamento religioso, bem como a união adúlterina, em que um ou outro mantém uma vida matrimonial paralela, mas sem convivência. São conviventes, ainda, os que enfrentam uma vida marital não reconhecida no

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 369.

²³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 913.

²³¹ *Ibidem*.

²³² Por exemplo, ao mencionar que o relacionamento feito sem observância dos impedimentos matrimoniais não pode redundar em união estável porque se desenvolve quando vigora plenamente o casamento, ou porque as relações sexuais ocorrem concomitantemente com os impedimentos para casar; e que concubinato passa a ter o conteúdo de uniões de pessoas impedidas de casar. *In: Ibidem*. Pg. 918 e 925.

aspecto formal, ou aqueles que tiveram o casamento declarado nulo (...). Nessa linha de colocações, é da essência da união uma convivência pública e permanente *more uxorio*. Não se observa a presença ou não dos impedimentos para o casamento, para reconhecer-se juridicamente a união estável. Tanto a união de pessoas sem impedimento para casarem, como aquelas que não podem casar, integram o conceito de concubinos, ou formam o concubinato”²³³.

Rizzardo, apresentando argumentações do Desembargador do Tribunal gaúcho Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, critica veementemente as chamadas uniões concubinárias, afirmando que seria o mesmo que instituir poligamia no Brasil, e que “pior, dentro dessa mesma linha de raciocínio, com tendência liberalizante, não seria absurdo que se viessem a reconhecer, então, novas estruturas familiares, como, por exemplo, uniões afetivas não apenas de duas, mas de três pessoas, por exemplo, duas mulheres e um homem, dois homens e uma mulher, ou, de forma ainda mais ampla, até de três mulheres ou de três homens... E, certamente, se estaria dando o primeiro passo em direção a uma neobarbárie, decorrendo do retorno do estado de promiscuidade absoluta”²³⁴.

Menciona, todavia, a solução que o STJ elaborou no caso do Recurso Especial nº 53.788/SP, com a seguinte ementa: “CIVIL. FAMÍLIA. CONCUBINATO. SERVIÇOS DOMÉSTICOS. INDENIZAÇÃO. Tem a concubina direito a pretensão postulada de receber indenização pelos serviços prestados ao companheiro durante o período de vida em comum”²³⁵.

Quanto ao seu primeiro argumento, desde já se expressa discordância, com base nos fundamentos expostos à primeira parte do trabalho: união estável e casamento são formas distintas de formação de família, embora igualmente merecedoras de proteção. Não significa olvidar o dever de respeito que os membros de cada núcleo devem ter entre si, porém o casamento possui pesada carga de tradição junto consigo, e o seu elemento central é justamente o formalismo e a regularidade. Na união estável os valores caracterizadores se dão de forma diversa: é uma união de fato, e o que mais importa é o plano dos fatos; ou seja, ainda que uma situação não esteja plenamente como o legislador previu (a exemplo da diversidade

²³³ *Ibidem*. Pg. 911.

²³⁴ *Ibidem*. 929.

²³⁵ *Ibidem*.

dos sexos) não se pode deixar de proteger uma família que, de fato, existe. O próprio Arnaldo Rizzardo demonstra em sua obra que concorda com tais idéias:

Cabe o testemunho de Edgard de Moura Bittencourt, que transcreve o pensamento de Virgílio de Sá Pereira: “família é um fato natural. Não o cria o homem, mas a natureza. Quando um homem e uma mulher se reúnem sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, ali está uma família. Passou por lá o juiz com sua lei, ou o padre com seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força de apagar o fato natural”²³⁶.

Porém, o autor termina por concordar com a possibilidade de efeitos patrimoniais à união que ocorra mesmo na forma de concubinato. Os efeitos, contudo, se dariam em virtude da sociedade de fato, não na forma de direito de família. Rizzardo disserta que “nada impede a sociedade de fato concomitante com uma relação de concubinato”²³⁷, e que “aos casados, portanto, que mantêm em vigor a coabitação marital, é possível uma união paralela com uma terceira pessoa, o que importa é o fato”.

Também, o autor, citando Mário Moacyr Porto, esclarece que “dissolvida a sociedade de fato, o patrimônio comum deverá ser partilhado entre os sócios (art. 1.218, VII, do CPC). É totalmente irrelevante ou descabido indagar se os sócios eram ou não concubinos, se um dos sócios ou os sócios são pessoas casadas, se durou muito ou pouco o concubinato. A existência ou inexistência da sociedade é assunto que respeita só ao direito das obrigações”²³⁸. Ensina ser esta a correta aplicação da súmula 380²³⁹ do STF.

Em crítica direta a idéia de aplicação da súmula 380 do STF, Maria Berenice Dias refere que “como a doutrina amplamente majoritária e farta jurisprudência insistem em não identificar famílias paralelas como união estável, a forma de impedir o enriquecimento injustificado é continuar invocando a indigitada súmula. Assim, diante de relações simultâneas cabe formular em juízo pedidos alternativos em caráter eventual: a declaração de

²³⁶ *Ibidem*. Pg. 911.

²³⁷ *Ibidem*. Pg. 937.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ Súmula 380 do 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.

união estável ou o reconhecimento de sociedade de fato, ou, ao menos, indenização por serviços prestados”²⁴⁰.

É de suma importância denotar que, ao negar efeitos a uma união estável pelo simples fato de que um dos membros mantinha outro relacionamento pode gerar, além de enriquecimento ilícito, uma situação terrível para a família que foi relegada ao esquecimento. Na doutrina, um dos autores que se mostra bem ciente dessas consequências é Sérgio Gischkow Pereira. Em suas palavras, o absolutismo da idéia de ser impossível reconhecer efeitos à denominada “união estável adulterina” é preocupante:

*Basta imaginar um exemplo: empresário, com matriz de sua empresa em Porto Alegre, e filial em Manaus, passa, cada mês, quinze dias em cada uma das cidades; é casado na primeira e reside com a esposa, mas, na segunda cidade, mantém união, como se casado fosse, com outra mulher, e isto já vem durando por cinquenta anos; como não pode haver união estável com a mulher de Manaus, se esta for abandonada não poderá pedir alimentos, mesmo que tenha oitenta anos de idade! Como fica se sentindo o juiz que tiver que negar alimentos nesta situação?! Imagine-se o problema se a mulher de Manaus sequer puder obter parcela de bens por alegação de sociedade de fato, pois que: a) não foram adquiridos bens naquele período; b) mesmo que tivessem sido, suponha-se que não conseguisse ela fazer provar de ter colaborado na aquisição. Restaria ressuscitar a indenização por serviços domésticos prestados!*²⁴¹

Rodrigo da Cunha Pereira, por sua vez, menciona de modo descritivo que o ordenamento jurídico não permite famílias paralelas; porém, expressamente reconhece que tal idéia, no caso concreto, pode significar não fazer efetiva justiça:

O concubinato, assim considerado aquele adulterino ou paralelo ao casamento ou a outra união estável, para manter-se a coerência no ordenamento jurídico brasileiro – já que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo –, poderá valer-se da teoria das sociedades de fato e, portanto, no campo obrigacional. Essa situação, às vezes, pode significar não fazer justiça. Mas, nos casos concretos levados ao judiciário, deverão ser tomados em considerações desafios e

²⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 174.

²⁴¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 193.

*peculiaridades de cada situação, e o justo deverá ser a busca dos interesses e dos direitos dos sujeitos e não do objeto da relação*²⁴².

Maria Berenice Dias, muito mais direta, critica a negação de efeitos às uniões concomitantes e indaga sobre sua concreta aplicação. Nas palavras dela, “cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos. Negar-lhe existência, sob o fundamento da ausência de objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidade e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor de outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso. Nega-se divisão de patrimônio, nega-se obrigação alimentar, nega-se direito sucessório”²⁴³.

Tendo em vista que as opções apresentadas eram no sentido de negar quaisquer efeitos, ou aceitar apenas efeitos patrimoniais obrigacionais, foi formulada outra solução, segundo a qual seria possível atribuir os merecidos efeitos do Direito de Família em situação de simultaneidade. É criada a união estável putativa.

7. União estável putativa

Sérgio Gischkow Pereira, após criticar a negação de efeitos a um concubinato com características familiares, menciona que Francisco José Cahali, a fim de atenuar o problema, apresentou uma inteligente solução: mesmo não se reconhecendo a união estável, por ser casado um dos companheiros e não separado de fato, os efeitos próprios de uma união estável irão operar para a pessoa desimpedida de ter a união, se esta ignorava a existência do casamento do outro – denominada união estável putativa²⁴⁴. Assim, a doutrina, na tentativa de

²⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 226.

²⁴³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 163.

²⁴⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 193.

fazer justiça em uma situação de simultaneidade familiar conjugal, criou, por analogia ao casamento putativo, a figura da união estável putativa. Muitos doutrinadores a admitem como excepcional hipótese de existência de múltiplos núcleos familiares.

*União estável putativa é um estado de vida comum sustentado na ignorância, por um ou pelos companheiros, do fato impeditivo do casamento. Somente o erro, tanto de fato como de direito, poderá explicar de forma conveniente o desconhecimento do casamento que se desenvolve paralelamente ao casamento de um ou de ambos os companheiros. A boa-fé dupla é de difícil ocorrência, embora não impossível, sendo, todavia, comum hipótese de boa-fé de um dos companheiros, o que ocorre normalmente por manobras artificiosas do homem casado e que vencem a resistência das mulheres ansiosas por relacionamentos. (...) A putatividade necessita avaliação centralizada nos aspectos relacionados com o início da convivência. (...) Uma companheira de boa-fé não perde esse status quando descobre que havia impedimento para o casamento e continua mantendo relacionamento, inclusive porque, na maioria das vezes, é praticamente impossível desatar os laços construídos, o que não raro acontece com o advento da prole e de conquistas materiais (...)*²⁴⁵.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao reconhecerem a simultaneidade de famílias como sendo um dos temas “mais atuais e palpantes do Direito Civil”²⁴⁶, e “considerando que o casamento pode ser putativo, quando, apesar de nulo ou de anulável, um dos cônjuges estiver de boa-fé não se vê motivo para impedir a caracterização de uma união estável como tal. Considerando o silêncio da norma legal, trata-se de mero emprego da analogia como fonte do Direito, como reza o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil”²⁴⁷. Ainda, ensinam que não existe qualquer fundamentação para justificar que alguém que foi enganado em um casamento obtenha efeitos que não seriam reconhecidos àquele que, também enganado, vivia em união estável²⁴⁸.

Os autores afirmam que, a fim de caracterizar união estável putativa devem estar presentes todos os requisitos da união estável, especialmente a *affectio familiaris*, convivendo

²⁴⁵ ZULIANI, Ênio Santarelli. Dos alimentos decorrentes da união estável e do concubinato (Parte I). In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. V. 41 (mar/abr 2011). Porto Alegre: Magister, 2004. Pg. 35.

²⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 455.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

como se casados fossem, além da boa-fé subjetiva, caracterizada quando uma das pessoas da relação não sabe que a outra é casada (ou possui outro impedimento matrimonial)²⁴⁹. Especificam, ainda, o que entendem na idéia de boa-fé necessária para a união estável putativa:

*Vale o acréscimo de que a boa-fé que viabiliza a união estável putativa pode ser a boa-fé objetiva, que não decorre da falta de conhecimento da parte, mas, sim, do comportamento que nela despertou a confiança. (... Seria a hipótese do companheiro que, embora casado e convivendo com a esposa, faz a companheira acreditar que não mais existe convivência marital, afetiva, que o casal dorme em quartos separados e que tudo ainda não se resolveu por conta dos filhos, por exemplo*²⁵⁰.

Os autores mencionam que tal solução encontra apoio na melhor doutrina, a exemplo de Euclides de Oliveira e Maria Berenice Dias. De extrema pertinência, porém, mencionar que, analisando a obra da última, percebemos que ela não expressa total concordância com a aplicação da união estável putativa:

*A essa “amante” somente se reconhecem direitos se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessa desconfiar ou saber da traição, recebe um solene: bem feito! É condenada por cumplicidade, “punida” pelo adultério, enquanto o responsável é “absolvido”. Quem mantém relacionamento concomitante com duas pessoas sai premiado. O infiel, aquele que foi desleal, permanece com a titularidade patrimonial, além de ser desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida, mesmo sabendo da desonestidade do parceiro. Paradoxalmente, se o varão foi fiel e leal a uma única pessoa, é reconhecida a união estável, e imposta tanto a divisão de bens como a obrigação alimentar. A conclusão é uma só: a justiça está favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério!*²⁵¹

Utilizando-se da própria lógica na formação das famílias, a lógica do afeto, entende-se o que foi muito bem exposto pela autora: o que caracteriza uma entidade familiar pode ser tido como a comunhão de vida entre as partes. Ora, havendo tal comunhão, é de se esperar

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*. Pg. 456

²⁵¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 49.

que a segunda companheira venha a descobrir ou desconfiar da existência de outra. Ainda que, a fim de caracterizar a boa-fé, só seja necessário desconhecimento ao início da relação, a companheira estaria arriscando o reconhecimento jurídico de sua família se confessasse que sabia da violação ao primado da bigamia cometido pelo companheiro.

O STJ brevemente se manifestou sobre o tema, à ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 587.308/RS, publicado em 03 de junho de 2009, relatado pelo Ministro Vasco Della Giustina (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul). Na decisão, o seguinte trecho:

De outra banda, não se há de falar em união estável putativa, vez que é a própria apelante quem admite a vida dupla do companheiro (depoimento pessoal, fl. 85). (fls. 50/51) Depreende-se, dessa forma, que a não caracterização da união estável se deu pela análise de diversos fatores - entre eles, a existência de casamento válido, ante a não comprovação da separação de fato -, apreciados no contexto do caso concreto. Ora, chegar a conclusão diversa demandaria o reexame de todo o acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula 07/STJ. Outrossim, esta Corte Superior consagrou o entendimento de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges, o que não é o caso dos autos.

Tendo em mente a noção de que o pluralismo familiar constitucional opera no sistema jurídico, e de que, em se tratando de união estável e de entidades familiares no geral, o plano dos fatos é mais importante do que a taxatividade legal, a solução da união estável putativa não nos parece a mais adequada. Como bem expôs Maria Berenice Dias, a fim de se demonstrar a boa-fé, é possível que a companheira valha-se de uma inverdade, afirmando que desconhecia a situação do varão, quando efetivamente apenas queria construir com ele uma família. Isso também não quer dizer, de forma alguma, que toda e qualquer simultaneidade mereça chancela jurídica. Carlos Ruzyk ensina:

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 coexistência afetiva. Vale dizer: a simultaneidade atentatória à dignidade da pessoa não terá efeitos cancelados.*²⁵²

O autor, embora não entre especificamente no tema da união estável putativa, menciona situações características, e faz importante distinção entre a boa-fé objetiva e subjetiva: na primeira, deve haver observância dos deveres de conduta padrão, um verdadeiro *standard*, enquanto a segunda diz respeito à conduta específica praticada. O que o autor quer dizer, nota-se, é que não se pode querer, frente a uma situação de simultaneidade, preferir a primeira família caso a segunda seja reconhecida:

*Pode ser cogitável que a segunda união, em certos casos, mesmo contraída de má-fé (em contraposição à boa-fé subjetiva, ou seja, com o conhecimento de ambos acerca do impedimento matrimonial) produza efeitos jurídicos análogos aos da união estável, desde que não gere prejuízos à esfera jurídica do cônjuge do primeiro casamento. A extensão dessa repercussão na esfera jurídica do primeiro cônjuge pode levar em conta a existência concreta – e não apenas formal – de simultaneidade familiar, podendo seus efeitos ser balizados em concreto pela incidência do princípio da boa-fé objetiva*²⁵³.

O autor, contudo, relata que seu objetivo, com enumeração de hipóteses, não é “oferecer respostas definitivas, mas, ao contrário, semear questionamentos, mediante uma análise dialética que recolha a complexidade das relações que podem emergir da bigamia”²⁵⁴. O que importa aqui, é a seguinte noção:

*Evidenciada a configuração da simultaneidade familiar não é possível, de antemão, reputá-la como irrelevante para o direito*²⁵⁵.

Ou seja, o que se busca aqui não é o extremismo nem de um lado nem de outro: por um lado, não se propõe a quebra de paradigmas sociais históricos, como o da instituição do matrimônio, o qual deve permanecer sendo como sempre foi - exclusivo e entre o homem e a mulher; nem, por outro lado, ignorar reconhecimento, existência, efeitos e dignidade a uma

²⁵² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 237.

²⁵³ *Ibidem*. Pg. 205.

²⁵⁴ *Ibidem*. Pg. 206.

²⁵⁵ *Ibidem*. Pg. 236.

realidade que de fato pode vir a se concretizar, qual seja, a existência de uniões estáveis paralelas – o que alguns Tribunais, especialmente o STJ, não tem realizado.

Como se verá, o que tem ocorrido é uma negativa prévia de existência e de dignidade para essas situações, o que não deveria ocorrer em uma sociedade democrática. Enquanto a união estável putativa poderia, de fato, ser uma inteligente solução, esta pode estar em descompasso com a realidade de fato do casal – mesmo que a companheira soubesse do impedimento, e decidindo formar família, não seria justo, após anos de convivência, relegar uma família ao esquecimento, conforme muito bem expôs Maria Berenice Dias.

Sem mencionar o fato de que existem decisões como a do Recurso Especial 789.293/RS²⁵⁶, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no sentido de negar inclusive a união estável putativa. Essa decisão foi citada por José Carlos Teixeira Giorgis em sua obra²⁵⁷. Segue trecho da decisão:

No caso dos autos, o acórdão afirma que o autor da herança mantinha esse relacionamento estável e duradouro com as duas mulheres, reconhecendo embora que com a recorrente o relacionamento era anterior e dela não se desvinculara ao manter o relacionamento com a recorrida. Essa circunstância, na minha compreensão, tira qualquer possibilidade do emprego analógico da regra do casamento putativo, porque, enquanto neste existe o vínculo formal duplo, o que é possível, naquele só existe a convivência com aquela vocação de constituir família, havendo, portanto, um vínculo não formal.

No caso, embora presente a boa-fé subjetiva da companheira, a qual constituiu família com o varão desconhecendo o impedimento deste, não se reconheceu união estável putativa. O Ministro, o qual julgou segundo o que chamou de “sua compreensão”, não admitiu analogia com o casamento putativo porque só se poderia ter “vocação de constituir família” uma vez. Na prática, em virtude desta idéia de que só se pode ter objetivo de constituir uma única família, uma entidade familiar foi omitida do mundo jurídico.

²⁵⁶ **União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo.** Lei nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido.

²⁵⁷ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 43.

A autora Letícia Ferrarini apresenta-se doutrinariamente como a mais específica e objetiva no combate a este tipo de omissão. Em suas palavras, “diante do dever de proteção do estatal, 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”²⁵⁸.

*No Estado constitucional brasileiro, que se singulariza pela coexistência dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, a omissão do Estado-legislador, primeiro destinatário dos direitos fundamentais, não justifica a omissão do Estado-juiz*²⁵⁹.

A autora considera tal omissão flagrantemente inconstitucional. Compartilhando com a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, comenta que as omissões que invalidam direitos fundamentais – o que evidentemente ocorre se uma família, base da sociedade e centro da formação subjetiva dos indivíduos, não é reconhecida apesar de existir de fato – não podem ser vistas como simples escolha do legislador. O mesmo seria negar força normativa à Constituição²⁶⁰.

Demonstramos, aqui, plena concordância com a autora. Não é aceitável nos termos da Constituição, nem da mais básica idéia de justiça, negar que uma família exista quando ela existe no plano dos fatos. *Ex facto oritur jus*. O Direito surge dos fatos. Embora, tendo em vista a idéia monogamia instituída pelo artigo 1.521 do Código Civil, o legislador se omita quanto às famílias simultâneas, o mesmo não deve ser feito pelo Poder Judiciário. Portanto, será analisada a possibilidade de aceitação das famílias simultâneas e, se possível, quais seriam alguns de seus consequentes efeitos jurídicos.

²⁵⁸ FERRARINI, Letícia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 130.

²⁵⁹ *Ibidem*. Pg. 128.

²⁶⁰ *Ibidem*. Pg. 129.

8. Possibilidade de reconhecimento jurídico de situação de paralelismo familiar

Pretende-se demonstrar, aqui, que é possível reconhecer e atribuir efeitos às situações de uniões estáveis paralelas, sejam entre si, sejam entre casamento, tomando como base tudo o que já foi exposto. Além de nossa própria argumentação sobre o tema, serão apresentadas doutrina e jurisprudência que já compreendem a matéria nesse sentido, buscando-se, além de compreender o avanço nas interpretações, traçar um paralelo com outras formas de entidades familiares também recentemente reconhecidas e seus efeitos.

Desde já se propõe a seguinte questão: se a negação de quaisquer efeitos à simultaneidade familiar conjugal fosse a melhor e mais justa solução, qual seria o motivo da grande indignação que se vê por boa parte da doutrina? Não são poucos os autores que reputam a atual situação como de omissão legislativa, como Letícia Ferrarini; outros, como Sérgio Gisckow Pereira e Maria Berenice Dias, reputam a solução legal (do modo em que vem sendo aplicada pelas Cortes Superiores) como injusta e perversa. Segundo esta última, “negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças. Mas não é nesse sentido que vem se inclinando a doutrina e a jurisprudência. Ao contrário do que dizem muitos – e do que tenta dizer a lei (CC 1.727) -, o concubinato adúltero importa, sim, para o direito. Verificando duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades”²⁶¹.

Sílvio de Salvo Venosa, defendendo que “apenas pelo fato de uma relação ser concubinato não retira dessa modalidade de união todo o rol de direitos atribuídos à união estável”²⁶², afirmam que deve ser analisado o caso concreto a fim de decidir quais direitos se atribuir às partes, ainda que seja uma relação que o artigo 1.727 do Código Civil atribua o nome de “concubinato”. Por fim, critica diretamente a lei, afirmando que “essas disposições

²⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 49.

²⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. Pg. 48.

são péssimo exemplo legislativo e longe estão de estarem isentas de dúvidas e requererão intenso trabalho interpretativo e jurisprudencial”²⁶³.

José Carlos Teixeira Giorgis afirma que negar existência de famílias paralelas é fechar os olhos à realidade e cometer muitas injustiças, e que “o Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, e, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível é a participação do patrimônio amealhado na concomitância das duas uniões”²⁶⁴. O autor, ainda, afirma que “esse entendimento se convalida, ainda, quando se trate de partilha após a morte do varão casado, quando, em caso de prova exuberante de que o mesmo tenha convivido por mais de vinte anos com a parceira, com publicidade e concomitância com a vida de casado, de que não abdicara; eis que deixar a companheira ao desabrigo, seria acolher um enriquecimento ilícito”²⁶⁵ – ao mencionar tal passagem, José Giorgis remete à decisão dos Embargos Infringentes nº 70007709262, de março de 2007, a qual recusou existência a uma união estável, com estas mesmas características, por causa do paralelismo com um casamento, vencidos os votos de quatro desembargadores. A justificativa para tal decisão mais uma vez é a monogamia:

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO-RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. A organização da família, em nosso sistema, rege-se pelo princípio da monogamia. Logo, não é viável admitir duas entidades familiares concomitantes. Nesse sentido o parágrafo primeiro do art. 1.723 do código civil é claro ao dispor que a união estável não se constituirá quando presente algum dos impedimentos matrimoniais elencados no art. 1.521 do mesmo diploma, dentre os quais se alinha a circunstância de um dos parceiros ser casado, na constância fática do casamento. Por maioria, negaram provimento.

Rodrigo da Cunha Pereira, apesar de se referir à monogamia como um “ponto-chave das conexões morais”, ou seja, um padrão moral, afirma que nosso ordenamento não pode reconhecer famílias paralelas. No entanto, afirma que “essa situação, às vezes, pode significar

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 42.

²⁶⁵ *Ibidem*.

não fazer justiça”²⁶⁶. Sérgio Gischkow Pereira, por sua vez, reconhece que, pela legislação atual, somente seria possível divisão do patrimônio pela via da sociedade de fato, mas também afirma que “se não houver sido adquirido patrimônio durante o concubinato, ou se o concubino não puder provar que contribuiu para aquela aquisição, lamentavelmente se deverá retornar à indenização por serviços domésticos prestados. Digo lamentavelmente porque sei o quanto há de vexatório, de vergonhoso neste caminho. Ocorre que não há outra solução! Não é possível ignorar a dramática condição de milhares e milhares de pessoas às quais só resta este caminho para não ficarem na miséria”²⁶⁷.

Com a devida vênia à respeitável opinião do autor, se não fossem os avanços doutrinários e jurisprudenciais na solução e problemas, especialmente na área do Direito de Família, possivelmente sequer existiria o divórcio no Brasil, tendo em vista que, em 1977, quando surgiu a Lei, há muito já se debatiam as questões de separações dos casais, embora denominadas de “desquite” há época. Retomando-se o que muito bem coloca Letícia Ferrarini, permanecer o Estado-juiz omissivo frente à uma primeira omissão legislativa é inconstitucional. Justamente o motivo pelo qual demandas de famílias paralelas chegaram aos Tribunais é o de que nenhuma outra solução foi encontrada. Aqui se pretende analisar, assim, o porquê dessas demandas merecerem análise – porque é possível a existência e a recepção jurídica de entidades familiares paralelas.

*Existem homens e mulheres que são eternos apaixonados e somente se separam quando a morte chega para romper essa união que prova a felicidade da monogamia. Outros não resistem aos impulsos e não honram os compromissos de fidelidade assumidos e, com suas escapadas e aventuras, algumas delas prolongadas, criam relações paralelas, constituindo uma vida dúplice ou tríplice, uma realidade que enrola os envolvidos em uma trama repleta de momentos de prazeres, intrigas e, naturalmente, queixas e perturbações. Não cabe, nesse texto, censurar comportamentos, ainda que desleais, de cônjuges e companheiros, porque o que interessa aqui é a análise das consequências jurídicas da relação*²⁶⁸.

²⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 226.

²⁶⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 199

²⁶⁸ ZULIANI, Ênio Santarelli. Dos alimentos decorrentes da união estável e do concubinato (Parte I). In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. V. 41 (mar/abr 2011). Porto Alegre: Magister, 2004. Pg. 27.

Primeiro ponto que se deve ter em mente é, como já se referiu, que a formação de uma família não é um fato passível de se descrever exaustivamente em texto legal, ele ocorre por ser inerente à natureza humana. Tal é o entendimento predominante atual, preceituado pelo pluralismo familiar constitucional. Leonardo Barreto Moreira Alves muito bem expressa a questão constitucional aqui envolvida:

Sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser fundamentalmente um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico, e sim fático: o afeto²⁶⁹.

O mesmo autor, inclusive, apresenta um ponto de vista muito interessante e, surpreendentemente, pouco tratado na doutrina de modo geral. Trata-se do que ele chama de Direito de Família Mínimo, e estuda a aplicação da autonomia privada no direito de família. Segundo ele, em decorrência de tal autonomia é que pessoas são livres para planejar sua família como bem entenderem; ainda, em decorrência da expressão “também”, constante no parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição Federal, foi criada uma cláusula geral de inclusão da família, no sentido de que esta entidade, antes reconhecida pela lei se constituída unicamente pelo casamento (*numerus clausus*), agora deve ser sempre reconhecida pelo ordenamento jurídico se estiver presente seu principal elemento caracterizador, o afeto²⁷⁰. Ainda, Leonardo Moreira Alves considera que na legislação infraconstitucional também tal noção é recepcionada:

Nota-se que o artigo 5º, inciso II, da Lei nº 11.340/06 destaca que é considerada família não apenas a comunidade tida como tal pelo ordenamento jurídico (“comunidade formada por indivíduos que são aparentados”, ou seja, “unidos por laços naturais” e, “por afinidade”), mas também aquela na qual os seus componentes “se consideram aparentados”, ou, em outras palavras, são “unidos por vontade expressa”. Desta forma, pode-se afirmar que a presente norma consagra, no âmbito

²⁶⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da lei nº 11.340/2006 (lei maria da penha). In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 1999.

²⁷⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 164.

*infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade, pela autonomia privada dos seus próprios membros*²⁷¹.

Ou seja, o autor tem bem presente as idéias de que o elemento central da família é o afeto, e de que a família não surge de um comando por parte do legislador. Pela lógica, não se pode negar dignidade e reconhecimento a uma família que, através de uma união advinda da vontade de pessoas maiores e capazes, utilizando-se de sua autonomia, formaram uma entidade familiar. O problema surge quando o Estado insiste em querer afirmar que a família não está ali, por violação à determinada norma infraconstitucional. O mesmo problema surgiu e foi muito mais exaustivamente debatido nos caso das relações homoafetivas.

Reporta-se, assim, a uma das mais recentes e polêmicas questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal, nossa mais alta Corte constitucional, no sentido de reconhecer a união homossexual como entidade familiar. Os argumentos utilizados pelos Ministros são de notável importância para o trabalho, na medida em que mostram uma efetiva vigência do pluralismo familiar constitucional no Brasil. Por exemplo, o Ministro Ayres Britto, reconhecendo a especial proteção Estatal, defende que o reconhecimento de uma família prescinde de formalidades cartorárias, e atualmente é um fato cultural e espiritual:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Muller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). (...) permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (...) esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos

²⁷¹ *Ibidem.* Pg. 165.

*fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional*²⁷².

O Ministro Marco Aurélio também concorda com a idéia da pluralidade, bem como a da não mercantilização da família:

*Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum*²⁷³.

Sendo a família um verdadeiro núcleo de concretização dos direitos fundamentais, e sua formação prescindindo de formalismos cartorários, retoma-se o argumento de Carlos Pianovski Ruzyk, segundo o qual “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, já explicitados a partir das reflexões de Paulo Netto Lôbo, que dizem respeito à afetividade, estabilidade e ostentabilidade”²⁷⁴.

Já foi referido que a solução que o STJ tem fornecido aos casos de uniões simultâneas não nos parece ser a mais adequada, tanto nos termos da lógica do Direito de Família, como nos da própria justiça. Ainda que o reconhecimento seja uma relativização da regra que estabelece observância de impedimentos matrimoniais no Código Civil, a sua aplicação fria e desmedida, nos moldes que a referida Corte tem estabelecido, gera flagrantes injustiças. No caso, não se nega o valor da norma em si, pois sua razão de ser é fornecer estabilidade ao matrimônio e manter o regime monogâmico tradicional. Todavia, um conjunto de pessoas que

²⁷² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>

²⁷³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>

²⁷⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 183.

convive, presente o essencial elemento afetivo, publicamente e continuamente, identificando-se como família, não deve ser negada pelo direito em prol de uma regra que, em virtude do caso concreto, acaba demonstrando-se arbitrária e injusta.

Muito pertinente lembrar que antigamente, antes da Constituição de 1988, discutia-se até a possibilidade de indenização por serviços domésticos prestados em caso de concubinato (este com as características da atual união estável), tanto que o STJ teve que se posicionar sobre o tema, o que gerou o Informativo de Jurisprudência número 34²⁷⁵. Embora não reconheça uma família, está claro que não houve omissão quanto aos esforços conjuntos de dois indivíduos.

Rodrigo da Cunha Pereira, o qual descreveu que no Brasil não se poderia aceitar famílias simultâneas, reconhece explicitamente que em certos casos isso pode gerar injustiças. Na mesma obra, ainda, relembra que, antes da Constituição de 1988, quando famílias nos moldes da união estável eram consideradas concubinatos e eram desprovidas de efeitos, e isso não impede a criação de soluções para se fazer justiça:

Antes da mudança desses marcos teóricos, para evitar injustiças, os tribunais concediam alimentos de forma “camuflada”, isto é, davam o nome de indenização por serviços prestados àquilo que tinha natureza alimentar. Desde a previsão legal para a concessão de alimentos não se justifica mais falar em tal indenização, embora até hoje alguns operadores do Direito resistam e insistam em continuar usando tal expressão. Mesmo antes da lei, o uso de tal expressão era inadequado. É que indenização em Direito Civil pressupõe um dano causado a outrem. E, salvo raríssimas exceções, não há que se falar em dano em uma relação amorosa. O amor é uma via de mão dupla, na qual os dois sujeitos da relação são responsáveis pelos seus atos e suas escolhas²⁷⁶.

²⁷⁵ Informativo nº 0034 Terceira Turma **INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS PRESTADOS. CONCUBINATO.** A Turma, prosseguindo no julgamento, acolheu o pedido de indenização por serviços prestados, em que a relação de concubinato é anterior à Lei da União Estável e à Constituição Federal, reservando para a liquidação a apuração do valor. Precedentes citados: REsp 97.1337-RJ, DJ 14/10/1996; REsp 50.100-RJ, DJ 19/12/1994; REsp 5.099-RS, DJ 29/4/1991; REsp 47.256-RJ, DJ 24/10/1994; REsp 62.268-RJ, DJ 2/10/1995; REsp 108.455-RJ, DJ 7/4/1997; REsp 14.746-SP, DJ 9/12/1991, e REsp 85.954-SP, DJ 20/5/1996. REsp 132.826-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 30/9/1999.

²⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 233.

Ora, o motivo do próprio autor reconhecer isso é justamente a existência de uma família. Se anteriormente, em casos de “concubinato”, onde havia uma família, esta já merecia ser reconhecida, sendo descabida a denominação de “indenização por serviços prestados”, por que nos tempos atuais, com todos os avanços, persistir negando reconhecimento e efeitos a uma entidade familiar apenas por alegada violação a um impedimento matrimonial? Quando uniões estáveis paralelas são constituídas, existem duas famílias no plano dos fatos, e não um dano passível de reparação na esfera obrigacional.

Tome-se, por exemplo, um caso que efetivamente ocorreu – julgamento do Recurso Especial nº 1.107.192/PR, publicado em 25 de maio de 2010. Em síntese, o companheiro, falecido no ano de 2000, viveu desde 1970 com sua companheira, e desta união advieram quatro filhos. Ocorre que de 1946 até sua morte o *de cujus* era casado e nunca rompeu o vínculo com a esposa, sendo que desta união adveio um único filho, e sempre residiu junto com a mesma. Contudo, visitava a “concubina” todos os dias, inclusive comprando-lhe uma casa e sustentando os filhos (acompanhando o crescimento dos mesmos e proporcionando-lhes uma vida confortável).

Ou seja, aplicando-se toda a lógica até aqui exposta, a conclusão não poderia ser diferente: existiam duas famílias. O varão conseguiu, de maneira harmoniosa, acompanhar e sustentar ambas continua e publicamente. E, se as famílias de fato existiam, o afeto estava presente, então ambas merecem reconhecimento e dignidade, forte na melhor interpretação da Constituição. O STJ, porém, decidiu que ali não existiam duas famílias, mas apenas uma. A justificativa encontra-se em trecho da extensa ementa:

- A ausência de comprovação da posse do estado de casados, vale dizer, na dicção do acórdão recorrido, a ausência de prova da intenção do falecido de com a recorrente constituir uma família, com aparência de casamento, está intimamente atrelada ao fato de que, muito embora separados judicialmente, houve a continuidade da relação marital entre o falecido e sua primeira mulher, que perdurou por mais de cinquenta anos e teve seu término apenas com a morte do cônjuge varão, o que vem referendar a questão de que não houve dissolução do casamento válido. (...)

- Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da

felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

O primeiro argumento da Corte é a ausência de posse de estado de casados, e, logo após, como não poderia deixar de ser, novamente surge a monogamia. O que se percebe aqui é que o argumento do primado da monogamia, muitas vezes, vem embutido na idéia que os Tribunais apresentam de “posse de estado de casados” ou “objetivo de constituir família”. O raciocínio a se fazer é simples: o que afastaria o essencial requisito do *intuitu familiae*? A resposta da Corte é “o fato do companheiro ser casado”. Ou seja, proibição de um regime que não siga a monogamia, com a conseqüente desconsideração de todos os demais fatos, quais sejam, 30 anos de união, 4 filhos, bens adquiridos em conjunto, enfim, uma vida compartilhada.

Todos estes elementos, os quais seria muito provável²⁷⁷ que caracterizassem uma união estável em qualquer outro caso, sofrem uma rejeição preliminar por estarem em desacordo com a simples norma do artigo 1.521, inciso VI do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.521. Não podem casar:

(...)

VI - as pessoas casadas;

Igualmente confusa a idéia apresentada no sentido de ser a monogamia uma ramificação do “princípio da eticidade”. Conforme se analisará adiante com mais detalhes, é possível que o companheiro que compõe ambos os núcleos tenha violado os deveres matrimoniais em relação a sua esposa, o que sem dúvida estaria fora dos parâmetros da diretriz da eticidade do Código Civil. Porém, penalizar a segunda família por isso renega dignidade a pessoas que são alheias ao matrimônio (ou à primeira união estável). A aplicação desta noção seria análoga à antiga idéia de reputar filhos como ilegítimos (e, conseqüentemente, discriminados) quando advindos de relações alheias ao casamento.

²⁷⁷ Remete-se, aqui, aos requisitos apresentados na primeira parte. Por exemplo, foi exposta uma decisão que reconheceu uma união estável de 3 meses (Apelação Cível Nº 70029505435, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 14/10/2009), quando se falou da durabilidade. No caso aqui referido, uma união com convivência de 30 anos foi rejeitada.

Um dos mais recentes casos, julgado em abril de 2011, o Recurso Especial 892.300/RS é um precedente interessante, pois o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino reuniu ali todos os principais precedentes da Corte de modo a justificar seu posicionamento no sentido de negar eficácia jurídica familiar a uniões estáveis paralelas. Na prática, o STJ preliminarmente se recusa a analisar os fatos com base na idéia de monogamia e em seus próprios precedentes, gerando situações conforme as mostradas acima, onde uma entidade familiar que de fato existia é sumariamente ignorada. E aqui não se fala em “fatos” no sentido de análise probatória, mas sim do reconhecimento de que lá existe uma família, e como tal merece ser aplicada a legislação a ela pertinente. A ementa do referido julgado é a que segue:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

Portanto, anota-se esta crítica às decisões do Superior Tribunal de Justiça, o qual, munido com o argumento da monogamia, ou da aplicação deste no requisito do objetivo de constituir família (embora sem, às vezes, mencioná-la), vem sistematicamente negando vigência a fatos que perduraram uma vida toda, como uniões de mais de 30 anos, com filhos, patrimônio comum, continuidade e publicidade.

Porém, não é esta linha de raciocínio que se vê nas instâncias inferiores. Talvez pelo fato de que os julgadores *a quo* estejam em contato muito mais direto com as partes, com os fatos, com suas situações, existem variadas decisões de Tribunais locais no sentido de, embora reconhecendo que nosso sistema jurídico, em princípio, prima pela monogamia, não desconsidera a realidade, nem que é plenamente possível existir uma família sem observância de eventuais impedimentos matrimoniais.

Inclusive, recentemente, a Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região uniformizou, no dia 20 de maio de 2011, o entendimento de que a concubina poderá ter direito à metade da pensão por morte de homem casado. O enunciado é de autoria da Juíza Federal Suzana Galia:

Pensão por morte. Concubinato adulterino. Boa fé. Efeitos previdenciários. Possibilidade. A existência de impedimentos ao casamento não obsta o

reconhecimento de entidade familiar nas hipóteses de concubinato adulterino, quando da vigência de matrimônio válido, sem separação, não retirando da concubina a proteção previdenciária, quanto às situações em que reste evidenciada a boa-fé, entendida essa não somente como o desconhecimento de supostos impedimentos ao casamento, mas também nas hipóteses em que a afetividade, estabilidade e ostensibilidade da relação revelem expectativa no sentido de que aquele relacionamento poderá evoluir para o casamento, dependendo do contexto probatório dos autos. Interpretação do inciso I e dos parágrafos 3º e 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, à luz do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Apesar de jurisprudência do âmbito previdenciário, inegáveis os elementos de Direito de Família ali presentes. Na concepção do enunciado, o simples fato de que um relacionamento seja estabelecido com inobservância de impedimentos legais não faz com que, ao contrário do que o STJ tem feito, este seja liminarmente rejeitado, pois as circunstâncias das partes merecem ser cuidadosamente analisadas, e não apenas quanto à noção de boa-fé no sentido da segunda companheira desconhecer o primeiro relacionamento. Se ela tinha expectativa de que iria formar uma família com o companheiro, a hipótese de família simultânea também pode ser reconhecida.

Registre-se, contudo, que o Direito Previdenciário, embora finque suas raízes em conceitos existentes em outras áreas, como os que se referem a casamento, união estável e casamento, tem diverso fim. (...) Tem como sua finalidade o assistencialismo, objetivando garantir uma subsistência ao sujeito, evitando sua miserabilidade e afronta à dignidade humana; daí a jurisprudência, com a justificativa do caráter social dos fins previdenciários, se inclina por uma divisão equitativa da pensão por morte entre a esposa legítima e a concubina, embora simultâneas as relações²⁷⁸.

Já no âmbito Estadual, tribunais locais já decidiram no sentido de possibilitar o reconhecimento. Por exemplo, o presente Acórdão, de recente decisão do Tribunal gaúcho, ao reconhecer a possibilidade excepcional de paralelismo de núcleos familiares, menciona que, havendo constituição de uma família, ela merece proteção:

²⁷⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 45.

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE.

Caso em que, em face de peculiaridade, resta viável reconhecer união estável mantida por pessoa casada. Reconhecimento dos réus a respeito da existência de relacionamento por mais de 20 anos, e existência de dois filhos. Presentes requisitos caracterizadores da união estável. Precedentes jurisprudenciais. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70039847553, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/04/2011)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em uma das mais bem fundamentadas decisões que se encontra sobre o tema, também reconhece a excepcional possibilidade de união estável contemporânea a um casamento, com ênfase na idéia de que ignorar os fatos gera injustiça e negaria o pluralismo familiar constitucional. Neste julgamento, ainda, foram citados diversos precedentes do TJ-RS²⁷⁹, alguns datando de 2003. Relatado pela Desembargadora Maria Elza, julgado em novembro de 2008, eis a ementa do referido julgamento (Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003):

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o

²⁷⁹ Os referidos precedentes são os que seguem: AC 70012696068, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 06/10/2005; AC 70011258605, Rel. Des. Rui Portanova, j. 25/08/2005; AC 70010787398, Rel.^a Des.^a Maira Berenice Dias, j. 27/04/2005; AC 70006046122, Rel. Des. Rui Portanova, j. 23/10/2003; AC 70006936900, Rel. Des. Rui Portanova, j. 13/11/2003; AC 70021319421, Rel. Des. Rui Portanova.

apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro

O presente caso, assim, coloca o reconhecimento e a dignidade de uma família acima da idéia de monogamia, afirmando, ainda, que existe muito moralismo e conservadorismo permeando o Direito de Família, sendo que, por exemplo, concubina não seria a palavra mais adequada para se classificar a mulher que forma uma família com inobservância dos impedimentos – desde que, efetivamente, forme uma entidade familiar.

Pertinente, ainda, referência às argumentações doutrinárias acerca do tema, dentre as quais destacamos as de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Letícia Ferrarini. O primeiro apresenta uma análise muito mais fundada na história da família, em elementos, já analisados, de longa duração e que dizem respeito à fundamental estrutura da família brasileira, para depois chegar ao pluralismo constitucional, enquanto a segunda apresenta-se mais preocupada com os meios constitucionais de garantias dos direitos fundamentais, sem negar, porém, que é necessária uma análise histórica a fim de analisar que já passamos pelo estágio patriarcal da família, bem como pela idéia de que família e casamento são sinônimos. Ambas as linhas de raciocínio igualmente bem elaboradas e científicas. É interessante ressaltar aqui que, quanto ao histórico, José Carlos Teixeira Giorgis traça brevemente uma linha, citando os modelos de famílias que tem surgido, e o mais recente deles são justamente as simultâneas:

A história das famílias é um roteiro de rupturas sucessivas, onde os agrupamentos se acomodam às mudanças das épocas: família romana, família patriarcal; depois a

*família nuclear, a eudemonista, a pós-moderna; também a família homoafetiva e a família solitária; as famílias simultâneas e as reconstituídas*²⁸⁰.

O primeiro ressalta que, o sistema aberto, por meio do pluralismo constitucional, se exige de definir família, e que uma situação de união dúplice reclama uma cuidadosa análise do caso concreto. Afirma que, se ocorre violação de deveres inerentes à boa-fé, ainda que presentes alguns elementos caracterizadores da família, certos efeitos podem ser negados. Para ele, “a violação por parte de algum dos componentes das famílias simultâneas dos deveres éticos de lealdade, proteção e tutela de confiança que decorrem do princípio da boa-fé objetiva – que se impõem a todas as relações humanas, como corolários do princípio da dignidade da pessoa – poderá ser apta a inviabilizar a eficácia jurídica que poderia advir da apreensão da situação de simultaneidade pela abertura do sistema jurídico”²⁸¹.

Destas relações adúlteras, que simplesmente violam deveres de lealdade, trataremos mais especificamente logo adiante. Importante, aqui, é apresentar a próxima idéia do autor: existem situações, embora pouco corriqueiras, onde há ampla publicidade e todos os que compõem a situação de simultaneidade agem de modo ético, sem violação de expectativas ou de confiança dos demais, em que a publicidade se estende extrinsecamente entre ambos os núcleos familiares e há coexistência afetiva²⁸². Segundo o autor:

*Não parece legítimo, consoante já explicitado, segundo o sentido de proteção da dignidade coexistencial dos componentes da família, que essa relação seja juridicamente ineficaz. O atendimento pelos componentes das famílias simultâneas dos deveres de boa-fé faz com que esse princípio, antes de constituir óbice, se apresente como um plus a legitimar a chancela de efeitos jurídicos a essa situação que, embora episódica, pode se apresentar no meio social. (...) A excepcionalidade da situação passível de eficácia tendencialmente plena não é argumento suficiente para que o direito negue aos sujeitos que a compõe a devida proteção*²⁸³.

Letícia Ferrarini apresenta-se, nesse ponto, muito mais objetiva, embora não negue, como se verá, o cuidado a se tomar na análise do caso concreto, com necessária avaliação da

²⁸⁰ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 48.

²⁸¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 196.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ *Ibidem*. Pg. 198.

existência de elementos mínimos. Porém, afirma que de forma alguma deve o Estado se negar a proteger uma família pelo simples fato de ela ser simultânea – ou seja, é possível se reconhecer famílias simultâneas como dignas de chancela jurídica e é consequente o dever o Estado de proteger a família ali presente²⁸⁴.

A autora parece focar-se em uma argumentação muito mais constitucional – a nossa, como se verá, apesar de ter como base a Constituição, tenta definir a questão no âmbito do possível conflito normativo. Em síntese, das várias teorias de eficácia de direitos fundamentais (eficácia direta, indireta e dever de proteção), Letícia Ferrarini argumenta que a teoria dos deveres de proteção na tutela dos direitos fundamentais, ao aplicar-se nas relações privadas, incumbe ao Estado, com o Poder Judiciário, proteger a família simultânea nos casos em que são trazidos a julgamento²⁸⁵.

Particularmente, na emblemática hipótese de famílias simultâneas, o mérito da tese dos deveres de proteção está na circunstância de que não se concentra na lógica de direito fundamental contra direito fundamental. Assim, diante de duas entidades familiares paralelas merecedoras de chancela jurídica, é o Estado que assume o encargo de proteger, devendo atender, naturalmente, às circunstâncias concretas de modo a resguardar, o máximo possível, o livre desenvolvimento da personalidade e os planos de vida de cada um dos indivíduos envolvidos²⁸⁶.

Na opinião da autora, esta é a teoria que obriga o Estado a analisar as demandas de família simultâneas, ao invés de liminarmente rejeitá-las. Se os direitos fundamentais, aplicáveis à família, base da sociedade, são de proteção por parte deste Estado, quem o faz, no caso de demanda jurídica, somada à inexistência de lei específica, é o juiz. Importante, para a autora, é a promoção efetiva da dignidade coexistencial de cada pessoa da família²⁸⁷.

Cabível, aqui, nossa própria argumentação. Parece-nos, após análise conjunta de tudo que já foi exposto, que o único argumento em favor da interpretação do STJ é aquele diversas vezes mencionado: monogamia. Ora, na pesada maioria dos julgados onde se negam efeitos a uniões simultâneas sempre se menciona a monogamia, ora como princípio, ora como primado.

²⁸⁴ FERRARINI, Letícia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 125.

²⁸⁵ *Ibidem*. Pg. 127.

²⁸⁶ *Ibidem*.Pg. 125.

²⁸⁷ *Ibidem*. Pg. 134.

Embora a discussão possa parecer multifacetada em um primeiro momento, os outros argumentos apresentados pelas Cortes flagrantemente derivam da mesma idéia. Monogamia comanda que pessoas só podem ter um vínculo conjugal, o que é exatamente o que ocorre quando se nega existência de “posse do estado de casados” se o companheiro já o era; e quando se nega o “objetivo de formar família” por ele ser “único”. Onde poderíamos encontrar tais noções na lei? No artigo 1.521, inciso VI, o artigo que preceitua a unicidade de vínculos conjugais, ou seja, a monogamia. Como já se viu, há divergência se ela deve ser considerada um princípio ou um padrão moral; porém, em nossa opinião, seja como for, o resultado será o mesmo: é possível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme já se mencionou, a maior força que se pode fornecer à idéia de monogamia é no caso de ser considerada como um princípio, e, assim o sendo, deriva da idéia contida no artigo 1.521, inciso VI do Código Civil. Há uma única autora, Karin Wolf, que cita a monogamia como sendo um “princípio constitucional, recepcionado pela sua Constituição, em seu artigo 226, §3º”²⁸⁸. Ora, apesar de ser um tema evidentemente essencial, e de que o comando constitucional de uma orientação necessariamente monogâmica eliminaria qualquer possibilidade de simultaneidade familiar conjugal, a autora não nos apresenta nenhuma justificativa sequer; tampouco é compreensível, através da simples afirmação feita pela mesma, sobre o referido parágrafo²⁸⁹, como enxergar ali qualquer idéia de monogamia. Sem mencionar que, para todo o restante da doutrina e da jurisprudência, a monogamia é ou uma regra moral, ou um princípio, como já referido, derivado do Código Civil. Portanto, nesse sentido que será considerada a monogamia.

Parece-nos existir, aqui, um verdadeiro conflito: de um lado, a lei civil exigindo observância da monogamia na construção das relações; de outro, uma família constituída de fato e demandando reconhecimento. A lei civil comanda que não podem casar pessoas casadas – e a doutrina e a jurisprudência, com o fim de dar mais força a tal noção, elevam-na à categoria de princípio jurídico. Temos, então, o princípio da monogamia ordenando o não reconhecimento da entidade familiar.

²⁸⁸ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coordenador: Belmiro Pedro Welter, Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 184.

²⁸⁹ § 3º - 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.

Do outro lado, porém, existe uma família, formada de um modo segundo o qual a lei civil chamaria de concubinato, pois não observado o requisito de ausência de impedimentos. A Constituição de 1988, porém, ao suprimir a expressão “constituída pelo casamento” (artigo 175 da Constituição de 67/69) fornece especial proteção, de caráter constitucional, à família – qualquer família, desde que exista de fato, pouco importando sua forma²⁹⁰.

O conflito que se faz presente, assim, é o princípio do pluralismo familiar constitucional contra o princípio da monogamia. A análise hierárquica dos princípios nos permite notar que a norma presente na Constituição deve prevalecer sobre a norma presente no Código Civil: o princípio do pluralismo familiar não deixará de vigorar para a observância da monogamia, sendo que a mesma deve ser relativizada, reconhecendo-se a família que existe no plano dos fatos.

Em primeiro lugar, é preciso verificar se há diferença hierárquica entre as normas: entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional deve prevalecer a norma hierarquicamente superior, pouco importando a espécie normativa, se princípio ou regra. Por exemplo, se houver conflito entre uma regra constitucional e um princípio legal, deve prevalecer a primeira; e se houver um conflito entre uma regra legal e um princípio constitucional, deve prevalecer o segundo. Isso quer dizer que a prevalência, nessas hipóteses, não depende da espécie normativa, mas da hierarquia²⁹¹.

Portanto, prima-se pela prevalência da regra constitucional, e, se uma família existe na esfera fática, ela merece proteção, e não a rejeição preliminar por conta de uma regra infraconstitucional. Referindo-se ser possível o reconhecimento, se assim o caso concreto permitir, de simultaneidade familiar conjugal, necessário se dissertar acerca dos limites de tal reconhecimento, até mesmo a fim de tornar mais precisa e objetiva a idéia do presente trabalho.

²⁹⁰ PENA JR., Moacir César. Direito das Pessoas e das Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 16.

²⁹¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Pg. 105.

8.1. Necessária diferenciação entre relações adúlteras e entidades familiares

Faz-se necessário relevar aqui que, apesar de reconhecer possibilidade jurídica, não se pode olvidar que, de fato, não é simples caracterizar uma situação de simultaneidade de uniões estáveis. Ora, de certa forma, o requisito de ausência de impedimentos é relativizado, porém, todos os demais devem sim estar presentes: continuidade, durabilidade, publicidade e objetivo de formar família. O que se busca aqui é a ocorrência de duas **entidades familiares**, sendo que a mesma interpretação dos requisitos, no sentido de se evitar mercantilizar o instituto, se aplica aqui, e talvez até em maior grau, pois são duas famílias.

*Importa, isto sim, é que o Judiciário seja criterioso no exame da matéria, buscando coibir a indecorosa indústria da união estável, quando a ganância provoca que qualquer namoro renda uma ação para reoconhecimento daquela espécie de união.*²⁹²

Assim, reitera-se o que já foi dito à primeira parte do trabalho, no tocante aos requisitos da união estável: sua interpretação deve estar fundada na não mercantilização do instituto e da prescindibilidade de formalismos, predominando o aspecto fático do caso concreto. Novamente, muito pertinente a lição de Rodrigo da Cunha Pereira, segundo a qual “se faltar um dos elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se”²⁹³.

Reconhece-se, assim, a dificuldade de se caracterizar no plano dos fatos uma união dúplice, pois são necessários todos os requisitos da união estável em dobro: duas relações contínuas, públicas e duradouras, ambas com o objetivo de formar família. O cuidado do juiz, ao analisar um caso assim, deve ser redobrado; pois não se está a defender a instituição de efeitos jurídicos a uma simples relação amorosa, onde uma amante, que unicamente compartilhou leitos com alguém, após separação, deseje aproveitar-se de efeitos patrimoniais.

²⁹² PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 193.

²⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 221.

Uma simples comunhão de leitos ocorrendo paralelamente a uma união estável ou a um casamento é verdadeiramente o que a doutrina se referia como “concubinagem”, uma simples violação do dever de fidelidade.

A concubinagem é a ligação do homem casado civilmente, coabitando-se com sua legítima esposa, e concomitantemente, mantendo uma ou várias concubinas (...) isso porque o homem casado pode manter concubina, embora vivendo normalmente sem desertar do lar conjugal. (...) É bem de ver que a frequência accidental ou contatos passageiros com mulher de vida pública não representam relações concubinárias, senão comércio imoral e criminoso da prostituição²⁹⁴.

Tal ponto deve ser frisado a fim de evitar uma má utilização do instituto da união estável. O que merece proteção é uma família, base da sociedade, jamais uma eventual aventura do companheiro ou do cônjuge. Um acórdão que muito bem capta esta noção é o nº 70013876867²⁹⁵ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao afirmar que o *de cujus* tinha a “notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres”. Não é, como se vê, uma situação comum – trata-se de caso excepcional: como já se afirmou, não se pretende a quebra de paradigmas sociais tradicionais, tais como o da monogamia (reconhecendo que esta é, no mínimo, um padrão moral). O que se propõe é um estudo da simultaneidade a fim de não descartar, de plano, tal hipótese. Ciente disso, muito mais justa será a decisão do Tribunal que efetuar cuidadosa análise dos elementos do caso concreto, os quais, se caracterizarem uma família, merecem respeito e reconhecimento, não uma rejeição preliminar.

Ausente os essenciais requisitos de união estável, como a continuidade (se era um relacionamento esporádico), a publicidade (se eram encontros às escondidas, não notório no meio social das partes) ou mesmo o objetivo de formar família (se ausentes seus elementos

²⁹⁴ DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. Pg. 53.

²⁹⁵ **EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÕES SIMULTÂNEAS.** De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o "de cujus" tinha a **notável capacidade** de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como co-existentes duas entidades familiares simultâneas. **DESACOLHERAM OS EMBARGOS, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA)** (Embargos Infringentes Nº 70013876867, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 10/03/2006)

fatuais, a exemplo daqueles citados por Euclides de Oliveira²⁹⁶, como prole, viagens em conjunto, contas bancárias conjuntas, aquisição de bens em condomínio, entre outros), não haverá simultaneidade familiar por não existir uma entidade familiar. O que não se pode é afastar de plano a possibilidade de existir entidade familiar com base unicamente no requisito da ausência dos impedimentos matrimoniais, o qual, mesmo que não se admita como um requisito secundário, sem dúvida é um requisito menor frente à riqueza de fatos e de sentimentos que os outros proporcionam.

Letícia Ferrarini, em sua obra, dedica passagem justamente à análise destas idéias – igualmente no sentido de que o que merece proteção é uma família, e não uma simples aventura extraconjugal:

Cabe, desde logo, afastar as situações de simultaneidade de conjugalidades que se restrinjam a relacionamento sexual extraconjugal esporádico e clandestino. Essa forma de simultaneidade nada mais é que um adultério eventual, o que não se confunde com relações que, embora paralelas a um casamento formal, constituam coexistências familiares, não podendo, por isso, ser reputadas de antemão como mutuamente excludentes²⁹⁷.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação 70037716628²⁹⁸, julga ser possível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas, contudo, no caso específico, não estavam presentes os elementos necessários para se reconhecer uma entidade familiar. *In casu*, tratava-se apenas, efetivamente, de um relacionamento adúlterino prolongado, no qual a amante acionou o espólio do *de cujus*.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1723, DO CCB. Ainda que se admita a existência de uniões estáveis paralelas, era imprescindível que, no relacionamento sub judice, estivesse presente a convivência que visa à constituição de uma verdadeira entidade familiar. Portanto, não se pode atribuir a um relacionamento extraconjugal, sem

²⁹⁶ OLIVEIRA, Euclides de. União Estável: Conceituação e Efeitos Jurídicos. In: BARBOSA, Águida Arruda e VIEIRA, Cláudia Stein (coords). Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pg. 156.

²⁹⁷ FERRARINI, Letícia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 107-108.

²⁹⁸ O mesmo ocorreu nas Apelações de nº 70028165900 e 70029679396, os quais possuem ementa idêntica.

indício de affectio maritalis, o reconhecimento de união estável. INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. O incidente processual não comporta a condenação do sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios. Somente toca ao perdedor o recolhimento das custas. APELO NÃO PROVIDO E RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70037716628, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 05/05/2011)

Ainda, não se nega de forma alguma que, especialmente nos casos de paralelismo entre união estável e casamento, o cônjuge possa ter violado seus deveres de fidelidade em relação ao outro, estabelecido ao artigo 1.566 do Código Civil²⁹⁹. Conforme já se comentou na união estável putativa, a idéia de conectar a boa-fé ao fato de o outro não saber que seu companheiro já tinha uma família pode ser um tanto confusa na prática. A existência de dois núcleos familiares representa uma comunhão de vida do homem com ambos esses núcleos, o que leva a crer que suas companheiras, provavelmente, ao menos desconfiariam de violação de deveres conjugais. Em casos, porém, como o que Sérgio Pereira citou, onde a simultaneidade familiar ocorre em comarcas diversas, muito mais provável, em um possível caso concreto, que uma família não tenha conhecimento da existência da outra.

Não se está a negar uma possível reprovabilidade da conduta do companheiro que constitui múltiplos núcleos familiares, se assim prosseguiu sem que suas companheiras soubessem, traindo suas confianças. De fato, a sociedade enxergaria com estranheza tal situação, e retoma-se o que Carlos Ruzyk defende acerca da monogamia: seja ela princípio, seja padrão moral médio, não se pode negar que o considerado “normal” na sociedade ocidental são relacionamentos onde se prima pela exclusividade. Porém, se esse padrão médio não é observado e uma família é formada, ainda que violando deveres inerentes a um casamento, não se pode de forma alguma negar a existência da entidade familiar, apesar de situação excepcional.

A fidelidade conjugal, aliás, é outra idéia que parece não ter contornos bem definidos quando se trata da simultaneidade. Se tal fidelidade proíbe a promiscuidade dos companheiros, ela não seria violada pelo companheiro que compõe outro núcleo familiar, pela

²⁹⁹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;

própria natureza deste: é uma família, não uma relação amorosa esporádica. Conforme já se mencionou, uma das principais diretrizes ao interpretar requisitos da união estável é justamente no sentido de negar efeitos a uniões pouco compromissadas, a relacionamentos esporádicos e aventuras amorosas. Não se está tratando de uma comunhão de leitos clandestina, mas sim da formação de uma outra família, uma verdadeira entidade familiar, a qual, embora a lei não quisesse, foi formada e está ali, aguardando dignidade e direito de existir. A doutrina específica sobre o tema é divergente, porém ressalta-se o de Maria Berenice Dias, por ser pertinente ao presente trabalho:

*Não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade. Como na união estável é imposto tão-só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel, assim como não há o dever da vida em comum sob o mesmo teto. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não têm o dever de serem fiéis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas*³⁰⁰.

O certo é que não pode o mérito da conduta do companheiro se sobrepor à existência de uma família. Novamente reporta-se ao ensinamento de Humberto Ávila, segundo o qual esta regra de fidelidade, se está em conflito com o princípio constitucional do pluralismo familiar, o último prevalece. Existindo uma família, sendo família a base da democrática sociedade brasileira, ela merece reconhecimento e proteção, ainda que violados deveres matrimoniais por parte do companheiro.

O STJ, inclusive, reconhece que até em caso de simples adultério, sem qualquer formação de entidade familiar, não há como responsabilizar o amante pela violação de deveres cometida pelo cônjuge. Segundo a Corte, não cabe a terceiro velar pelo cumprimento dos deveres conjugais de matrimônio de outrem. Nesse sentido, o Recurso Especial 1.122.547/MG:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE

³⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 165.

NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.

Em comentários a este mesmo acórdão, Felipe Raminelli Leonardi afirma que o principal fundamento do acórdão é justamente a noção de ilícito adotada pelo acórdão, sendo que, no caso, optou-se por classificar o ato cometido pelo amante como um ilícito moral, não violando norma jurídica alguma³⁰¹.

No caso de uniões estáveis paralelas, não se trata de uma simples violação de deveres conjugais, pois há efetivamente o surgimento de outra família. Portanto, não se pode condenar terceiros ao esquecimento jurídico face à decisão do companheiro em formar outra entidade familiar, ainda que descumpra legislação ordinária e dever moral para com o cônjuge ou companheiro da primeira união. Novamente, lembra-se o ensinamento de Caio Mário:

Moral e direito distinguem-se em que a primeira atua no foro íntimo e o segundo no foro exterior. Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra reprovação na sua consciência, e pode atrair-lhe o despreço de seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho

³⁰¹ LEONARDI, Felipe Raminelli. Ensaio sobre possíveis opções dogmáticas para viabilidade de pretensão indenizatória do cônjuge ou convivente traído em face de amante: Breves comentários ao Resp. 1.122.547/MG. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 17 (ago/set 2007). Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Pg. 100.

*estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para a sua punição*³⁰².

Esclarecidos tais pontos, a fim de se evitar uma má interpretação do instituto da família simultânea, cabe agora uma breve análise de alguns de seus possíveis efeitos jurídicos, caso uma situação concreta admita sua aplicabilidade.

8.2. Efeitos específicos

Embora grande parte da melhor doutrina de Direito de Família reconheça a flagrante injustiça gerada pela impossibilidade do reconhecimento da simultaneidade familiar conjugal, existem poucos ensinamentos e decisões tratando especificamente dos efeitos familiares que o reconhecimento do paralelismo geraria. Os temas mais tratados, sem dúvida, são o direito à sucessão e à partilha e o direito a alimentos.

Por exemplo, José Carlos Teixeira Giorgis, o qual realiza um estudo com base mais na jurisprudência habitual dos Tribunais, com ênfase na área previdenciária, afirma que o critério aplicado na divisão dos bens é o da “triação”, por dividir o patrimônio entre esposa, concubina e herdeiros do finado, cabendo, geralmente, 25% à concubina – mas isso com o reconhecimento da sociedade de fato de concubino casado³⁰³.

Maria Berenice Dias, segundo a qual é um dever a atribuição de efeitos, no caso de famílias paralelas, a fim de evitar o enriquecimento ilícito, disserta que é necessária a divisão do patrimônio acrescido durante o período de manutenção do vínculo duplice, reservando-se meação da eventual esposa, transformando tal patrimônio em incomunicável³⁰⁴. No caso de uniões estáveis paralelas entre si, caso não seja possível definir a prevalência de uma em

³⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Pg. 12.

³⁰³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 46.

³⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 50.

relação à outra, cabe a divisão do acervo patrimonial amealhado durante o período de convívio em três partes iguais (um terço para o varão e um terço para cada companheira)³⁰⁵.

A autora ainda trata de falecimento de varão casado, hipótese na qual, segundo ela (citando como precedente a decisão nos Embargos Infringentes 70017709262³⁰⁶) é necessário primeiramente afastar a meação da viúva, excluir a legítima dos herdeiros e dividir, assim, a parte disponível com a companheira, com referência aos bens adquiridos na constância do convívio³⁰⁷. O mesmo se aplicaria no falecimento da companheira.

Letícia Ferrarini, por sua vez, demonstra inicial preocupação em como os efeitos de uma família simultânea podem ser produzidos inicialmente em um caso concreto. Ensina que, para seu reconhecimento como entidade familiar, cabe ação buscando tutela declaratória de família simultânea (artigo 4º do CPC), figurando como questão prejudicial à declaração de sua proteção³⁰⁸. Deverá ser postulada, assim, tutela declaratória, pois nela que se decide a existência ou não da situação jurídica. A partir disso, a autora considera que, declarada a existência de família simultânea, deverão ocorrer os efeitos inerentes ao Direito de Família, e que “inexiste 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”³⁰⁹.

Sendo assim, como consequencia da declaração dessa nova entidade familiar, aplicam-se a ela todas as normas protetivas da família, sendo que, para efeitos

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ Em pesquisa, constatou-se que o caso referido pela autora é de um processo diverso, no qual não foi reconhecida a união estável. Porém, ementa semelhante àquela citada pela autora em sua obra é a que segue: **APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO**. As provas carreadas aos autos dão conta que o de cujus, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve **união estável** com a autora por mais de **vinte anos**. Assim, demonstrada a constituição, **publicidade** e **concomitância** de ambas as relações familiares, não há como deixar de reconhecer a **união estável paralela ao casamento**, que produz efeitos no mundo jurídico, sob pena de **enriquecimento ilícito** de uma das partes. O termo inicial da **união estável** é o período em que as partes começaram a viver como se casados fossem, isto é, com affectio maritalis. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70016039497, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 10/08/2006).

³⁰⁷ *Ibidem*

³⁰⁸ FERRARINI, Letícia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pg. 129.

³⁰⁹ *Ibidem*. Pg. 130.

*alimentares, patrimoniais e sucessórios equipara-se a entidade familiar simultânea ao casamento, de forma idêntica ao que se procede com a união estável*³¹⁰.

Termina por comentar que o importante é conceber a simultaneidade familiar como uma possibilidade jurídica, e indica como sendo objetivo de sua obra o convite ao debate e à reflexão do tema, sob ótica da proteção da dignidade dos membros de uma família. Portanto, o mais importante é reconhecer a existência dessa possibilidade – seus efeitos serão consequências, merecendo análise do caso concreto e de suas particularidades³¹¹. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk apresenta-se um pouco mais objetivo e específico quanto aos efeitos possíveis de serem atribuídos à simultaneidade familiar conjugal:

*Pode-se, dentre os diversos efeitos que podem decorrer das situações de simultaneidade familiar, recolher ao menos três exemplos de 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.*³¹²

Destaca-se que o autor trata também do tema do bem de família – uma exceção na doutrina nacional. Parece uma decorrência lógica, porém pouco cogitada - ora, se são reconhecidas duas entidades familiares, ambas devem ter direito ao beneplácito da impenhorabilidade do bem de família, com a finalidade de preservar a moradia delas. Ainda, o autor ressalta que, para obter tal benefício, basta que a família simultânea apresente-se como passível de chancela jurídica, sem necessidade de subsunção do arranjo familiar a um dado modelo legal³¹³.

No caso, essa proteção visaria tornar imune às execuções o bem onde reside a família do devedor, ainda que o mesmo não resida ali se, e somente se, servir de moradia para sua família; a figura protegida pelas regras do regime instituído pela Lei 8.009/90 não é o patrimônio do devedor, mas sim o fundamental direito à moradia da família. É importante, no âmbito da simultaneidade, ter em mente esta noção, pois coabitação, como se viu, não é requisito essencial à formação de entidade familiar.

³¹⁰ *Ibidem*. Pg. 131.

³¹¹ *Ibidem*. Pg. 132

³¹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e monogamia. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família (5.: 2005: Belo Horizonte, MG) Família e dignidade humana/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família; Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Pg. 214.

³¹³ *Ibidem*. Pg. 210.

Em casos, porém, como o demonstrado por Sérgio Pereira³¹⁴, onde o companheiro reside um mês em cada cidade (no caso citado pelo autor, um mês em Porto Alegre e um mês em Manaus), por ser empresário, a questão fica mais clara. Se ele possui duas famílias, e reside com ambas, não se pode preferir uma família em detrimento da outra para fins de penhora. Coexistindo dois núcleos familiares, os integrantes de ambos, tanto companheira como filhos, merecem manter íntegro seu direito à moradia.

*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, 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*³¹⁵.

O autor, quanto à partilha, apresenta análise de duas situações, quais sejam, bigamia e concubinato (para o presente trabalho, os casos em que se tem uma verdadeira união estável, porém com inobservância de impedimento matrimonial). A situação de bigamia, simultaneidade de casamentos, já foi afastada ao início do trabalho, porém é interessante notar que o autor, citando caso ilustrativo onde três viúvas do mesmo homem vem ao Tribunal demandar partilha, e duas estão de boa-fé pois achavam que haviam casado com um solteiro, é efetuada divisão do patrimônio em três partes iguais³¹⁶. Para o autor, assim, nesses casos é cabível uma análise da boa-fé das partes. Quanto ao concubinato, o autor não apresenta detalhes de possíveis casos, porém, defende que não se pode reputar como ineficaz de antemão, cabendo sim uma análise do caso concreto, pois é possível seu reconhecimento. Dependendo do caso, presente a boa-fé objetiva, poderá haver eficácia nessas situações, segundo ele³¹⁷.

Na esfera jurisprudencial, a maioria das decisões tratam de questões sucessórias. Existem variadas decisões, dependendo da contribuição da companheira e do período de vigência da união em cada caso concreto. Porém, o certo é que, à semelhança do que ocorreu com uniões homoafetivas, a justiça do Rio Grande do Sul, novamente, encontra-se pioneira no tocante a quais efeitos devem ser reconhecidos em casos de uniões estáveis paralelas. Em um

³¹⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pg. 193.

³¹⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pg. 219.

³¹⁶ *Ibidem*. Pg. 204.

³¹⁷ *Ibidem*. Pg. 208.

dos casos que pode ser citado como referência, citando efeitos de modo mais geral, encontra-se precisamente uma referência à “triação” dos bens, caso o companheiro que possuía mais de uma união falece (como visto, provavelmente a hipótese mais comum). Em decisão datando de agosto de 2005, o Tribunal gaúcho decidiu:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante a outra união estável também vivida pelo de cujus. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. **MEAÇÃO (TRIAÇÃO)** Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em "Triação", pela duplicidade de uniões. **DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)** (Apelação Cível Nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 25/08/2005)

Portanto, os efeitos, com certas peculiaridades, serão, em princípio, nos mesmos moldes das outras entidades familiares. O certo é que se faz essencial uma análise de elementos particulares do caso concreto a fim de que não se cometam injustiças, tais como negar todos os direitos a uma companheira após anos de relacionamento e vida compartilhada, conforme já se ressaltou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, acompanhando as mudanças sociais, introduziu importantes preceitos para o Direito, especialmente ao prescrever uma série de direitos e garantias à pessoa. Reflexo direto destas previsões é a especial proteção à família, base da sociedade, núcleo vital dos indivíduos. Conjuntamente, longo caminho percorre a jurisprudência e a doutrina, buscando, através do estudo da Lei e da realidade, concretizar justiça frente às situações inerentes à vida em sociedade, adaptando-se e desfazendo-se de preconceitos. Neste cenário, encontramos o nascimento de situações de simultaneidade familiar, um tema novo, reclamando soluções novas.

No decorrer do trabalho fica clara a idéia de que, enquanto as leis são formadas com a pretensão de permanência, para resolver os problemas sociais, ordenando a convivência humana nos seus variados níveis, as situações de fato apresentam seu próprio desenvolvimento no tempo, não sendo restringidos à estagnação e à limitação legais; necessária, portanto, a previsão, no próprio sistema, de uma flexibilização, de uma porosidade que permita a concepção de novas realidades.

No caso das uniões simultâneas, a simples aplicação desmedida das regras legais, negando possibilidade jurídica e efeitos a uma entidade familiar que se concretizou no plano dos fatos, gera consideráveis injustiças, com situações, por vezes, vexatórias aos indivíduos nela presentes. As várias correntes, frente aos fatos, defendem seus entendimentos, como é o caso da união estável putativa, o que, para muitos, continua sendo a única e extraordinária hipótese de concomitância de núcleos familiares. Mesmo quem argumenta contrariamente a qualquer reconhecimento de paralelismo familiar o faz buscando abrigo na legislação civil, bem como nos costumes da maioria da sociedade.

Novas possibilidades, contudo, podem ser pensadas. Ora, o passo histórico de desenvolvimento familiar não é marcado por grandes e marcantes eventos, mas sim pelo lento, gradual e imprevisível comportamento dos seres humanos que compõem uma sociedade, na qual, neste caso, emergem casos de simultaneidade. Onde antes não era possível sequer dissolver o vínculo matrimonial, ou mesmo construir uma entidade familiar fora dele, surgem situações novas, as quais, naturalmente, podem causar estranheza no ambiente em que se inserem, por ser uma exceção.

Permeados por uma nova realidade social, em um mundo globalizado repleto de novas dinâmicas, não há como manter cego apego a uma lógica que operava em um ambiente diverso do contemporâneo. Em um caso de simultaneidade familiar, não seria razoável excluir preliminarmente, sem ao menos analisar a riqueza dos casos concretos, a possibilidade de recepcionar circunstâncias novas no Direito. Os contornos aqui tratados são de grande interesse social por constituírem base da própria sociedade, e a aplicação principiológica da Lei Maior permite uma análise da esfera dos fatos, buscando a verdade sobre a existência de uma entidade familiar ali, em uma situação especial. Mas, para efetuar esta busca, o julgador deve estar ciente, primeiramente, de que esta é uma idéia que pode ocorrer.

Ocorrendo e sendo aceitos, seus efeitos serão uma natural consequência da proteção do Estado, na forma do Direito de Família. O mais relevante, assim, é esta necessária noção de abertura do nosso sistema, presente desde os mais altos objetivos da Magna Carta, tais como construir uma sociedade livre, justa e solidária, até a idéia de proteção de uma família onde quer que se encontre, na forma em que se encontre. Decorrentes, daí, as concretas situações com as quais o Poder Judiciário se depara nas demandas que até ele vêm solicitando justiça.

A tendência de alguns Tribunais, sensíveis ao plano dos fatos, já é conceber como possíveis as uniões estáveis paralelas, presentes os seus requisitos, formando simultaneidade familiar conjugal. Embora notável a dificuldade na caracterização de sua ocorrência na esfera fática, tornando-a caso excepcional, aceitar a possibilidade jurídica de seu reconhecimento, com seus pertinentes efeitos no Direito de Família, portanto, parece ser a mais justa e adequada solução para este problema, cada dia mais presente na realidade forense.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do Concubinato ao casamento de fato. Belém: CEJUP, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito Civil Constitucional. 3ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

CAVALCANTI, Lourival Silva. União Estável. São Paulo: Saraiva, 2007.

Código de Direito Canônico. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Edições Loyola, 1983.

COLARES, Marcos. A sedução de ser feliz: uma análise sociojurídica dos casamentos e separações. Brasília: Letraviva, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética, direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Congresso Brasileiro de Direito de Família (5.: 2005: Belo Horizonte, MG) Família e dignidade humana/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família; Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

DIAS, Adahyl Lourenço. A concubina e o direito brasileiro. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª Ed. 2 tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coordenador: Belmiro Pedro Welter, Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FARDIN, Noemia Alves. Aspectos sociojurídicos da união estável Concubinato. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FERRARINI, Letícia. Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Teoria Geral do Direito Familiar. Campinas: Russel, 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Institutas do Jurisconsulto Gaio. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 12ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. Direito de Família em Pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MATIELO, Fabrício Zamproga. União estável: concubinato, repercussões jurídico-patrimoniais doutrina jurisprudência e prática, incluindo Lei 8.971/94 e 9.278/96. Porto Alegre: SAGRA LUZZATTO Editores, 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico Plano da Existência. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini e FABRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 22 ed. rev. E atual. Até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

- OLIVEIRA, Euclides de. União Estável: Conceituação e Efeitos Jurídicos. In: BARBOSA, Ágida Arruda e VIEIRA, Cláudia Stein (coords). Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. União estável Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PENA JR., Moacir César. Direito das Pessoas e das Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. Efeitos patrimoniais do concubinato. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial (arts. 121 a 361). 2 ed. rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho. O concubinato no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 17 (ago/set 2007). Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.
- Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 18 (out/nov 2007). Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.
- Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. V. 41 (mar/abr 2011). Porto Alegre: Magister, 2004.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- WELTER, Belmiro Pedro. Alimentos na União Estável. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da união estável. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.